

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
AGÊNCIA DE INOVAÇÃO, EMPREENDEDORISMO, PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO
E INTERNACIONALIZAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE
JUSTIÇA
MESTRADO ACADÊMICO

RODRIGO DUTRA DA SILVA

**A CLÁUSULA DEMURRAGE DE CONTÊINER E O PROJETO DE LEI Nº 487/2013:
AS (IR)RACIONALIDADES DA PROPOSTA DE REFORMA DO CÓDIGO COMERCIAL**

São Luís (MA)

2022

RODRIGO DUTRA DA SILVA

**A CLÁUSULA DEMURRAGE DE CONTÊINER E O PROJETO DE LEI Nº 487/2013:
AS (IR)RACIONALIDADES DA PROPOSTA DE REFORMA DO CÓDIGO COMERCIAL**

Dissertação de mestrado acadêmico apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão.

Orientador: Prof.º Dr.º Paulo Sérgio Velten Pereira.

São Luís (MA)

2022

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Diretoria Integrada de Bibliotecas/UFMA

SILVA, Rodrigo Dutra da.

A cláusula demurrage de contêiner e o projeto de lei n° 487/2013 : as irracionalidades da proposta de reforma do Código Comercial / Rodrigo Dutra da SILVA. - 2022.
153 f.

Orientador(a): Prof. Dr. Paulo Sérgio Velten Pereira.
Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça/ccso, Universidade Federal do Maranhão, São Luís (MA), 2022.

1. Contrato de transporte marítimo. 2. Demurrage de contêiner. 3. Direito privado. 4. Legislação. 5. Sistema jurídico. I. Pereira, Prof. Dr. Paulo Sérgio Velten. II. Título.

RODRIGO DUTRA DA SILVA

**A CLÁUSULA DEMURRAGE DE CONTÊINER E O PROJETO DE LEI Nº 487/2013:
AS (IR)RACIONALIDADES DA PROPOSTA DE REFORMA DO CÓDIGO COMERCIAL**

Dissertação de mestrado acadêmico apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão.

Aprovação em: ____ / ____ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo Sérgio Velten Pereira (Orientador)
Doutor em Direito
Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso (Examinador Interno)
Doutor em Direito
Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo (Examinador Externo)
Doutor em Direito
Universidade Federal do Paraná

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos representam uma parte muito especial da presente dissertação, considerando a imensa quantidade de pessoas que me ajudaram a alcançar o objetivo de apresentar esta singela contribuição aos estudos da matéria.

Em primeiro lugar, devo agradecer a Deus e aos meus familiares, especialmente nas figuras de meus pais, Francisco Silva e Josiane Dutra, e de minha irmã, Giovana Dutra, pelo amor, cuidado, segurança, ensinamentos, exemplos e valores, dos quais me orgulho.

Agradeço ao meu orientador, professor e amigo Paulo Sérgio Velten Pereira, pelo exemplo de dedicação ao estudo e ao trabalho, assim como por todos os ensinamentos repassados ao longo do mestrado acadêmico, pelo que, acredito, saio melhor e mais capaz do que entrei. Foi o professor Paulo Velten quem primeiro acreditou neste estudo, ao oportunizar meu ingresso no programa de mestrado, sempre confiando em minhas capacidades. Afora isso, devo mencionar minha gratidão pelo sempre generoso tratamento dispensado por ele a mim, inclusive perante terceiros, especialmente considerando que se trata de pessoa que, com sinceridade e honestidade, muito admiro.

Deixo agradecimentos sinceros à professora Mônica Carneiro, em vista de sua dedicação e amor à pesquisa; ao professor Cláudio Guimarães, pessoa incentivadora que muito me ajudou com suas sempre oportunas ponderações; aos professores Paulo Ramos, Edith Ramos, Cássius Chai, Alexandre Freire e Newton Ramos, em razão dos ensinamentos, do exemplo de dedicação e do tratamento respeitoso e incentivador sempre dispensado durante o curso, bem assim aos professores Roberto Veloso e Rodrigo Xavier Leonardo, que generosamente aceitaram o convite de compor a banca examinadora deste trabalho.

Não posso deixar de agradecer especificamente aos amigos Ataíde Mendes, Felipe Brack e Nicole Salerno, advogados do escritório Mendes & Brack Sociedade de Advogados, que, vale dizer, confiaram em mim e me deferiram minha primeira oportunidade profissional. Foi no dia a dia da advocacia em matéria de direito portuário, junto aos profissionais acima mencionados, que descobri o objeto de estudo desta dissertação. Ademais, exponho aqui o tratamento generoso e respeitoso que sempre recebi da equipe, pelo que afirmo haver de minha parte profundo respeito, admiração e gratidão.

Estendo a gratidão aos amigos do mestrado Dhyelle Mendes, Sara Saad e Alfredo Góes, os quais, em verdade, muito me socorreram com suas dicas e orientações desde o princípio, de sorte que as nossas conversas e trocas de experiências tornaram os desafios dos estudos bem mais simples. Além disso, devo agradecer às maritimistas Mayana Stella e Hanna

Alvares pelas trocas de experiências e disponibilização de materiais, bem como aos amigos Clayrtha Gonçalves, Wanderson Carlos, Monique Leray, Ronald Ribeiro, Paulo Pacini, Ítalo Viegas, Dennys Rodrigues, Jessé Rodrigues, Fernanda Franklin, Mariano Muniz, Fredson Costa, dentre outros, pois foi, honestamente, um prazer compartilhar os momentos de aprendizado no mestrado com vocês.

Agradeço ainda aos estudantes das turmas das disciplinas de Direito das Obrigações (2021) da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), perante as quais realizei atividades de tirocínio jurídico, pelos aprendizados e amizades, em especial às líderes de turma Carla Nicole Ferreira Rodrigues e Ana Gabriella Oliveira, que muito me ajudaram.

Expresso gratidão aos meus professores de graduação, que me oportunizaram exemplos e um caminho de estudos jurídicos sólidos, mencionando especialmente Thiago Allisson Cardoso de Jesus, Gilson Martins Mendonça, Antônio César Costa Choairy, Jaqueline Alves Demetrio, Herberth Costa Figueiredo, Hugo Assis Passos, Rodrigo Otávio Bastos Raposo, Adriano Jorge Campos, Caroline Guimarães Pecegueiro Pereira, Marcelo de Carvalho Lima e Vail Altarugio Filho.

Aos meus amigos de trabalho Michelle Costa, Eduardo Augusto, Rossana Barros, Igor Azevedo, Mylla Sampaio, Teresa Barros, Pedro Viana, Alice Matos, Vitória Colvara, Dona Remédios, Dona Nilce, Mônica Santos, Raquel Souza, Antony Luso, Major Dias, Lêda Alice, Carlos Anderson, Lisiane Salomão, Isadora Diniz, Pablo Baima, Adriano Labelu, Noboru Nishiwaki, Bianca Rahbani, João Paulo, Mayckerson Santos, além da desembargadora Sônia Amaral e dos magistrados Márcio Brandão, Anderson Sobral e Nilo Ribeiro, dentre outros, agradeço pelos exemplos, incentivos e por tornarem minha rotina leve e proveitosa.

Estendo meus agradecimentos à minha companheira e amiga Natália Lima, bem como às minhas amigas, sempre pacientes e atenciosas, por ajudarem a tornar minha rotina mais alegre e leve com suas companhias, mencionando aqui, sem querer esgotar a lista, Ingrid Dutra, Igor Dutra, Amanda Rolim, Iury Gabriel, Felipe Silva, Paulo Júnior, Júnior Mascarenhas, Marinella Gerônimo, Adriely Luci, Thalles Sá, Leany Nayra, Paulo Vitor, Paula Cruz, João Victor, John Dion, Paula Stefany, Igor Watanabe, Anna Caldas, Luciano Chagas, Lucas Nogueira, Sol de Havana, João Lucas, Matheus Costa, Lucas Cantanhede, Nathan Araújo, Enzo Samid, Lucas Felipe, Julianna Matos, Maria Eduarda, dentre outros.

Por fim, expresso gratidão às sociedades brasileira e maranhense por me permitirem, desde a graduação, o estudo do Direito no ensino público, tendo em conta as oportunidades de aperfeiçoamento humano e de vida únicas que este fato me possibilitou.

A todos, mais uma vez, obrigado!

“A faculdade humana de fazer e manter promessas guarda um elemento da capacidade humana de construir o mundo” – Hannah Arendt

RESUMO

O presente estudo se propõe a compreender a disciplina jurídica das cobranças de sobre-estadia (*demurrage*) de contêiner no bojo de contratos de transporte marítimo, especialmente no contexto de importação de cargas ao Brasil e em consideração das proposições do Projeto de Lei Federal nº 487/2013. O objetivo geral é analisar a aptidão operacional da proposta de lei de, em vista das discussões empreendidas sobre a temática, solucionar adequadamente eventuais inconsistências regulatórias que se verificam na prática comercial para garantir segurança, estabilidade e confiança às relações negociais de direito privado, conjecturando ainda efeitos potenciais do projeto de lei no âmbito normativo e jurisprudencial. Objetiva-se: a) apresentar o sistema do direito em suas conjunturas operacional, estrutural e funcional para entender o papel da legislação de direito privado; b) compreender as racionalidades estruturantes do projeto de lei estudado, bem assim a regulação e operacionalização do contrato de transporte marítimo; c) analisar criticamente as previsões relativas à cláusula *demurrage* de contêiner, propondo um modelo jurídico à questão. Para tanto, utilizar-se-á do método de abordagem pragmático-sistêmico, em perspectiva jurídico-operacional, a partir do referencial teórico da *teoria dos sistemas autopoieticos* de Niklas Luhmann, tudo conforme a perspectiva da obra “*O direito da sociedade*” (LUHMANN, 2016). Trata-se de pesquisa qualitativa, monográfica, jurídico-propositiva e com raciocínios estruturados pelo método hipotético-dedutivo. Ao final, em vista da estrutura e função das cobranças de sobre-estadia de contêiner, conclui-se que a proposta de lei apreciada, malgrado ter pretensão de encerrar a regulação jurídica de direito privado, é parcialmente inviável à disciplina da temática, uma vez que relevantes questões conflituosas presentes não foram apreciadas ou assim o foram deficientemente, tendo a proposição legislativa potencial de redundar em soluções inconsistentes ou inadequadas no âmbito do sistema jurídico.

Palavras-chave: sistema jurídico; legislação; direito privado; contrato de transporte marítimo; *demurrage* de contêiner.

ABSTRACT

This study aims to understand the legal discipline of container *demurrage* charges in the framework of maritime transport contracts, especially in the context of importing cargo to Brazil and taking into account the propositions of Federal Bill nº 487/2013. The general objective is to analyze the operational aptitude of the proposed law in order to adequately solve, considering the discussions undertaken on the subject, any regulatory inconsistencies that occur in commercial practice to ensure security, stability and confidence in the business relations of private law, while also conjecture potential effects of the bill in the normative and jurisprudential spheres. The specific objectives are: a) present the system of law in its operational, structural and functional conjunctures to understand the role of private law legislation; b) understand the structuring rationalities of the bill studied, as well as the regulation and operationalization of the maritime transport contract; c) critically analyze the forecasts concerning the container demurrage clause, proposing a legal model to the issue. To this end, it will use the method of pragmatic-systemic approach, from a legal-operational perspective, based on the theoretical framework of Niklas Luhmann's *theory of autopoietic systems*, according to the viewpoint of the work "*The law of society*" (LUHMANN, 2016). This is a qualitative, monographic, legal-propositional research whose reasoning is structured by the hypothetical-deductive method. In the end, in view of the structure and function of container *demurrage* charges, it is concluded that, despite intending to conclude all the legal regulation of private law, the proposed law assessed is partially unfeasible to discipline the subject, since relevant conflicting issues were not assessed or were deficiently evaluated, with the potential of resulting in inconsistent or inadequate solutions within the legal system.

Keywords: legal system; legislation; private law; maritime transport contract; container demurrage.

LISTA DE SIGLAS

AIR: Análise de Impacto Regulatório;

ANTAQ: Agência Nacional de Transportes Aquaviários;

BL: *bill of landing*;

ICC: *Internacional Chamber of Commerce*;

HBL: *house bill of landing*;

Inconterms: *Internacional Commercial Terms*;

LAI: Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527/2011);

MBL: *master bill of landing*;

MTPAC: Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil;

NCPC: Novo Código de Processo Civil;

NVOCC: *Non Vessel Operator Common Carrier*;

PL: projeto de lei federal;

SISCOMEX: Sistema Integrado de Comércio Exterior;

STF: Superior Tribunal Federal;

STJ: Superior Tribunal de Justiça;

TCU: Tribunal de Contas da União;

UNCTAD: Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e Desenvolvimento.

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	11
2. O SISTEMA DO DIREITO E O DIREITO PRIVADO	14
2.1 UMA ABORDAGEM SISTÊMICA DO DIREITO PRIVADO	14
2.2 FONTES E MODELOS JURÍDICOS DE DIREITO PRIVADO	24
2.3 O PAPEL DA LEGISLAÇÃO DE DIREITO PRIVADO EM MATÉRIA NEGOCIAL	36
3. O DIREITO CONTRATUAL E DE TRANSPORTE MARÍTIMO	53
NO PROJETO DE LEI FEDERAL Nº 487/2013	
3.1 DAS (IR)RACIONALIDADES ESTRUTURANTES	53
3.2 O CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO	67
3.3 A OPERACIONALIZAÇÃO DO TRANSPORTE MARÍTIMO DE CARGAS	84
4. A CLÁUSULA <i>DEMURRAGE</i> DE CONTÊINER E A REFORMA	96
DO CÓDIGO COMERCIAL	
4.1 ESTRUTURA E FUNÇÃO DA CLÁUSULA <i>DEMURRAGE</i> DE CONTÊINER	96
4.2 A NATUREZA JURÍDICA DA <i>DEMURRAGE</i> DE CONTÊINER	107
4.3 MODELOS JURÍDICOS À CLÁUSULA <i>DEMURRAGE</i> DE CONTÊINER A PARTIR DO PL Nº 487/2013	121
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	138
REFERÊNCIAS	144

1) CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O presente estudo pretende apresentar a disciplina jurídica das cobranças de sobre-estadia (*demurrage*) de contêiner no bojo de contratos de transporte marítimo, especialmente em contextos de importação de cargas ao Brasil, a partir dos instrumentais da *teoria dos sistemas autopoieticos*, conforme abordagem da obra “*O direito da sociedade*” (LUHMANN, 2016), tendo como parâmetros normativos a regulação atual da matéria e as propostas do Projeto de Lei Federal nº 487/2013 (Reforma do Código Comercial).

No que concerne ao PL nº 487/2013, ter-se-á em conta o substitutivo ao projeto apresentado pela Comissão Temporária para a Reforma do Código Comercial, anexado ao Parecer (SF) nº 1/2018, de relatoria do Senador Pedro Chaves e datado de 11 de dezembro de 2018, por se tratar da proposta contemporaneamente apreciada pelas vias legislativas.

O propósito será verificar se a regulação jurídica mencionada tem efetiva aptidão operacional de, em vista das discussões empreendidas sobre a temática e de uma abordagem sistêmica do fenômeno jurídico, resolver adequadamente eventuais inconsistências regulatórias que se verificam na prática comercial, de sorte a garantir segurança, estabilidade e consistência às relações de direito privado.

O exposto considera a acentuação da complexidade social no espectro dos vínculos jurídicos paritários no atual contexto histórico, uma vez que a matéria se relaciona diretamente com o objetivo sociopolítico de assegurar o desenvolvimento logístico e econômico do país através da construção de uma ambiência de segurança aos particulares, pressuposta à consecução de outros objetivos constitucionais mais amplos, tudo com aplicação direta em setor econômico de invariável interesse coletivo.

Nesse passo, não se pode ignorar que os mares representam os principais corredores logísticos e interacionais das sociedades humanas, nem que a cidade de São Luís do Maranhão possui notória aptidão portuária, certo de que o disciplinamento jurídico da questão repercute diretamente nas atividades dos agentes econômicos locais e nacionais, vinculados à mesma diretiva jurídica, bem assim nas instituições do sistema de justiça em sentido amplo, a incluir particularmente advogados, magistrados e legisladores.

Justifica-se o intento, portanto, pelo propósito de apresentar problemáticas e possibilidades de positivação/interpretação alinhadas às pretensões de estabelecimento e fomento da confiança no âmbito das relações jurídicas contratuais, de forma a potencialmente contribuir com o desenvolvimento, densificação e amadurecimento de discussões sobre a matéria, em especial nos contextos maranhense e brasileiro.

Com efeito, pretende-se analisar, a partir da estrutura do sistema do direito e das particularidades das regulações do transporte marítimo de cargas, a capacidade geral PL nº 487/2013 de solucionar conflitos e assegurar estabilidade jurídica no que se refere à cláusula *demurrage* de contêineres em contratos de transporte marítimo, notadamente nos processos de importação de bens e mercadorias, apreendendo as racionalidades e conjecturando possíveis efeitos da proposta no âmbito normativo e jurisprudencial.

Num primeiro momento, apresentar-se-á o sistema do direito em sua conjuntura operacional, estruturas e recursividades de base, descrevendo a percepção dos operadores jurídicos acerca das possibilidades comunicativas do sistema, sempre com o fulcro de compreender o efetivo papel da legislação de direito privado a partir das demandas contemporâneas e globalizadas de confiança de tráfego, segurança jurídica e respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

Em seguida, buscar-se-á compreender as racionalidades estruturantes do PL nº 487/2013, notadamente no que se refere às fontes, princípios, conceitos, regras de cognição judicial, possibilidades de intervenção judicial na economia do contrato e coerência sistêmica, tudo alinhado às discussões próprias da teoria geral dos contratos e da operacionalização prática dos contratos de transporte marítimo.

Por fim, analisar-se-ão as previsões constantes no PL nº 487/2013 no que concerne à cláusula *demurrage* de contêiner em contratos de transporte marítimo, tendo em conta o propósito de avaliar criticamente a aptidão do projeto de regular adequadamente os setores econômicos envolvidos e resolver eficientemente conflitos que atingem a prática comercial, de modo justo e equitativo, propondo um modelo jurídico à questão.

Para tanto, como dito alhures, utilizar-se-á o referencial teórico da *teoria dos sistemas autopoieticos* de Niklas Luhmann, em especial a partir da abordagem constante na obra “*O direito da sociedade*” (LUHMANN, 2016), considerando a concepção básica de que o fenômeno jurídico se opera de maneira sistêmica e histórica, quer dizer, como um conjunto de elementos e processos dotados de autonomia, unidade de sentido, caráter construtivista e autorreferencial, em vista de estruturar complexidade informacional no espaço e no tempo.

Como pressuposto, aceitam-se serem normas jurídicas aquelas reconhecidas como tais pela República Federativa do Brasil, em perspectiva unitária, entendendo-as como juridicamente vinculantes porque decorrentes de estruturação política e sociologicamente validada, expressas particularmente através das leis, dos regulamentos, dos expedientes administrativos em geral, das construções jurisprudenciais, bem como dos entendimentos dos doutos exarados em ciência e dogmática jurídicas.

Portanto, o método de abordagem adotado pela pesquisa é o sistêmico, em perspectiva jurídico-operacional, entendendo-se assim se tratar de intento direcionado à busca de soluções jurídicas a partir do direito posto ou regularmente proposto, à luz das recursividades estruturantes do fenômeno jurídico, sempre em consideração da realidade do direito na sua holística, estrutura discursiva e lógica autorreferencial.

O método de procedimento é o monográfico, pois o estudo representa trabalho realizado metodicamente com supervisão docente e direcionado à investigação de determinado fenômeno específico, acrescido, contudo, de procedimentos próprios de pesquisas do tipo jurídico-propositivas, ou seja, de investigações direcionadas ao questionamento de recursividades jurídicas com o objetivo de propor mudanças ou reformas legislativas concretas.

Nesse sentido, utilizar-se-ão de raciocínios estruturados mediante método hipotético-dedutivo, a partir do qual são adotadas premissas supostamente verdadeiras por meio das quais as respostas particulares vinculativamente emergem, sendo estas, igual e conseqüentemente, também provavelmente verdadeiras.

A pesquisa então é qualitativa, eis que, aos aludidos fins, adentrando ao universo dos significados e sentidos, utiliza-se conjuntamente de instrumentais secundários bibliográficos, consistentes em literatura especializada, e de fontes primárias, a saber, documentos oficiais e particulares, tais como modelos contratuais, relatórios, apresentações, compilações de normas jurídicas, decisões judiciais e o próprio projeto de lei estudado.

O referido estudo bibliográfico teve a função de subsidiar a pesquisa com conceitos e informações de base, permitindo o conhecimento das estruturas jurídicas vigentes e apreensão das problemáticas sociais em torno da temática estudada. A partir destas considerações, o estudo direto das fontes primárias foi realizado com o devido direcionamento. Assim, não se buscará meramente repetir a percepção adotada nas bibliografias utilizadas, mas compreender as racionalidades cambiantes para ordená-las, em conta dos dados não depurados, razão pela qual invariavelmente a pesquisa adotará as pretendidas perspectivas construtivistas e propositivas racionalmente orientadas.

2) O SISTEMA DO DIREITO E O DIREITO PRIVADO

2.1) UMA ABORDAGEM SISTÊMICA DO DIREITO PRIVADO

A ideia de que os fenômenos sociais possam ser interpretados sistemicamente decorre de uma metáfora conceptual, introduzida nos escritos sociais de há muito, que entende a realidade social a partir de categorias de análise próprias das ciências que estudam sistemas orgânicos e/ou mecânicos. Nessa acepção, a sociedade se operacionaliza a partir de órgãos e sistemas funcionais essenciais, de maneira similar aos corpos naturais ou físicos, entendimento que, no âmbito da Filosofia, foi chamado de organicismo ou funcionalismo.

A teoria dos *sistemas autopoieticos*, seguindo a racionalidade acima exposta à análise da sociedade e para os fins deste estudo, apresenta-se como instrumental epistemológico rico em conceitos e apto à efetiva compreensão do fenômeno tipicamente humano de construção, acumulação e sistematização do saber jurídico. Entretanto, vale exortar, tal teoria, assim como qualquer outra, é apenas um meio direcionado à apreensão do conhecimento que, por se submeter às contingências do saber humano e à constante retificação (POPPER, 1972, p. 252), possui potencial de esclarecer e obscurecer a interpretação fenomênica, devendo ter adesão crítica e prudente.

A premissa teórica básica à compreensão dos sistemas autopoieticos está na diferenciação entre estes (e os seus elementos sistêmicos) e aquilo que é não sistêmico, genericamente chamado de *ambiente*¹. Isso implica que os sistemas sejam *autônomos* em relação ao ambiente e que as interferências recíprocas sejam apenas indiretas.

Os *sistemas sociais* (direito, economia, política, mídia, cultura, dentre outros), nesse sentido, integram um ambiente geral em que coexistem entre si e com os sistemas vivos (orgânicos), não vivos (mecânicos) e psíquicos (consciência), tendo com estes uma relação de *coevolução e irritabilidade* recíprocas (TEUBNER *et. al.*, 2021, p. 225). A diferença básica dos sistemas sociais em relação aos demais reside na necessidade do uso da *comunicação* como vetor distintivo de concretização de seu desiderato² (TEUBNER *et. al.*, 2021, p. 228).

Os sistemas sociais, partindo da citada contradição com o ambiente, podem ser designados como um conjunto de *elementos, processos e reflexões* com pretensão de *ordem e unidade* cujo conjunto constitutivo ultrapassa qualitativamente a soma de seus componentes

¹ Ambiente é a designação genérica atribuída a todos os recursos, pressões, conceitos, racionalidades e simbologias não sistêmicas.

² Assim, a “operação de base, pela qual o sistema social se delimita em relação ao seu ambiente, pode ser designada como comunicação” (LUHMANN, 2016, p. 73).

(REALE, 1994, p. 87), sendo a comunicação a operação de base comum, o que sinteticamente encerra o aspecto *estrutural* da teoria.

Por outro lado, os sistemas parciais da sociedade também podem ser avaliados de uma perspectiva *funcional*, em vista da interação dos indivíduos humanos entre si e destes perante a estrutura sistêmica, ocasião em que servem ao tratamento da *complexidade* social (compreendida como a totalidade aleatória de eventos socialmente possíveis), tudo com o propósito de conformar a realidade concreta através das expectativas sociais (percepção das possibilidades de eventos sociais), explicitando aos agentes os meios de êxito comunicativo.

A premissa considerada é o fato de que a realidade é de complexidade indefinida e difusa, ante a diversidade de fatos e de contingências sociais possíveis, o que torna impossível a apreensão totalizadora das coisas do mundo. Logo, para tratar de necessidades sociais constantes, como as de estabelecer regras de convívio, de interpretar vicissitudes econômicas, de ordenar formas de poder coletivamente vinculantes, dentre outras, deve-se aceitar a impossibilidade de se considerar todas as possibilidades para reduzi-las a apenas alguns suficientes critérios, ao menos limitando o acaso absoluto. Esta é a função dos sistemas sociais: lograr, mediante seletividades, alcançar perícia epistêmica para fins utilitários, reduzindo complexidades para generalizar e conformar *expectativas* socialmente atuantes no espaço e no tempo, de forma a regular mediante comunicação a liberdade de ação inerentemente imprevisível de sujeitos com capacidade de autodeterminação (MOTA, 2016, p. 187-188).

A *seletividade* é um processo promovido sistemicamente porque a atuação eficiente no espaço social pressupõe uma estruturação que seria impossível sem a prévia limitação da informação. E, para tematizar limites epistêmicos e restringir as associações comunicativas possíveis, os sistemas sociais se utilizam basicamente de regras de (ir)relevância e de (in)admissão dos fatores do ambiente, estabilizando sentidos comunicativos³. Nesse sentido, Giddens (1991, p. 51) explica que:

Conhecer mais sobre a vida social não permite maior controle e estabilização por meio da tecnologia, pois o conhecimento não se apresenta totalizador. Além de ser diferencialmente disponível, o saber se submete às situações inesperadas e à própria flexibilidade, a sede de melhoramento e crítica, que domina nossos tempos. Por isso,

³ Trata-se de interpretação muito razoável diante dos estudos cognitivistas contemporâneos, segundo os quais a cognição e o saber humanos são estruturados a partir de processos seletivos e de categorização (FERRARI, 2018, p. 31), bem assim das pesquisas sobre epistemologia que sugerem ser a descoberta científica produto de instrução, seleção e experimentação (POPPER, 2004, p. 59-61), não de verdades peremptórias. Nesse passo, importa consignar que um argumento, “antes de ser um *modo de comprovação da verdade*, é apenas um *elemento linguístico destinado à persuasão*. (...) É, por isso, elemento que aparece inserto em um *processo comunicativo*, que deve ser o mais eficiente possível” (RODRÍGUEZ, 2005, p. 23).

diz-se que “o conhecimento deste mundo contribui para seu caráter instável e mutável”.

Pelo exposto, assume-se que, sob as condições da modernidade, o conhecimento reproduzido em qualquer sistema social não representa “conhecimento no sentido ‘antigo’, em que ‘conhecer’ é estar certo” (GIDDENS, 1991, p. 46), mas o produto de *operações*⁴ estruturadas para, com o menor grau de aleatoriedade possível, fomentar racionalidades que não descuidam de suas próprias limitações cognitivas e experienciais.

Em resumo, infere-se que, contornando as dificuldades da difusão informacional por meio de seletividades, os sistemas parciais da sociedade ordenam a espontaneidade do ambiente conforme o aspecto da realidade social que visam funcionalmente intervir (ROCHA; COSTA, 2021, p. 34). Desse modo, o “sistema evita uma sobrecarga de informação, mas precisamente assim ele pode [também] conquistar novos graus de refinamento para distinguir e definir” (LUHMANN, 2016, p. 472).

Nesse passo, a ordenação sistêmica dos elementos previamente selecionados do ambiente se dá mediante o estabelecimento de critérios e instrumentos com eficácia estruturante, tais como símbolos⁵, conceitos⁶, estabilizações de sentido⁷ e recursividades⁸. Tais mecanismos se inserem como categorias cognitivas e se expressam na forma de precisão vocabular, fomentando a segurança comunicativa necessária à ação no espaço e no tempo. Ou seja, através da ordem dos elementos e processos intrassistêmicos, criam-se as estruturas recursivas históricas a que os agentes sociais se subsidiam para interagir no espaço sistêmico.

O exposto exige que se reconheça que não existem possibilidades de compreensão fenomênica senão em perspectiva interativa (FERRARI, 2003, p. 28), o que demanda a aceitação de certo grau de incerteza e indeterminação em torno do saber expresso linguisticamente, considerando o caráter metafórico da própria cognição humana (LAKOFF; JOHNSON, 2002, p. 127). Assim, redefine-se o problema da comunicação, instrumento básico de operação dos sistemas sociais, retirando-o do questionamento acerca da mera obscuridade

⁴ Operações representam as situações práticas de atuação dos agentes sociais no espaço sistêmico, de modo que “são acontecimentos e, portanto, atualizações de possibilidade providas de sentido que tornam a desaparecer logo depois de realizadas” (LUHMANN, 2016, p. 66).

⁵ O termo “simbólico” aqui utilizado representa toda e qualquer forma de intermediação entre sujeito e realidade.

⁶ “Conceitos são experiências armazenadas tomadas de casos, que já não são percebidos ou criticamente debatidos como experiências” (LUHMANN, 2016, p. 525).

⁷ Estabilizações de sentido representam, genericamente, os significados consolidados atribuídos no espaço e no tempo a determinados símbolos que fundamentam recursividades.

⁸ Recursividade é a nomenclatura genérica dada a todo o conjunto de conexões argumentativas historicamente construídas a que os integrantes de um sistema recorrem e exploram quando precisam atuar no espaço sistêmico.

do discurso particular para a aceitação da inerente incapacidade do discurso geral de expressar integralmente as construções da realidade (TEUBNER *et. al.*, 2021, p. 216).

Observa-se então que a finalidade da estruturação dos sistemas da sociedade é precisamente que os fatores ambientais sejam internamente assimilados a partir das categorias do próprio sistema, indicativas das fronteiras comunicativas, porque isso racionaliza a própria comunicação e, por consequência, a ação, tudo para limitar a contingência (risco). A *autonomia*⁹ sistêmica é então compreendida como um condicionamento às demandas ambientais, que são assimiladas indiretamente, resultando num fenômeno chamado de *autopoiese*¹⁰, em que “a produção de estruturas engendra-se de maneira circular, já que as próprias operações demandam estruturas a fim de, por referências recursivas, determinar outras operações” (LUHMANN, 2016, p. 67). Desse modo, a “*unidade* do sistema não pode se representar no sistema *como objetivo*, como estado final passível de ser alcançado” (LUHMANN, 2016, p. 228), mas como uma pretensão contínua que se apresenta em vista de uma irritabilidade sistêmica endógena (ROCHA; KREPSKY, 2018, p. 148).

Por consequência, pode-se afirmar que os sistemas sociais não servem ao atingimento de fins ou propósitos peremptórios, por meio de operações teleológicas, nem a transformar demandas sociais em soluções (*inputs-outputs*), mas apenas à atuação contínua a partir de suas próprias referências (LUHMANN, 2016, p. 592), observando-se que os sistemas em si são autopoieticos, mas suas estruturas isoladamente consideradas não.

A autonomia do sistema social em relação ao ambiente o torna eficaz ao intento de atuar como instância imunizante da comunicação no seu respectivo espaço social, conformando as pressões das irritações de outros espaços comunicativos. E, uma vez autônomo o sistema, institucionaliza-se com previsibilidade a atuação dos agentes para tratamento impessoal, o que mascara as seletividades realizadas mediante observações de segunda ordem, naturalizando o discurso e explicitando a *identidade* sistêmica, neste caso por meio de tautologias ou autoexplicações (*reflexibilidade*). É desse sentido latente que resulta o inegável caráter ideológico dos sistemas sociais parciais.

Em síntese, a autonomia que se objetiva aos sistemas sociais tem por pressuposto que estes sejam especializados e que interpretem a realidade de maneira obrigatoriamente autorreferencial, ou seja, a partir de suas próprias construções comunicativas. O propósito é a

⁹ Autonomia é o produto qualitativo da diferenciação funcional construída historicamente pelos sistemas sociais, ou seja, a própria autolimitação e qualidade de atuar mediante recursividades próprias.

¹⁰ A expressão autopoiese ou *autopoiesis* tem origem no somatório das expressões gregas “*auto*”, que significa “próprio”, e “*poiesis*”, que indica “criação”. Ou seja, autopoiese significa criar por si próprio.

máxima autonomia por meio de *fechamento operativo*¹¹ ao conjunto de autorreferências, de maneira unitária. Isso porque, mediante esforços seletivos, constroem-se estruturas que permitem a interpretação da complexidade social, orientam a ação concreta e distinguem o sistema parcial do ambiente (autonomia por *diferenciação funcional*¹²), de modo que este seja exatamente diferenciado e operacionalmente fechado.

Mas há outra característica dos sistemas sociais que não se pode desprezar, a saber, a capacidade *construtivista*. É que os “sistemas autopoieticos são sempre sistemas históricos, que partem do estado imediatamente anterior que eles próprios criaram” (LUHMANN, 2016, p. 66). Assim, no decorrer dessa historicidade, enquanto os indivíduos engendram operações regulares, eventuais insuficiências estruturais, frustrações de expectativas funcionais ou irritações ambientais podem resultar em aprendizados e adaptações mediante a incorporação de novos elementos e/ou processos estruturais (*evolução*¹³), decorrendo disso que as estruturas sistêmicas são tanto diretivas quanto seletivas (MOTA, 2016, p. 188-189).

Se os sistemas não visam impedir a evolução, mas apenas condicioná-la a um conjunto de referências, pode-se concluir que a seletividade e a redução de complexidade visam exatamente fomentar complexidade estruturada e sem descontinuidades operacionais, não o inverso. Logo, o fechamento operativo não representa ausência total de ambiente ou a alienação sistêmica de se orientar integralmente por si mesmo, mas condição de abertura de complexidade (NEVES, 2011, p. 130). O fechamento das operações às autorreferências, jamais pleno e peremptório, é o que permite que a novidade seja assimilada.

Por consequência, a própria diferenciação funcional não significa isolamento causal ou comunicativo, senão a consequência da construção de um “ambiente intelectual, de forma a que os processos seletivos de elaboração de informações do meio ambiente possam ser orientados por regras e decisões próprias do sistema” (LUHMANN, 1980, p. 53). Em verdade, os sistemas parciais da sociedade, ao contrário dos sistemas vivos e/ou mecânicos, não são estáticos e fechados em relação ao ambiente, mas dinâmicos, abertos e mutáveis. E a “evolução só se realiza se tanto a diferença quanto a adaptação entre sistema e ambiente se mantiverem” (LUHMANN, 2016, p. 321).

¹¹ O fechamento operativo representa o resultado da construção recursiva de autolimitação dos sistemas sociais, não uma característica essencial destes, sendo a unidade do sistema decorrente deste exato fechamento.

¹² Diferenciação é o processo por meio do qual um sistema social intenta se distinguir dos demais, formatando recursividades oriundas de seletividades próprias, de sorte a estabelecer seus particulares critérios fenomênicos de avaliação. Através da diferenciação o sistema alcança autonomia, portanto.

¹³ Evolução é a alteração estrutural do sistema em referência à sua dimensão temporal.

Em geral, a citada abertura de complexidade dos sistemas sociais no bojo de suas interações recíprocas mais frequentes é mediada por *acoplamentos estruturais*, que são estruturas cuja função é racionalizar pontos de irritação compartilhados a partir de afinidades estruturais dos sistemas que interagem entre si (LUHMANN, 2016, p. 590-591), tudo sem prejuízo à autônoma percepção do elemento comum, que passa a ter dupla significação em dois eventos comunicativos distintos.

Assim, por um lado, “acoplamentos estruturais, com seu duplo efeito de inclusão e exclusão, facilitam a concentração da irritabilidade” (LUHMANN, 2016, p. 594), enquanto, por outro, não importam introdução pura e simples de comunicação de um sistema social em outro (LUHMANN, 2016, p. 596).

Dentre os sistemas parciais da sociedade, não é de surpreender que a teoria dos sistemas autopoiéticos apresente o *sistema jurídico* com algum destaque. Isso porque, na sociedade em geral, a função precípua designada ao sistema do direito é a de imunizar expectativas sociais de índole *normativa*, ou seja, expectativas que não admitem a readequação de parâmetros em caso de *desilusão* (frustração), mas, ao revés, possuem mecanismos coletivos de atuação colocados em suspenso para eventual uso em sentido contrafático. Entende-se então que todo o sistema jurídico, que “descreve o que pertence e o que não pertence às comunicações jurídicas” (ROCHA; COSTA, 2021, p. 42), desenvolveu-se em face dos riscos sociais que afrontam tais expectativas (LUHMANN, 2016, p. 226-228).

A diretriz normativa do discurso jurídico se aperfeiçoa a partir de uma *codificação binária* que distingue os atos/fatos como lícitos ou ilícitos, gravitando a comunicação em torno dessa dualidade, assim como o confronto das condutas dos agentes sociais intersubjetivamente considerados. Desse modo, entende-se que o que “não puder ser apreendido com esse esquema de controle legal/ilegal não pertencerá ao sistema do direito, mas a seu ambiente interno ou externo à sociedade” (LUHMANN, 2016, p. 82).

Para cumprir seu desiderato de estabilizar expectativas normativas, o direito necessariamente distribui os ônus e bônus do convívio social entre as pessoas mediante a imputação de benefícios ou responsabilidades por potenciais fatos/atos em termos genéricos. Essa forma de definição de direitos e deveres representa também o exato meio através do qual o sistema logra alcançar imunização retórica, justificando a ideia de que os interesses juridicamente tutelados devam ser protegidos por meios coletivos de coerção. Precisamente assim, validam-se as possibilidades e os comportamentos humanos por antecipação para orientar a ação, de modo a atuar o sistema jurídico como uma instância superior e peculiar da regulação social.

A simplicidade da codificação binária do direito faz inferir que seu propósito não é o alcance de fins peremptórios, como controle social, dominação de classes ou redução absoluta das injustiças, sem com isso negar que possa servir reflexamente para tanto. Em verdade, a função genérica do sistema jurídico é simplesmente estabilizar continuamente as expectativas sociais normativas mediante recursos simbólicos validados historicamente e seus enlaces referenciais. O “direito é, portanto, uma história sem fim, um sistema autopoietico” (LUHMANN, 2016, p. 238), que “adquire sua realidade não por alguma idealidade estável, mas exclusivamente pelas operações, que produzem e reproduzem o sentido específico do direito” (LUHMANN, 2016, p. 56).

Tal simplicidade de princípios permitiu ao sistema jurídico lograr, por esforços de concentração, elevada especialização técnica, sendo adequado dizer que o direito contemporâneo é produto de uma modernidade que se caracteriza “pela acentuação da autonomia e perícia dos sistemas sociais parciais” (FONSECA, 2009, p. 23). E é justamente por atuar como um sistema perito, ou seja, como um daqueles “sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos” (GIDDENS, 1991, p. 35), que as pessoas depositam sobre o sistema do direito confiança¹⁴ e expectativa de assertividade (LISBOA, 2012, p. 15).

Entretanto, apesar de ser simples nos princípios de base, normativamente fechado e epistemologicamente singular, o sistema jurídico é complexo por ser cognitivamente aberto (NEVES, 2006, p. 80). Ora, à medida que o sistema “se utiliza da linguagem para comunicar, ele está sempre a comunicar possibilidades de associação fora do sistema jurídico” (LUHMANN, 2016, p. 74-75), certo de que, ao mesmo tempo em que é forçado a buscar autonomia, o direito “não pode (...) imunizar-se contra realidades conflitantes produzidas por outros discursos da sociedade” (TEUBNER *et. al.*, 2016, p. 234). Com efeito, assegurar a autonomia do sistema demanda equilíbrio entre abertura e fechamento operativos, como bem ilustra Teubner *et. al.* (2016, p. 234), *in verbis*:

A interferência do direito e de outros discursos sociais não significa que eles se fundem em um superdiscurso multidimensional, nem que a informação seja “trocada” entre eles. Em vez disso, a informação é constituída novamente em cada discurso e a interferência não acrescenta nada além da simultaneidade de dois eventos comunicativos. Assim, os construtos jurídicos são expostos aos construtos de outros discursos da sociedade, particularmente aos construtos da ciência. Eles são expostos a um teste de “coerência social” que substitui a antiga ficção de um teste de correspondência à realidade externa.

¹⁴ Nesse sentido, a “confiança pode ser definida como crença na credibilidade de uma pessoa ou sistema, tendo em vista um dado conjunto de resultados ou eventos, em que essa crença expressa uma fé na probidade ou amor de um outro, ou na correção de princípios abstratos” (GIDDENS, 1991, p. 41).

Nesse passo, dado o caráter normativo das expectativas juridicamente protegidas, é intuitivo que toda a citada orientação *funcional* do sistema (estruturar complexidade) tenha em vista sua atuação *prestacional*, qual seja, a resolução de situações concretas de conflitos em torno dos efeitos vinculantes de fatos/atos humanos e/ou naturais, tudo a partir da codificação binária e em vista das irritações de outros sistemas sociais (ROCHA; KREPSKY, 2018, p. 131). Isto converte o sistema jurídico numa “instância de decisão, independentemente de quão controversos sejam ou continuem a ser os fatos, regras e princípios [aplicáveis]” (LUHMANN, 2016, p. 677). Por essa razão, a estrutura do discurso jurídico sempre se converterá em possibilidades decisórias concretas acerca das questões do tráfego social, em perspectiva deôntica, decisionista (FERRAZ JÚNIOR, 2010, p. 42) e, invariavelmente, prática (ALEXY, 2001, p. 26).

As prestações sistêmicas então possuem inerentemente dupla função, a saber, resolver conflitos concretos e indicar o entendimento que será socialmente aplicado a conflitos assemelhados, institucionalizando a interpretação para orientar os indivíduos antecipadamente. Logo, a “função de resolução de litígios está voltada para as partes e o passado”, mas a “de enriquecer a oferta de regras legais volta-se para a sociedade geral e o futuro” (LUHMANN, 2016, p. 436-437).

E é a partir da dupla função das prestações sistêmicas que a temática da *justiça* se insere na discussão. O justo representa uma “*fórmula de contingência*” (risco) que determina que situações iguais sejam igualmente tratadas pelo sistema jurídico (justiça interna), bem assim que a decisão jurídica decorra de uma adequada abertura de complexidade social à controvérsia (justiça externa) (LUHMANN, 2016, p. 291). Assim, pode-se definir a justiça como “consistência da tomada de decisão” (LUHMANN, 2016, p. 303).

Entretanto, é certo que quanto “mais variadas forem as circunstâncias de vida, que entram no campo de observação do sistema do direito, mais difícil se torna a manutenção de uma consistência suficiente” (LUHMANN, 2016, p. 25). Por isso, ao propósito de decidir consistentemente, afigura-se necessário o estabelecimento de critérios aptos a estabilizar eventuais discrepâncias acerca da interpretação da codificação binária. Tais critérios, chamados de *programas* (LUHMANN, 2016, p. 252), encerram-se em recursividades que ordenam a cognição dos agentes sociais por meio de uma tecnização que “pode ser entendida como condição e também como estímulo à decisão racional” (LUHMANN, 2016, p. 245). Por isso, os recursos da interpretação do direito se apresentam como uma espécie de saber tecnológico

necessário (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 84), sendo “simplesmente ingênuo invocar a própria ‘realidade’ social contra o conceitualismo jurídico” (TEUBNER *et. al.*, 2021, p. 232).

Um dos notáveis exemplos de apuração da técnica jurídica é a distinção entre *direito público* e *direito privado*, a repercutir no conteúdo regulado e nas racionalidades de orientação decisória aplicáveis aos casos concretos, representando discurso com plena eficácia autorrealizadora no cotidiano social. O primeiro trata das relações dos órgãos do Estado entre si e perante os cidadãos, enquanto o segundo se refere às relações dos cidadãos entre si, individualmente ou a partir dos expedientes associativos lícitos aos particulares. Assim, pode-se dizer que a referida distinção corresponde a *dois subsistemas* oriundos de especializações funcionais do direito surgidas para atendimento de problemas específicos (DAVID, 2002, p. 85), sem prejuízo de convergências de base¹⁵.

Em especial, o subsistema do direito privado se orienta para regular liberdades iguais atribuídas aos cidadãos em suas relações jurídicas horizontais, tudo com o mister de torná-las consistentemente compatíveis em situações de concorrência¹⁶. Trata de interesses alheios àqueles diretos dos órgãos representativos da comunidade política, mas lícitos aos particulares dentro de determinados limites jurídicos, sendo o espectro de tal liberdade responsável chamado de *autonomia privada*¹⁷. No âmbito operacional do direito privado, a autonomia privada é liberdade constitutiva básica que visa assegurar a autodeterminação individual e também, instrumentalmente, um ambiente de confiança impessoal apto a estimular o desenvolvimento dos sistemas econômico e social¹⁸, pelo que se faz premente a atribuição de autonomia, estabilidade e segurança ao fenômeno.

Em vista do caráter constitutivo da autodeterminação individual, reconhece-se às pessoas o direito fundamental de realizar as trocas e transações econômicas que lhes forem, por suas próprias escolhas, convenientes à afirmação de seus interesses (SEN, 2000, p. 42). Em

¹⁵ “De fato, o processo de publicização do privado é apenas uma das faces do processo de transformação das sociedades industriais mais avançadas. Ele é acompanhado e complicado por um processo inverso que se pode chamar de ‘privatização do público’. Ao contrário do que havia previsto Hegel, segundo o qual o Estado como totalidade ética terminaria por se impor à fragmentação da sociedade civil, interpretada como ‘sistema atomística’, as relações de tipo contratual, características do mundo das relações privadas, não foram realmente relegadas à esfera inferior das relações entre indivíduos ou grupos menores, mas reemergiram à fase superior das relações politicamente relevantes” (BOBBIO, 2014, p. 26).

¹⁶ Age o direito privado no pressuposto de que os “direitos individuais devem ser ordenados com o social a fim de se tornarem efetivos e para que sejam compatibilizados com os direitos que outros indivíduos possuem” (LORENZETTI, 2009, p. 312).

¹⁷ Assim, a autonomia privada é “um poder concedido ao indivíduo para a consecução de fins privados” (FERRI, 1969, p. 38, tradução livre), consoante os limites estipulados pelo direito, de modo que aludido poder difere da vontade pura e simples dos particulares (autonomia da vontade) (SAAD; PEREIRA, 2022, p. 274).

¹⁸ “As liberdades não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais” (SEN, 2000, p. 25).

complemento, por ocasião do caráter instrumental da autonomia privada, impõe-se ao sistema do direito a missão de regular o autointeresse para que este seja exercido dentro de determinados limites que estimulem a alocação eficiente dos recursos sociais, antevendo a espontaneidade dos mercados para expandir a liberdade compatível, a riqueza, a renda e as oportunidades gerais¹⁹.

A regulação jurídica se justifica porque circunstâncias factuais assimétricas podem influenciar na liberdade efetiva das pessoas e “impor limitações reais ao que pode ser realizado mediante várias formas institucionais do mecanismo de mercado” (SEN, 2000, p. 141), de modo que é de se reconhecer a limitação da capacidade do autointeresse de isoladamente gerar resultados globais socialmente eficientes (SEN, 2000, p. 143), fomentar compromissos coletivos ou reforçar a confiança das pessoas no sistema social e nas autoridades (RAWLS, 1997, p. 297).

Assim ocorre porque não podem ser consideradas a ganância e a cupidez os únicos valores preservados pelo sistema econômico (SEN, 2000, p. 293), tampouco protegidos pelo direito privado. Em verdade, a experiência histórica orienta que a eficácia instrumental dos próprios mecanismos do mercado depende de poderosos valores e normas subjacentes (SEN, 2000, p. 298). A atuação livre de uma multiplicidade de indivíduos num sistema econômico eficiente para produzir riquezas é possível apenas mediante um sistema ético e normativo que forneça a todos “a visão e o ímpeto necessários para o uso bem-sucedido do mecanismo de mercado e instituições relacionadas” (SEN, 2000, p. 299).

Quer dizer, os *mercados*, inobstante tenham lógica interna voltada ao interesse individual, dependem da preservação das liberdades substantivas gerais que garantem para se manterem eficientes e sustentáveis. Por isso, entende-se que representam um *bem público* digno de proteção e aperfeiçoamento pelas regras de direito, jamais de supressão. Com efeito, a expansão das liberdades econômicas pelo sistema jurídico depende substancialmente da aludida compreensão dos méritos e dos limites da proteção do autointeresse que motiva as livres escolhas individuais.

Por todo o exposto, pode-se inferir que a diferenciação entre direito público e direito privado, longe de ser obsoleta, “é útil, preserva importantes espaços de autodeterminação, justifica indiretamente a autonomia epistemológica do Direito Privado, tem fundamento histórico e permite a solução de casos da realidade prática com grande êxito” (RODRIGUES JR., 2023, p. 183).

¹⁹ Assim, “o desenvolvimento pleno é aquele onde existe uma aliança entre a riqueza produzida pelas nações e os investimentos feitos por elas nas pessoas que as constroem” (SAMPAIO; CHAI, 2021, p. 284).

No próximo subcapítulo, estudar-se-á mais profundamente o subsistema de direito privado com o fim de compreender sua programação própria, suas recursividades e racionalidades básicas, bem assim os instrumentos estruturalmente fomentados pelo sistema jurídico para a sua respectiva compreensão fenomênica.

2.2) FONTES E MODELOS JURÍDICOS DE DIREITO PRIVADO

Entendida a função atribuída ao sistema jurídico, pode-se passar ao estudo da *teoria das fontes e modelos jurídicos* de Miguel Reale, que explica o sistema do direito a partir de observações de segunda ordem, em flexibilidade, sendo ainda instrumental à tarefa dos juristas de reduzir e fomentar complexidade estruturada, com preservação de capacidade operacional e em perspectiva de unidade.

A linguagem jurídica, conforme anteriormente explanado, tem caráter deontológico e decisionista, necessariamente. Expressa-se, portanto, como uma declaração de vontade em torno de um dever ser. Entretanto, na realidade social, são muitos os sujeitos que podem nutrir a pretensão de decidir sobre as coisas sociais, sendo necessário que se estabeleçam previamente quais desses centros de emanação de vontade devam ser prestigiados com a qualificação de “jurídicos” e sob que condições.

É exatamente por meio da ideia básica de *fonte jurídica* que se indicam regras de (ir)relevância às emanações de vontade com pretensão de decidibilidade sobre as coisas sociais. Tais regras determinam a acolhida da vontade no âmbito sistêmico, garantindo-lhe a proteção coercitiva comunitária. Portanto, as fontes jurídicas referenciam as escolhas oriundas de relações de poder social historicamente situadas (REALE, 1994, p. 11), sendo adequado assumir que, longe de romantismos ideais, a gênese do direito está diretamente atrelada à autoridade e à inevitabilidade do trabalho de formular decisões que ponham termo à incerteza em torno da distribuição da justiça (REALE, 1994, p. 52).

Em geral, entende-se que os “imperativos de certeza e segurança põe a exigência de um *numerus clausus* de fontes de direito” (REALE, 1994, p. 5), o que representa racionalidade restritiva que fomenta redução de complexidade vocacionada a garantir previsibilidade, segurança e calculabilidade ao fenômeno jurídico.

Contudo, não se restringe a qualificação de jurídica às vontades dotadas de generalidade, podendo ocorrer que a vontade declarada vincule *erga omnes* ou *inter partes*. Por igual, não representa o Estado o único sujeito imediatamente apto a emanar diretamente declarações juridicamente vinculantes, mas também os particulares, individual ou

coletivamente. Bastará que a declaração de vontade nutra qualidade jurídica, sendo decisória, incorporada pelas fontes de direito e vinculante de comportamento.

Com efeito, podem ser consideradas fontes jurídicas tanto as pretensões de normatividade de caráter *geral*, criadas prioritariamente em vista do aspecto funcional do sistema do direito, quanto aquelas outras *concretas*, que atendem primariamente ao espectro prestacional do sistema. São exemplos de normas gerais, notadamente na tradição romano-germânica, as normas constitucionais, legais e regulamentares, os precedentes judiciais obrigatórios (vinculantes), os julgados de eficácia *erga omnes* e as súmulas de vinculação geral, enquanto exemplificam as normas concretas aquelas oriundas de negócios jurídicos válidos firmados pelos particulares no exercício da autonomia privada e os julgados emanados pelo Poder Judiciário.

A interpretação acima exposta confronta com uma crença comum de juristas vinculados à tradição jurídica francesa, essencialmente legalista, de que as autênticas normas de direito seriam apenas as de caráter geral. Tais juristas aduzem que apenas as normas gerais seriam regras de direito porque são supostamente plenas de conteúdo, sem necessidade de intermediação ou recurso autorizativo²⁰. Trata-se de um equívoco, pois, como se verá, as fontes jurídicas são organizadas em suas relações de modo que suas validades dependam umas das outras reciprocamente, sendo a restrição da qualidade de fonte à norma legal arbitrária ante a lógica operacional do sistema jurídico²¹ (FERRI, 1969, p. 127).

Assim, observa-se que as vontades juridicamente vinculantes têm em comum o fato de que são recepcionadas pelo sistema do direito a partir de fontes que nada mais são do que instrumentos reputados aptos a acomodá-las. Tais mecanismos, de regra, utilizam-se de expedientes literalizantes da linguagem para fins de estabilização simbólica, notadamente textos escritos, pois “a ideia de escrever o direito, isto é, literalizá-lo ou, propriamente, transformá-lo em letra, seria um modo de torná-lo mais sofisticado ou refinado do ponto de vista de sua racionalidade e inteligibilidade” (PARINI, 2015, p. 16).

O esforço seletivo que deu origem à ideia de “fontes do direito” estruturou o trabalho dos juristas, de modo que, em certa medida, a pesquisa em direito passou a se confundir

²⁰ Bergel (2006, p. 55-56), por exemplo, afirma que as “disposições gerais, as verdadeiras regras de direito, se impõem logo à primeira vista, automaticamente, às pessoas que visam, em geral sem a intermediação de um ato jurídico particular. Em compensação, o aparecimento das prescrições individuais supõe um determinado ato, em geral complexo, ao qual são subordinados certos efeitos e cuja validade depende de sua conformidade com o direito positivo. Por conseguinte, o efeito criador de direito dos atos individuais não é autônomo: é apenas a aplicação do sistema jurídico e a sombra lançada pelas regras de direito no terreno dos fatos”.

²¹ “Num sentido mais amplo, porém, ‘fonte do direito’ significa toda e qualquer norma jurídica, não apenas a geral, mas também a individual, enquanto dela flui, assim como o direito objetivo, o direito em sentido subjetivo, isto é, um dever jurídico ou uma autorização” (KELSEN, 2013, p. 135).

com a pesquisa daquelas (FONSECA, 2009, p. 109). Assim, a “metáfora das fontes do direito transforma uma tautologia em uma sequência de argumentação e permite que algo externo, artificial e contingente apareça à visão interna do sistema como natural e necessário” (LUHMANN, 2016, p. 708), terminando por imunizar a linguagem jurídica ao dar inerência às suas artificialidades²² (PARINI, 2003, p. 83).

As fontes jurídicas, entretanto, representam vontades que podem ser concorrentes, sendo necessária a organização de preferências em potenciais situações de conflito, que podem se dar entre normas de mesma índole ou entre prescrições de origens imediatamente diversas. Aos conflitos entre normas de igual fonte, instituíram-se regras baseadas no aspecto temporal e na especialidade de conteúdo. Já aos dissensos entre normas de fontes diversas, designou-se uma sistemática que impõe hierarquias, que podem ser operacionalmente rígidas ou móveis, normalmente daquelas mais gerais sobre as mais concretas, a partir de relações de interdependência que culminam na (in)validade de prescrições para fins de admissão de juridicidade²³.

Assim, observa-se que “a atividade mediante a qual se estabelecem normas jurídicas não é uma atividade que se desenvolva para além ou fora do direito, mas que se desenvolve no âmbito do direito e é regulada por este” (FERRI, 1969, p. 26, tradução livre).

Entretanto, é sempre possível que ocorra eventualmente o afrouxamento das regras acima mencionadas a partir de critérios funcionais, de forma que a estruturação exposta não afasta peremptoriamente a possibilidade de abertura de complexidade às diferentes expectativas de tratamento jurídico que se reproduzem na sociedade. Assim, é factível que, ilustrativamente, afaste-se uma norma que desrespeite substancialmente entendimento retoricamente oriundo de fontes mais gerais e hierarquicamente superiores, instrumentais de abertura cognitiva, ou que se mantenha a validade de norma inferior ao argumento de distinção ou especialidade de conteúdo em relação à superior. É o que ocorre no controle de constitucionalidade material das leis, por exemplo. Logo, a sistemática das fontes não deixa de promover complexidade a ser

²² “Disso resulta a compreensão metaforizada do direito enquanto sistema lógico, formal, estético, dedutivo e dotado de plenitude, o que justifica a constante busca do jurista por ontologias em que se possa amparar. Diante da suposta naturalidade do sistema, uma interpretação etiológica aparentemente imparcial da realidade fragmentária justifica-se ao menos para que se possa persuadir que assim ocorre. A profecia da sistematicidade, simbolicamente, então, torna-se autorrealizadora” (CARNEIRO; SILVA, 2021, p. 11).

²³ “Validade jurídica de uma norma equivale à existência daquela norma enquanto regra jurídica. (...) Em particular, para decidir se uma norma é válida (...), geralmente é preciso realizar três operações: 1) verificar se a autoridade que a emanou *tinha o poder legítimo de emanar normas jurídicas* (...); 2) verificar se não foi *ab-rogada*, (...) o que ocorre quando uma outra norma sucessiva no tempo a ab-rogou expressamente ou regulou a mesma matéria; 3) verificar se não é incompatível com outras normas do sistema (o que também é chamado de *ab-rogação implícita*), sobretudo com uma norma hierarquicamente superior (...) ou com uma norma sucessiva” (BOBBIO, 2010, p. 38-39).

considerada no momento de se estabelecerem as condições pressupostas à indicação do lícito e do ilícito, no espectro da programação do sistema.

No espaço prestacional próprio do *subsistema jusprivatista*, a sistemática das fontes aponta a exata hierarquia exposta, exigindo orientação adequada para bem regular e respeitar a liberdade e autonomia dos sujeitos particulares, sua função precípua. Não sem razão, neste *locus*, valorizam-se especialmente as normas gerais de caráter legal e regulamentar, enquanto orientadoras da licitude de condutas, e as normas concretas negociais operadas no espaço de liberdade licitamente dedicado aos indivíduos. As normas constitucionais, malgrado sejam valorizadas pelo subsistema jusprivatista por serem as normas superiores do sistema, possuem pouca aptidão para atender as demandas deste por ocasião de seu objeto, além de seu elevado grau de generalidade e abstração.

Em condições de autonomia sistêmica, as *normas das constituições* representam acoplamentos estruturais por excelência entre o sistema jurídico e o político, servindo reciprocamente para a resolução de problemas de autorreferência e de irritações destes sistemas entre si (LUHMANN, 2016, p. 641). Por meio das constituições, ambos os sistemas parciais podem observar os fenômenos recíprocos a partir de suas próprias categorias. Por isso, tais normas possuem linguagem aberta e não raro disposta em sentido finalístico, orientando precariamente a ação e servindo mais como expedientes de abertura cognitiva operacional. É que, dada a ausência geral de prescrições subsuntivas que estabilizem sentidos, nos termos da codificação binária, apenas precariamente conformam padrões de comportamento às demandas de direito privado, especialmente às relações comerciais.

Por se orientar mais às relações com o sistema político que àquelas que se dão perante o sistema econômico, as constituições são insuficientes para o propósito de estatuir segurança aos direitos fundamentais dos cidadãos no espaço do direito privado, especialmente se suas normas forem aplicadas isolada e diretamente. Com efeito, reputa-se que a aplicação das normas constitucionais no *locus* do subsistema jusprivatista é mediata em razão de sua baixa capacidade regulatória, em destaque no bojo das relações comerciais (SILVA, 2008, p. 147), inobstante não se trate de tese dominante nos atuais contextos brasileiro e latino-americano (FERNANDES, 2018, p. 370), nos quais se entende haver aplicabilidade direta das normas das constituições no direito privado²⁴ (FACHIN, 2014, p. 60-61).

²⁴ “O modelo da eficácia direta dos direitos fundamentais em relação aos particulares, a despeito de haver sido criado na Alemanha nos anos 1950 e de não ter predominado naquele país, encontrou no Brasil uma acolhida sem comparação em qualquer outro lugar do mundo. São raríssimos os trabalhos escritos que refutam o modelo de eficácia imediata no país. Essas características da recepção do modelo no Brasil são compreensíveis. (...) A indiferença dos círculos civilísticos tradicionais em relação ao tema, o surgimento de uma nova Constituição, após

Assim, tem-se que a excepcional aplicação direta de normas constitucionais às prestações sistêmicas de direito privado geralmente reflete contextos de falta de regulação pelas fontes de hierarquia e abstração inferiores, denotando violação ao dever de tutela de direitos constitucionais e fundamentais nas relações privadas²⁵. Ou seja, as constituições são arguidas pelos juristas nas relações jusprivatistas quando os demais instrumentos regulatórios se apresentam lacunosos ou disfuncionais, a partir de critérios de vedação de intervenção ou imperativos de tutela estatais (CANARIS, 2003, p. 36). A citada arguição visa evitar o exercício arbitrário de posições sociais nas relações intersubjetivas de coordenação, tudo sem descuidar jamais que, em regra, a “função dos direitos fundamentais de imperativo de tutela carece (...) da transposição pelo direito infra-constitucional” (CANARIS, 2003, p. 138).

Isso significa que, no bojo das relações particulares, existe certa margem de abertura para decisões judiciais baseadas no teor das constituições apenas quando o legislador ordinário não cumpre seu dever de estabelecer, por meio das fontes jurídicas de hierarquia inferior, regras que impeçam abusos sociais ou econômicos (HESSE, 2009, p. 62), ou ainda quando o produto de atividade legislativa jusprivatista se apresente diretamente contrário ao conteúdo de normas constitucionais, tendo em vista que sobre esta atividade as normas das constituições incidem diretamente (CANARIS, 2003, p. 129).

Conseqüentemente, o subsistema jusprivatista mantém abertura cognitiva suficientemente ampla para que as normas constitucionais eventualmente se apliquem diretamente em prestações específicas, mas sua estrutura não recomenda que assim ocorra. Deve-se admitir, sem muitas ressalvas, que “atribuir ao juiz a tarefa de ponderar a todo momento direitos privados contradiz as exigências do Estado de Direito” (HESSE, 2009, p. 62). Ora, por certo, é o direito privado o instrumental que, no interesse das pessoas, atende às multiplicidades das relações sociais, de modo que “uma sociedade que atenda ao preconizado na norma constitucional deverá ser uma sociedade baseada em um regramento privado forte e eficaz” (POPP, 1999, p. 165).

É de se inferir então que as constituições dependem dos demais expedientes de regulação para atender às expectativas funcionais das demandas do direito privado, tudo em

duas décadas de regime militar, a troca de guarda geracional e a competência com que os defensores da eficácia direta formularam as bases do modelo são causas prováveis para essa hegemonia, alcançada em pouco menos de vinte anos. Existem, de fato, trabalhos que procuram refutar esse modelo, apresentar alternativas ou defender a eficácia indireta. Eles ainda são poucos e não alcançaram, salvo alguns manuais de Direito Constitucional, o público leitor de obras propedêuticas de Direito Civil” (RODRIGUES JR., 2023, p. 338).

²⁵ A ideia de que as normas constitucionais têm eficácia indireta no subsistema de direito privado parte do princípio de que “é necessário justificar a [sua excepcional] incidência em uma determinada relação entre privados, o que impõe elevados custos argumentativos e de fundamentação” (RODRIGUES JR., 2023, p. 381).

homenagem aos valores fundamentais, não raro constitucionais, de segurança, estabilidade e previsibilidade²⁶, certo de que a utilização irrestrita e isolada das normas constitucionais às relações jusprivatistas culminaria num sistema fadado à inadequação social e desdiferenciado. Sem as estruturas do subsistema de direito privado, a prestação jurídica seria encerrada num contexto de instabilidade decisória e de crise de confiança no âmbito das relações paritárias que é incompatível com o sistema do direito. Ora, “superpor o Direito Constitucional ao Direito Privado pode comportar sensível restrição da autonomia privada e, por isso, uma considerável limitação da liberdade responsável, modificando de forma essencial, portanto, a natureza e o significado do Direito Privado” (HESSE, 2009, p. 61).

Entretanto, não se pode negar jamais o evidente papel informador de expectativas decorrentes das constituições, que denotam compromissos no âmbito operacional dos sistemas jurídico e político (HESSE, 1991, p. 24-27), sendo a intervenção das aludidas normas em todo o sistema do direito um dado irrecusável dos tempos contemporâneos (RODRIGUES JR., 2023, p. 376). Por isso, o efetivo papel das constituições no subsistema jusprivatista depende de juízos de compatibilidade, consoante a sistemática das fontes jurídicas, a fim de preservar concomitantemente a eficácia instrumental da norma constitucional e a autonomia do direito privado, sem ignorar os valores que se impõe ao sistema (FINGER, 2000, p. 93). Isso definitivamente não significa “subordinar a norma constitucional às regras de inferior hierarquia, mas sim habilitar a Constituição a surtir todos os seus efeitos jurídicos de maneira harmônica” (POPP, 1999, p. 164).

A diferenciação funcional jusprivatista, portanto, não pode desconsiderar que o direito privado “sofre grande influência da Constituição. Não obstante, os princípios fundamentais do Direito Privado também oxigenam a norma constitucional em um caminho de mão dupla” (POPP, 1999, p. 163). Assim, deve-se entender que o preceito de ordem constitucional, em verdade, integra a normativa mais restrita das fontes jurídicas inferiores, aplicando-se por meio destas (TEPEDINO, 2004, p. 579). Sobre a questão, interpretando o contexto do chamado direito civil constitucional, Schreiber (2013a, p. 13) leciona que:

As duas expressões (unidade e complexidade), que poderiam parecer antagônicas em outros contextos, não assumem aqui essa conotação: o ordenamento, por mais que se diversifiquem suas fontes, por mais que se multipliquem suas normas, por mais que se especializem os seus setores, permanece único, unitário, centrado sobre os valores constitucionais.

²⁶ Nas “situações jurídicas privadas os problemas que demandem ofensa a direitos fundamentais devem ter soluções encontradas dentro do próprio sistema, reenviando-se o intérprete aos princípios gerais de Direito Privado” (CALGARO, 2007, p. 142).

Nesse passo, as *normas legais* são os instrumentos intermediários por excelência entre as normas constitucionais e as situações concretas, estabelecendo unidade e autonomia sistêmica orientadas. A legislação tem o potencial de estabelecer recursividades que induzem os comportamentos com generalidade adequada, de modo que o legislador, “ao reduzir o grau de abstração constitucional, restringe a esfera de discricionariedade de outros agentes públicos (o administrador e o juiz), impondo-lhes uma valoração prévia, democrática e representativa das pautas axiológicas escolhidas pelo povo” (RODRIGUES JR., 2023, p. 382). Precisamente assim, regulada pelas normas de direito ordinário, as diretrizes constitucionais podem se converter em realidade para assegurar com higidez liberdades iguais e compatíveis.

Já as *normas regulamentares* se inserem eventualmente no subsistema jusprivatista como intermediárias entre as normas legais e as situações concretas, em vista da não autoexecutoriedade da específica normativa legal. Tem conteúdo necessariamente vinculado àquele da lei que lhe dá azo e visa especificar sua disciplina. Ou seja, a função do regulamento é ser uma diretiva mais clara e prática aos indivíduos acerca de como atuar em obediência à legislação (MEIRELLES, 2015, 199-200).

Ao lado das normas gerais estão aquelas concretas cuja função é individualizadora. Enquanto as primeiras prioritariamente ordenam as condutas para estabelecer expectativas normativas, as segundas especificam a licitude ou não de condutas/fatos em situações do vivenciar o direito, no bojo das prestações do sistema, estabelecendo norma contextual a regular a situação concreta e direcionar, eventualmente, os expedientes coercitivos estatais. Por isso, as normas concretas se baseiam nas prescrições e nos espaços de liberdade decorrentes das normas de caráter geral, vinculando-se necessariamente a estas.

Dentre as normas concretas, nas relações privadas, os *negócios jurídicos* são evidentemente as mais fundamentais, de tal sorte que se pode dizer que integram a própria lógica operacional do direito privado. Representam a mais ampla e democrática demonstração do vivenciar do direito. Isso porque são firmados pelos indivíduos em situações de coordenação de interesses, obrigando-os entre si com força de lei por meio de suas vontades.

É sabido que o subsistema jusprivatista trabalha no sentido de preservar e garantir o espaço de autonomia privada com racionalidade adequada, tendo a liberdade individual como regra. Por isso, a liberdade dos indivíduos de firmar negócios é apenas limitada pelas prescrições de fontes de hierarquia superior ou pelos eventuais pactos de mesma hierarquia vigentes e válidos firmados pelos próprios sujeitos interessados. O direito privado, então, é a

constituição da vida de relações jurídicas dos cidadãos entre si, devendo ser um verdadeiro fiador dos direitos personalíssimos e do adimplemento obrigacional.

Nesse sentido, cumpre reafirmar que não se pode negar ao negócio jurídico o caráter de fonte jurídica, pois a avença lícita “tem um conteúdo próprio, quer dizer, contém normas que entram em vigor e em vigor permanecem durante um período mais ou menos amplo de tempo” (FERRI, 1969, p. 25, tradução livre), sempre coordenada pela estruturação recursiva de validade das fontes de direito²⁷.

E, dentre os negócios jurídicos, sobrepõe de importância o contrato²⁸, “instrumento sem o qual não poderiam atuar as duas formas fundamentais da colaboração econômica: o intercâmbio e a associação” (CARNELUTTI, 2001, p. 37). O vínculo jurídico contratual, que une credor e devedor em torno de obrigações pactuadas até o adimplemento hígido, é essencial ao tráfego social nas complexas sociedades contemporâneas, nas quais as relações firmadas entre os indivíduos são reforçadas por mecanismos de confiança impessoais. O “mundo moderno é o mundo do contrato” (PEREIRA, 2016a, p. 10), portanto.

Do ponto de vista operacional, o contrato é um acoplamento estrutural que liga o sistema jurídico e o econômico, de sorte que as perspectivas sistêmicas autônomas em torno da figura contratual necessariamente se relacionam, informam-se e se irritam reciprocamente, permitindo abertura de complexidade, aprendizado e evolução. Assim, por um lado, nas relações econômicas, o contrato é um instrumento destinado à circulação da riqueza social (pretensão de lucro), e, por outro, uma categoria jurídica sem a qual os próprios agentes econômicos teriam dificuldades de pautar suas condutas, pois destinada a disciplinar direitos e obrigações, incrementar a cooperação e ordenar a competição econômica (licitude do lucro). Por isso, a evolução do direito contratual é, em grande medida, reflexo da evolução das relações econômicas contratuais, e assim reciprocamente²⁹.

Por fim, representam também fontes jurídicas as normas concretas decorrentes de *provimentos jurisdicionais* (julgados) que distribuem da justiça em situações específicas, fazendo coisa julgada e vinculando as partes interessadas naquela prestação, observando-se que

²⁷ Como são normas de direito, os atos de liberdade negocial “são considerados pelo ordenamento como válidos ou inválidos, eficazes ou ineficazes” (BRANCO, 2014, p. 266).

²⁸ O contrato é um instrumento de criação de direitos e obrigações baseado na voluntariedade, ou seja, “é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos” (PEREIRA, 2016a, p. 7). Assim, vinculam-se as partes à realização de eventos futuros apenas por meio de suas vontades, tudo sem a necessidade de qualquer intermediação corpórea.

²⁹ “O acoplamento permite que as operações econômicas próprias sejam eficazes como irritações do sistema do direito e que as operações jurídicas próprias sejam-no como irritações do sistema econômico. Mas isso em nada modifica o caráter de fechamento de ambos os sistemas e não altera em nada o fato de que a economia busque lucros ou inversão rentável de capital e que o sistema do direito, sob condições dificultadas pela economia, busque a justiça ou decisões casuísticas suficientemente consistentes” (LUHMANN, 2016, p. 611).

apenas excepcionalmente tais provimentos assumem eficácia *erga omnes* (como ocorre com decisões que definem especialmente sobre a inconstitucionalidade de normas).

Nesse diapasão, preliminarmente, é importante que se assente que, nas relações jurídicas de direito privado, visa-se que os indivíduos sejam capazes de ter vínculos recíprocos estáveis, com obrigações satisfeitas perfeitamente, sem necessidade de qualquer intervenção estranha às próprias partes interessadas. Apenas acidentalmente deve ser necessário o recurso garantidor do aparato coercitivo estatal para o cumprimento de obrigações jurídicas de direito privado. Logo, deve ser o papel individualizador e/ou concretizador do provimento jurisdicional subsidiário e, na medida do possível, bem orientado pelas normas gerais e negociais a que o julgador se vincula.

Não se pode descuidar, contudo, da importância das normas concretas oriundas de decisões judiciais. A existência do acesso ao Poder Judiciário admite a resolução de conflitos legítimos de entendimento sobre as normas jurídicas que regulam as situações concretas, garantindo a preservação ampla da autonomia jurídica. Ainda, a simples consciência da existência da referida instância decisória incentiva comportamentos intersubjetivos voltados a estabilizar os vínculos, reforçando a confiança dos sujeitos entre si. É o acesso ao provimento judicial parte integrante da eficácia prestacional do sistema jurídico, portanto.

Ante o exposto, em vista das fontes jurídicas e do papel que assumem no subsistema jusprivatista, pode-se reputar incontestável a relevância que possuem para o necessário lograr de diferenciação funcional e de autonomia sistêmicas. Inobstante, a experiência histórica demonstra que as fontes por si só não podem se pretender dotadas de completude, pois o conjunto delas, o ordenamento jurídico, é lacunoso de conteúdo, podendo ainda conter contradições. O potencial limitado das fontes, decorrente da deficiência inerente à própria comunicação, tem aptidão de fomentar conflitos de entendimento em situações contextuais, os quais deverão “ser obrigatoriamente resolvidos e normativamente superados para que a ordem jurídica subsista” (REALE, 1994, p. 91).

Consequentemente, a operacionalização do sistema jurídico não pode se limitar às fontes jurídicas, pois a estrutura estática destas depende de corretivos recursivos no âmbito da programação sistêmica, tais como a liberdade interpretativa, procedimentos de modificação e abertura cognitiva. É que as sentenças normativas oriundas das fontes têm valor operacional indiscutível e cogente, mas seus significados não são peremptórios e sua regulação não é totalizante³⁰. Hart (2001, p. 140-141) descreve o aludido fenômeno da seguinte maneira:

³⁰ “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no

Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que actuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como textura aberta.

Nesse diapasão, o engenho humano é fundamental para, por meio de esforços que renovam significados, adaptar a imobilidade das sentenças das fontes jurídicas literalizadas às necessidades ambientais surgidas no cotidiano, ou seja, às circunstâncias de novidade. Isso porque quando “um teor de sentido é fixado por escrito, ele fica entregue a um processo de leitura destinado à repetição e, conseqüentemente, à condensação e à ampliação de seu sentido” (LUHMANN, 2016, p. 337). A interpretação dos significados das fontes jurídicas, com pretensão de sistematicidade, bem como a adaptação destas às novas realidades, representa a função do que se convencionou chamar de “*modelos jurídicos*” (REALE, 1994, p. 5), elementos que se agregam à estrutura recursiva do sistema do direito, por óbvio.

Diferentemente das fontes, os modelos jurídicos não são dotados de coercibilidade, não representando interpretação autêntica ou vinculante aos operadores (GRAU, 2009, p. 96). Tratam-se essencialmente de expedientes orientadores acerca da significação (compreensão) das fontes em perspectiva sistêmica, bem como adaptativos (atualização) do sistema à dinâmica realidade ambiental (REALE, 1994, p. 38). Ou seja, representam uma das instituições sem competência decisória do sistema jurídico, posto que são daquelas estruturas que “assumem posição periférica no sistema, servindo de pontos de contato mais próximos ao ambiente” (LUHMANN, 2016, p. 429).

Para cumprir seus propósitos coerentemente, os modelos são sempre entendimentos fundados em racionalidades que têm por base as fontes jurídicas, direta ou indiretamente. Isso tem em vista propósitos de auxiliar na intervenção prática do direito na realidade concreta. Nesse sentido, pode-se falar em modelos jurídicos *legais, jurisdicionais, negociais* e, quando não se assentam diretamente nas fontes, *dogmáticos* (REALE, 1994, p. 63-75). Sinteticamente, são raciocínios interpretativos com pretensão de sistematicidade que visam orientar a decisão por aqueles com capacidade de decidir.

seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte” (ÁVILA, 2005, p. 22).

Logo, enquanto as fontes prescrevem condutas (i)lícitas com caráter vinculante e se orientam pelo critério de (in)validade normativa, em sentido retrospectivo, os modelos jurídicos se preocupam com o significado e a eficácia destas, num viés prospectivo.

Um modelo jurídico de grande destaque contemporaneamente é o *jurisdicional*, pautado na reutilização, em demandas presentes, das racionalidades construídas em decisões judiciais previamente exaradas no âmbito do sistema. É que no julgamento de uma controvérsia concreta, além de distribuir justiça às partes interessadas, em sentido retrospectivo, define-se invariavelmente também que diante de certos fatos se aplica específica racionalidade jurídica, em sentido prospectivo e geral. Trata-se de generalização que decorre indutivamente da decisão que interpreta e justifica a norma concreta do caso, podendo ser replicada ou não em outras hipóteses conforme a verificação de afinidades fáticas, tornando-se a decisão prévia um *precedente* àquela ulterior (TUCCI, 2021, p. 160).

Assim, todo provimento jurisdicional possui uma justificação interna e outra externa, a primeira direcionada às partes (particular) e a segunda à sociedade (geral) (MITIDIERO, 2017, 72). Em razão do caráter prospectivo inerente às prestações do sistema jurídico, pode-se inferir exatamente que o “*resultado* da interpretação é racional se é *universalizável e coerente*” (MITIDIERO, 2017, p. 97), portanto.

A dimensão generalizante da decisão judicial, chamada de *razões de decidir* (*ratio decidendi*), tem operacionalização que se assemelha àquela própria de qualquer disposição normativa, diferenciando-se basicamente pela peculiaridade de se desenvolver por raciocínio indutivo. Por isso, as razões de decidir de um precedente judicial, malgrado sejam capazes de estabilizar sentidos e diminuir encargos argumentativos dos agentes sociais, podem ser objeto de interpretação para ampliar ou restringir seu alcance, enriquecendo o sistema jurídico a partir de apurações decorrentes da verificação de distinções fáticas e da discussão de suas respectivas consequências jurídicas.

Contudo, importa esclarecer, a admissão dos precedentes judiciais como fontes do direito varia de acordo com o sistema jurídico, sendo certo que, no bojo de sistemas que se utilizam de codificações escritas, tais expedientes possuem caráter cogente apenas excepcionalmente e por força de permissivo legal para vincular as partes e as instituições judiciárias (DAVID, 2002, p. 160-161). Nos demais casos, naquela tradição jurídica, representam modelos jurídicos pouco valorizados pelos agentes sociais (DAVID, 2002, p. 150-151). Não obstante, verifica-se atualmente um contexto de grande ampliação do papel dos modelos jurídicos jurisdicionais no cotidiano forense e social, seguido de certa expansão de sua eficácia, inclusive para instigar mudanças legislativas (MANCUSO, 2016, p. 45).

Assim, os modelos jurídicos jurisdicionais, como quaisquer condicionantes comunicativos do sistema do direito, aperfeiçoam o conhecimento jurídico pela promoção de complexidade por redução, culminando em fundamentação cada vez mais orientada às decisões judiciais e em orientação adequada de comportamento aos agentes sociais³¹, de modo que são injustas acusações de que limitam arbitrariamente o debate jurídico, a independência judicial e os direitos fundamentais dos cidadãos (MOREIRA, 2007, p. 303-311).

É de se reconhecer a relevância destes modelos também porque a tarefa das instituições judiciárias de julgar casos semelhantes isonomicamente representa um princípio básico de administração da justiça e de consistência intrassistêmica³². Ao seguir precedentes, os magistrados institucionalizam a interpretação jurídica para privilegiar a unidade do direito, a segurança jurídica, a celeridade processual e a imparcialidade judicial (CRAMER, 2016, p. 53), tornando-os “verdadeiros sinais indicativos a embasar uma atuação futura dos indivíduos” (MARTINS, 2011, p. 45). Portanto, o “precedente deve ser levado em consideração como *parâmetro necessário* para aferição da igualdade de todos perante a ordem jurídica e para promoção da segurança jurídica” (MITIDIERO, 2017, p. 89).

Dentre os modelos jurídicos, deve-se reconhecer ainda a essencial importância recursiva dos *modelos dogmáticos*, produzidos nas chamadas doutrinas jurídicas. Estes, além de descritivos, posto que não negam os sentidos retrospectivos das fontes, inovam a capacidade de decisão do sistema jurídico com a proposição de categorias próprias, não raro impensadas no bojo das fontes e dos modelos diretamente amparados nestas, que terminam por orientar a ação do jurista como conhecimento pressuposto.

É que a dogmática jurídica descreve o sistema em perspectiva autorreferencial e empírica, propõe análises a partir de categorias e conceitos, identifica eventuais problemas e elabora propostas, possuindo, assim, função multidimensional (ALEXY, 2001, p. 241). Cria, nos limites das inegabilidades dos pontos de partida, “uma distância frente à multiplicidade confluyente de normas e decisões singulares, que permite levar em conta aquilo que se encontra inexpresso, corrigir imprecisões e continuar a ser flexível na ‘aplicação’ a situações que se alteram continuamente” (LARENZ, 1997, p. 321). Nesse sentido, Martins-Costa (2014, p. 32) leciona que a doutrina jurídica:

³¹ “O Judiciário não se presta exclusivamente para decidir conflitos concretos, mas ainda deve cuidar para que as suas decisões possam servir de orientação para casos futuros” (TUCCI, 2021, p. 11).

³² Não se deve esquecer que a “ordem interior e a unidade do Direito são bem mais do que pressupostos da natureza científica da jurisprudência e do que postulados da metodologia; elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria ideia de direito” (CANARIS, 2008, p. 18).

... desempenha o seu papel social quando não apenas explica o sistema, mas, por igual, ao antecipar possibilidades de sentido e soluções práticas que venham a atender as necessidades sociais e – principalmente – ao formular e permitir a sobrevivência de modelos orientadores, provendo a comunidade jurídica com representações, indicações e proposição de comportamentos.

Logo, além de reduzir encargos argumentativos para permitir comunicação precisa, simples e rica de sentido, o conhecimento dogmático exerce papel controlador e heurístico relevante (ALEXY, 2001, p. 256-257), sempre em vista do propósito diretivo explícito de “possibilitar uma decisão e orientar a ação” (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 90).

Com efeito, não se pode afirmar que a dogmática jurídica represente, essencialmente, um dogma em sentido oposto ao conhecimento científico, nos termos modernos. O fato de atuar no âmbito da programação do sistema jurídico não desqualifica o saber que produz. Ao revés, além de orientador e estabilizador, o conhecimento dito dogmático, no sistema do direito, representa o principal instrumento recursivo de questionamento e retificação sistemático das estruturas vigentes (LARENZ, 1997, p. 324). Com efeito, “poder-se-ia dizer que a dogmática serve tanto ao acréscimo como à redução da complexidade das decisões possíveis” (LARENZ, 1997, p. 323).

Assim, apresentada a lógica operacional assumida pelo sistema jurídico a partir da sistemática das fontes e dos modelos jurídicos, especialmente naquelas tradições que literalizam a linguagem jurídica em códigos escritos, a exemplo da brasileira, passar-se-á ao estudo do papel da legislação no âmbito próprio do subsistema de direito privado, considerando principalmente a regulação das relações jurídicas negociais.

2.3) O PAPEL DA LEGISLAÇÃO DE DIREITO PRIVADO EM MATÉRIA NEGOCIAL

Da perspectiva do sistema político, a legislação ordinária indica, nas democracias contemporâneas, o esforço social de generalização do consentimento em torno das decisões coletivamente vinculantes em todos os assuntos reputados de interesse geral, e, enquanto fonte do sistema jurídico, representa um relevante mecanismo de estabilização da linguagem do direito em sentido amplo, num esforço de seleção contra o esquecimento.

A utilidade da normatividade escrita, em especial das codificações de direito, é inquestionável na sua vocação estabilizadora de expectativas, a ponto de ser assimilada como natural a ideia de que o próprio direito se vincula às suas fontes de literalização legais, ignorando-se que se referem a obras historicamente contingentes (CAENEGEM, 1999, p. 175-179) e deveras recentes na experiência jurídica (BOBBIO, 1995, p. 63). Contudo, o direito escrito, “ao mesmo tempo em que aumenta a segurança e a precisão de seu entendimento, aguça

também a consciência dos limites” (FERRAZ JÚNIOR, 2015, p. 72). Por isso, este subcapítulo tentará lograr uma exposição sobre os *potenciais e limites da legislação*, enquanto fonte orientadora de modelos jurídicos legais, notadamente em relação ao direito negocial privado.

As normas jurídicas de fontes legais, especialmente as de direito privado, representam instrumentos intermediários entre as normas das constituições e as situações concretas da realidade social. É que, malgrado sejam normas genéricas, possuem capacidade de especificar conteúdos normativos com abstração adequada a direcionar o comportamento dos sujeitos que operam no espaço sistêmico. Nesse sentido, em consórcio com as recursividades do sistema jurídico, instrumentalizam os textos das constituições enquanto concomitantemente orientam a ação dos cidadãos na vida de relações jurídicas. Por isso, exarar boas normas legais representa um dever, de caráter prestacional normativo, dos legisladores (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 53).

Mas a análise das normas legais de direito privado não pode prescindir de uma *análise nomogenética*. Quer dizer, não basta que as prescrições jusprivatistas sejam entendidas apenas como fontes em seu papel sistemático perante outras fontes de direito, descuidando da qualidade dos autores e dos destinatários das vontades que representam desde sua gênese. Atentar-se a tais questões reforça o direito em seu papel funcional. E a origem das normas legais são os expedientes legislativos, normalmente emanados por órgãos representativos com capacidade decisória no campo da política e em vista dos cidadãos.

Pela própria estruturação do sistema político, os processos legislativos permitem a reflexão constante acerca dos meios para a consecução dos fins políticos da comunidade, inclusive constitucionais, sendo a legislação um instrumento por excelência da manifestação deste poder de ditar meios aos fins. Os “acordos políticos, as relações de força entre os vários grupos políticos, as situações contingentes, as regras de cortesia constitucional conferem ao processo legislativo características próprias e irrepetíveis” (MIRANDA, 2015, p. 441-442). Por isso, a abertura de complexidade do sistema político é elevadíssima, assim como a liberdade de atuação de seus agentes, tanto no agir quanto no retardar ou omitir.

As decisões legislativas se diferem enormemente das decisões jurídicas, pois, além de em geral não serem obrigatórias e serem dilatáveis no tempo com liberdade, possuem um grau menos rigoroso de justificação, considerando a imensa complexidade social a que o sistema político deve necessariamente se submeter.

Com isso, ao legislar, assume-se implicitamente os riscos de decisões desvantajosas para a consecução de fins estritos³³, mas, em compensação, permite-se a revisão constante do decidido, se necessário, o que não ocorre com o sistema jurídico, que, por se incompatibilizar com o risco e não existir para emanar vontades em sentido teleológico, exige elevado grau de fundamentação para justificar suas pretensões de imutabilidade decisória³⁴.

Assim, as trocas, concessões, acertos e erros da política legislativa, em vista da realidade social que irrita o sistema político, redundam na grande mutabilidade da legislação ordinária, que se põe a todo tempo ao atendimento das preferências decisórias contingenciais.

E, nesse diapasão, não é equivocado dizer que a legislação comum se submete à constante revisão exatamente em razão de sua maior concreção à guia dos comportamentos, uma vez que lhe cabe, enquanto produto da política incorporado estruturalmente pelo direito, estabelecer diretrizes sistêmicas de duas ordens concomitantes e interligadas, a saber, funcional e prestacional.

Da referência funcional do sistema do direito, deve a legislação introduzir, enquanto fonte, orientações cujo sentido possa ser percebido com sistematicidade, coerência, unidade de sentido e assertividade comunicativa. Quer dizer, deve representar um todo sistêmico, cumprindo assim o papel precípua de estabilizar expectativas sociais normativas.

Já da perspectiva prestacional, deve o produto legislativo auxiliar na definição, com a mais adequada clareza possível, dos critérios decisórios do intérprete autêntico e do próprio particular, indicando os comportamentos admitidos e inadmitidos, os limites da autonomia privada, as regras de acesso aos órgãos judiciários, os requisitos de prova das situações jurídicas, os elementos essenciais das emanações de vontade, dentre outros.

No primeiro aspecto, destina-se ao propósito de orientar um horizonte de previsibilidade aos cidadãos em suas relações intersubjetivas, enquanto o segundo aspecto visa direcionar a definição do lícito e do ilícito nas situações concretas, indiretamente dissuadindo a violação aos preceitos jurídicos pela possibilidade de reação ante a ofensa.

³³ A conceituação das sociedades atuais “como sociedades de risco é, na realidade, consequência do fim da fase de fé cega no progresso da humanidade, confiança que havia definido a sociedade ocidental do séc. XIX como a de um ‘mundo de segurança’ e delineado a legislação que o regulava mediante um sistema fechado e pretensamente completo que continha todas as respostas normativas” (MORAES, 2006, p. 235). Assim, a “possibilidade de dissenso, de sentidos diversos sobre um mesmo texto, uma mesma situação, uma mesma faticidade é uma questão de riscos, e a questão em relevo é de controle. Na perspectiva Luhmanniana o (...) elemento da desordem dentro da ordem é perene e requer o entendimento da ordem como contingente. Essa situação estrutural força a seleção (decisão) seja ela intencional ou não, controlada ou não, observada ou não” (CHAI, 2007, p. 147).

³⁴ A “diferença entre a legislação e a jurisdição está em que o legislador propõe enunciados linguísticos sem qualquer necessidade de justificação, ao passo que o juiz só pode decidir reconstruindo sentidos normativos mediante justificação” (MITIDIERO, 2017, p. 103).

Por isso, em seu trabalho, os órgãos legislativos não são plenamente livres. Vinculam-se às irritações ambientais oriundas do ambiente jurídico no sistema da política, notadamente na vinculação recíproca entre política e direito a partir do acoplamento estrutural do instrumento constitucional. Ademais, podem se orientar por irritações ambientais de outros sistemas, inclusive em concorrência ao direito. Disso decorre que a inovação jurídica realizada pela lei, assim como qualquer outra, não é gratuita, mas se apresenta ancorada nas estruturas sociais vigentes (FONSECA, 2009, p. 112).

Desse modo, pode-se inferir que o resultado do processo de produção jurídica por meio da atividade legislativa não se reduz à duplicidade entre demanda social e solução (*input-output*), mas é a síntese da intervenção recíproca de processos comunicativos autônomos que refletem diferentes epistemes, não raro concorrentes, que buscam a universalização de seus discursos (BOURDIEU, 1989, p. 55).

Resta evidente que, ao interferir no sistema jurídico, em especial, a atividade legislativa não pode desconsiderá-lo, uma vez que o produto legislativo será assimilado como uma nova estrutura a ser acomodada como problema jurídico, reordenando as condições operativas deste sistema. A mudança é sempre possível e não raro desejável, pois a tradição jurídica, como qualquer outra, “não é inteiramente estática, porque ela tem que ser reinventada a cada nova geração conforme esta assume sua herança cultural dos precedentes” (GIDDENS, 1991, p. 44). Contudo, importa que seja pensada coerentemente, “promovendo a novidade na medida de sua real correspondência a reais anseios da comunidade” (REALE, 1994, p. 32). Nesse direcionamento, leciona Cordeiro (2021, p. 675) que:

As leis são, supostamente, elaboradas com o maior cuidado. Para além do impulso político, elas são confiadas a juristas especializados. Perante leis de particular cuidado, são ouvidos juriconsultos. Os órgãos de soberania com competência legislativa dispõem de gabinetes de apoio. Em suma: uma lei representa (ou deve representar), o produto de uma tarefa científico-jurídica.

No âmbito das *relações jurídicas negociais de direito privado*, especialmente as contratuais, a contradição entre a oportunidade de regulação jurídica e os riscos sociais pela inadequação normativa é premente. O legislador tem sempre a difícil tarefa de lidar com as estruturas vigentes há muito assentadas pela prática, as novidades espontaneamente surgidas na vida de relações (a liberdade do particular, orientacional ao subsistema jusprivatista, reforça essa circunstância, inclusive) e as constantes pressões por soluções de problemas ainda potenciais, muitos dos quais sequer possuem um diagnóstico presente exatamente claro.

Entretanto, malgrado tais dificuldades, tem-se que as estruturas do subsistema de direito privado oferecem alguns critérios de base a serem considerados, auxiliando na necessária ordenação de complexidade ao cumprir da tarefa dos operadores das instituições que, direta ou indiretamente, ligam-se ao sistema de justiça.

O primeiro critério, oriundo de expectativas funcionais do direito privado, é o de considerar a *liberdade de formas e de conteúdo negocial* a regra fundamental, a orientar a definição de limites que importarão na autonomia privada, tudo no pressuposto da *igualdade* entre cidadãos merecedores de igual respeito e consideração. Por tal razão, toda restrição à liberdade de base deverá ser obrigatoriamente justificada, e, do ponto de vista da programação do subsistema, a *proteção da confiança* é o elemento orientador destes eventuais limites.

A liberdade de contratar, em específico, importará nas liberdades de contratar ou não, de escolher com quem contratar, além de definir o conteúdo do negócio por concurso autônomo de vontades concorrentes³⁵ (PEREIRA, 2016b, p. 326-327). Ao estabelecerem vínculo jurídico (elemento relacional), os contratantes (elemento subjetivo) constituirão obrigação negocial (elemento formal), incluindo prestações principal, acessórias e anexas (elemento objetivo), a serem comunitariamente protegidas (elemento garantia). E tal “obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor” (SILVA, 2006, p. 20).

A maior parte das relações jurídicas efetivamente culmina na satisfação regular dos interesses creditórios do processo obrigacional. Mas, acidentalmente, pode ocorrer de não ser satisfeita a obrigação pactuada conforme o previsto. Há um *risco* em contratar, certo de que o risco não se refere apenas ao comportamento individual, uma vez que existem ambientes arriscados (GIDDENS, 1991, p. 42-43). Destarte, no âmbito negocial, a segurança exige uma certeza relativa sobre o destino eficaz das avenças em face das incertezas subjetivas e dos perigos sociais (LISBOA, 2012, p. 23), de modo que “a avaliação do risco e a capacidade de sua aceitação não são apenas problemas de ordem psicológica, mas acima de tudo são problemas sociais” (CHAI, 2007, p. 133).

A distribuição destes exatos perigos entre os sujeitos, indicando a *imputação de responsabilidades por danos*, então, representa um papel fundamental da legislação de direito privado no contexto das contemporâneas sociedades massificadas. É que, para os destinatários

³⁵ “Entende-se por autonomia da vontade a *facultas*, a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade” (SILVA, 2006, p. 24).

das normas de direito, a medida “passa a ser encarada como um elemento de relevante cunho político destinado à delimitação do modo de internalização dos custos resultantes dos danos” (MENDONÇA, 2012, p. 53). Este trabalho torna possível a instituição de racionalidades que apontem critérios à apreciação das circunstâncias concretas pelos intérpretes, destinatários da normativa, de modo a reforçar a autonomia do sistema jurídico em sua função reguladora, instituindo previsibilidade e confiança sistêmicas sobre a questão (COELHO, 2018, p. 325)³⁶.

Por isso se diz que, reflexamente, uma distribuição adequada dos perigos sociais, seguida da instituição de mecanismos coercitivos colocados em suspenso para atuação em sentido contrafático, tem o condão de animar as pessoas a contratar ou não, tudo pelo reforço ou vulneração da confiança impessoal entre os sujeitos a partir da atuação do sistema jurídico (BRANCO, 2014, p. 270). Isso porque não é possível o desenvolvimento econômico ou o tráfego social sem o fomento de uma ambiência de confiança subjetiva e objetiva (PEYREFITTE, 1999, p. 23-25). Como leciona Pereira (2018, p. 69):

No âmbito das relações contratuais, a tutela da confiança é de suma importância para inspirar segurança ao tráfego jurídico, animar as pessoas a contratar e a realizar suas expectativas. Sem a confiança de que os contratos serão adimplidos, voluntária ou coercitivamente, jamais haverá ambiente social propício ao desenvolvimento dos mercados.

Ora, a confiança de que os vínculos serão efetivos é o que incentiva que as pessoas contratem entre si, ainda que ausente informação plena acerca da pessoa ou das atividades da contraparte (GIDDENS, 1991, p. 40). Ela permite que a circulação das riquezas sociais possa se dar mediante instrumentos impessoais, afastando o que gera dissuasão, pois não se refere exatamente à inexistência dos riscos, que não raro são incontornáveis, mas aos resultados que decorrerão em face da contingência do risco se efetivar (GIDDENS, 1991, p. 40-41). Ou seja, sua exata função é minimizar a percepção dos perigos a partir da aceitabilidade ou não destes (GIDDENS, 1991, p. 42), de modo que se faz necessário estabelecer um equilíbrio no qual negociar se mostre uma alternativa viável no que tange à satisfação de interesses juridicamente legítimos³⁷ (LISBOA, 2012, p. 24-25).

A maneira mais intuitiva de reforço da confiança através do sistema jurídico é a possibilidade de se *obrigar o cumprir da prestação* por aquele que sem justo motivo vulnera o

³⁶ Com efeito, pode-se inferir que um “bom arranjo institucional, sem dúvida, cria um ambiente favorável para o processo de desenvolvimento nacional e oferece as ferramentas necessárias para a promoção da segurança jurídica, do progresso e da dignidade da pessoa humana, notadamente no que diz respeito à tentativa de redução dos riscos e incertezas” (NETO; RODRIGUES, 2022, p. 137).

³⁷ Assim, tem-se que a “convivência não traz segurança absoluta, mas pode proporcionar segurança com riscos minimizados” (LISBOA, 2012, p. 24).

validamente pactuado, tudo de acordo com a sistemática de distribuição de responsabilidades previamente explicada. Isso implica assimilar o contrato como fonte jurídica *inter partes*, vinculativo ao seu contexto. Daí decorre a percepção corrente de que “o princípio da força obrigatória do contrato significa, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada” (PEREIRA, 2016a, p. 13). A obrigatoriedade garantida ao pacto, em síntese, assegura que os contratantes não têm o poder de se liberarem unilateralmente, frustrando a confiança legitimamente inspirada na contraparte (PEREIRA, 2016b, p. 326).

Dessa forma, ao prestar um direito privado forte e eficaz, o sistema jurídico impede que uma parte lese a outra, serve de fiador do adimplemento das obrigações e induz o desenvolvimento econômico através dos mercados, estimulando ou não investimentos, sempre pelo incremento de um contexto seguro, previsível e viável aos agentes sociais³⁸ (SEN, 2000, p. 304). Com efeito, tem-se por certo que uma “tutela contratual efetivamente moderna e consentânea com os novos valores do ordenamento jurídico deve ser uma tutela capaz de instalar um horizonte de previsibilidade e calculabilidade em relação aos comportamentos humanos” (PEREIRA, 2018, p. 101). Como observa Sen (2000, p. 298):

O funcionamento de mercados bem-sucedidos deve-se não só ao fato de as trocas serem “permitidas”, mas também ao sólido alicerce de instituições (como por exemplo estruturas legais eficazes que defendem os direitos resultantes de contratos) e da ética de comportamento (que viabiliza os contratos negociados sem a necessidade de litígios constantes para obter o cumprimento do que foi contratado). O desenvolvimento e o uso da confiança na palavra e na promessa das partes envolvidas podem ser um ingrediente importantíssimo para o êxito de um mercado.

Entretanto, a tutela contratual não se resume a distribuir riscos e garantir o adimplemento dos vínculos em face do devedor que não cumpre o pactuado sem justa razão. O direito privado não tem apenas a função de assegurar as normas autônomas estabelecidas pelos indivíduos, tendo regulação subsidiária e puramente dispositiva, mas também de conformar os comportamentos, inclusive os econômicos³⁹. E, nesse passo, observa-se que, não raro, as tradições jurídicas surgem exatamente de certo descolamento entre realidade e norma, pois a atividade legislativa que inova em face da tradição pretérita pode visar, com a atuação do direito, propriamente transformar a realidade das coisas (GOMES, 2006, p. 45).

³⁸ Nesse sentido, “variáveis como a garantia de acesso ao sistema, previsibilidade do resultado e a presteza na finalização do processo [judicial], impactam o desempenho econômico, notadamente para estimular ou inibir novos investimentos” (MARTINS, 2011, p. 45).

³⁹ O art. 174 da Constituição do Brasil, por exemplo, é explícito ao afirmar que, como “agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Para garantir a conformação das ações particulares a determinadas diretrizes políticas, estruturou-se uma técnica legislativa de instituição de normas inderrogáveis pela vontade das partes, chamadas de prescrições de “*ordem pública*”⁴⁰, geralmente direcionadas a agravar as responsabilidades de determinados sujeitos no âmbito de relações jurídicas ou dirigir a economia de determinados contratos mediante tratamento jurídico diferenciado⁴¹.

O citado agravamento de posições jurídicas normalmente visa corrigir desvantagens oriundas de assimetrias de poder negocial que, constatadas como fatos decorrentes de outros sistemas sociais, submetem determinados contratantes a consequências inconsistentes no sistema do direito (SILVA, 2006, p. 30). Assim, incluem-se tais situações de vulnerabilidade na pauta legislativa (GOMES, 1980, p. 45) para se reconhecer que, juridicamente, “a autonomia privada, em especial a liberdade de contratar, nunca é um valor em si, [de sorte que] ela só será protegida enquanto corresponder a um interesse digno de tutela pelo ordenamento” (KONDER, 2017, p. 55).

Com efeito, instituem-se mecanismos jurídicos de controle de validade da vontade privada que vedam o comportamento oportunista e protegem o consentimento informado das partes (LÔBO, 2012, p. 6.187-6.189), tudo com o objetivo de impedir que aquele que exerce abusivamente posições sociais vantajosas se beneficie juridicamente deste fato, o que reforça a segurança negocial e a confiança em contratar (VANZELLA, 2005, p. 224) para dar adaptabilidade e subsistência aos mercados (GRAU; FORGIONI, 2005, p. 21-23)⁴².

Por isso, entende-se que a “defesa dos agentes econômicos vítimas de situações manifestamente abusivas atua a favor do *interesse geral do comércio*, pois (...) inibe *comportamentos oportunistas disfuncionais* dos agentes, que comprometem o bom fluxo de relações econômicas” (FORGIONI, 2009, p. 36-37). Ora, a “segurança do direito deve consistir (...) na segurança de que as circunstâncias, quando assim se desejar, sejam tratadas exclusivamente de acordo com o código do direito, e não de acordo com o código do poder ou de qualquer outro interesse não contemplado pelo direito” (LUHMANN, 2016, p. 258).

A existência de normas de ordem pública, do ponto de vista jurídico, reforça a autonomia do direito, enquanto politicamente revela preferências decisórias do legislador que

⁴⁰ A regra é simples: “todo *ius cogens* (norma cogente ou de ordem pública) é insuscetível de modificação por via de *pacta privata* (contrato privado), mesmo em matéria de direito nitidamente privado” (PEREIRA, 2017a, p. 14).

⁴¹ “A consequência da proteção aos interesses da coletividade pode ser não apenas a privação de efeitos dos negócios que afrontam tais interesses, mas também a conservação ou o tratamento jurídico diferenciado de um contrato que tenha grande repercussão no atendimento de um interesse socialmente relevante” (KONDER, 2017, p. 56).

⁴² Logo, a “normatização protetiva não advém da *solidariedade*, como querem alguns, mas da expressão de uma *estratégia para a promoção do mercado*” (GRAU; FORGIONI, 2005, p. 23).

são justificadas por interesses historicamente situados. A linguagem imunizante do direito mascara o referido aspecto contingencial, direcionando a atividade operacional do sistema em prol desses exatos interesses. Consoante Roppo (2009, p. 22):

... a disciplina legal dos contratos – longe de limitar-se a codificar regras impostas pela “natureza” ou ditadas pela “razão” (como afirmavam os seguidores do direito natural) – constitui, antes, uma intervenção positiva e deliberada do legislador (das forças políticas que exprimem o poder legislativo), destinada a satisfazer determinados interesses e a sacrificar outros, em conflito com estes, tentando dar às operações econômicas concretamente realizadas um arranjo e um processamento, conformes aos interesses que, de quando em quando, se querem tutelar.

Ante o exposto, conclui-se que os negócios privados invariavelmente “caem na esfera do direito e são regulados por este mediante o estabelecimento de limites que deixam às partes uma mais ou menos ampla autonomia na determinação do conteúdo negocial” (FERRI, 1969, p. 24, tradução livre), de modo que, no “campo da autonomia privada, as ‘regras do jogo’ estabelecem as condições de existência, de validade e de eficácia do contrato, isto é, do instrumento através do qual os privados ‘jogam’ no mercado” (NANNI, 2004, p. 170).

As normas legais, apesar do citado, podem ser demasiadamente rígidas para regular o caráter extremamente dinâmico de alguns tipos de relações negociais. A aludida rigidez se refere tanto ao caráter moroso do procedimento legislativo, que desacompanha as transformações correntes, quanto à qualidade informacional deste, não raro limitada ante o grau de especialidade que a regulação de determinados setores econômicos carece.

Por isso, em espaços econômicos estratégicos aos interesses nacionais, estabelece-se, mediante lei, uma sistemática de *delegação de competências normativas* e de atribuições executivas em favor de certas agências especializadas. As normativas destas agências reguladoras têm a flexibilidade que as estratégias da política econômica exigem e podem direcionar o comportamento dos destinatários das normas legais com maior precisão por meio de seus próprios expedientes normativos delegados, em geral regulamentos.

No âmbito prestacional do subsistema jusprivatista, por isso, o produto da atuação normativa regulamentar das agências governamentais deve preferir aos entendimentos casuísticos judiciais, salvo se verificada incompatibilidade entre o regulamento e a lei que lhe fundamenta a validade, por evidente, tudo em razão da presumida precisão de tais expedientes e da qualidade dos interesses que tutelam.

O serviço normativo prestado pelas agências reguladoras pode compensar o conhecimento limitado dos magistrados acerca da questão concreta que se lhe apresenta, considerando que os juízes em geral são submetidos a uma elevada sobrecarga informacional

oriunda das mais variadas demandas do ambiente que devem ser assimiladas como proposições de problemas jurídicos. A excessiva judicialização não raro demanda das instituições judiciárias esforços que lhes escapam a capacidade técnica. Portanto, ao seguirem as diretrizes regulamentares consistentemente, em vista da sistemática das fontes de direito, os julgadores elevam a qualidade da prestação jurisdicional e evitam que a inafastabilidade da jurisdição se converta em inconveniente prático (PASSOS, 2013, p. 207).

Magistrados não são capazes de investigar intenções, de prever estritamente os riscos de suas decisões e de propor soluções de problemas em casos duvidosos, tudo por meio de uma decisão inequivocamente fundamentada, com pretensão de perenidade e consistência. Quando a complexidade da questão assim o exigir, as vias legislativas ou mesmo as regulamentares serão sistematicamente mais adequadas à espécie, o que não afasta a necessária definição de eventual demanda judicial independentemente da qualidade do produto legislativo, servindo a exortação apenas como diretriz ideal. Ora, os “contratos não necessariamente devem ser celebrados, as leis não necessariamente devem ser baixadas (salvo determinação em contrário pela Constituição), mas os tribunais devem decidir sobre qualquer caso que se apresente” (LUHMANN, 2016, p. 414).

Inobstante o exposto, por maiores que sejam os esforços concretizadores daqueles com competência normativa, é sabida a *insuficiência das estabilizações jurídicas simbolicamente generalizadas* à previsão estrita de todas as possibilidades deferidas pela vida de relações sociais aos negócios privados. Os legisladores humanos simplesmente não podem prever todas as possíveis combinações de circunstâncias, razão pela qual as fontes jurídicas protagonizam uma crise permanente que “decorre da concepção de que um código por mais amplo que seja não esgota o *corpus juris* vigente” (SILVA, 2006, p. 65). Assim, deve-se assumir que a proposição legislativa explícita não representa o único mecanismo de concretização e mediação entre os direitos fundamentais e as relações jusprivatistas (SILVA, 2008, p. 147-148).

Ora, especialmente em situações penumbrosas, nas quais falta regulação suficientemente explícita, a consistência do sistema jurídico exige que não se interprete ocorrer qualquer renúncia do direito à sua atribuição regulatória perante a omissão, pois regular a sociedade representa sua inafastável função. A socialidade e a interdependência entre os indivíduos assim exigem (RIBEIRO, 2003, p. 31). Logo, o sistema jurídico, por institucionalizar conflitos para solucioná-los, deve ofertar necessariamente uma decisão fundamentada aos problemas que se lhe apresentam, impessoal e rotineiramente.

Por isso, o próprio sistema do direito deve estabelecer condições de se impor conforme sua função, por meio de seus próprios critérios, mesmo diante de suas eventuais lacunas normativas. Isto se dá mediante estruturas recursivas que permitem solucionar as proposições de problema oriundas de irritações ambientais no âmbito operativo, por meio de programação⁴³ (LUHMANN, 2016, p. 368).

A fórmula básica para a solução dos problemas de referência decorrentes de insuficiências estruturais, no espectro da programação do sistema jurídico, é a atribuição compensatória de *liberdade interpretativa* aos operadores, notadamente àqueles que têm a competência de exarar a normativa concreta, ou seja, aos magistrados. Quanto mais liberdade se defere ao particular através da não regulação explícita, maior deve ser a liberdade interpretativa compensatória do intérprete, sob pena de perda de autonomia do sistema jurídico diante dos expedientes regulatórios de outros sistemas parciais da sociedade. Quer dizer, sem liberdade interpretativa ao direito, aposta-se numa regulação opcional e numa evolução sistêmica arbitrária, com potencial de transformar em normativas quaisquer expectativas externas. E, conforme leciona Luhmann (1980, p. 121):

Se no decurso do desenvolvimento civilizacional aumentam a complexidade e a variabilidade das condições naturais, psíquicas e sociais de vida - um processo onde a complexidade crescente da própria sociedade e do seu direito constituem uma causa predominante e concorrente - torna-se cada vez mais inadequada uma estrutura jurídica rígida.

Logo, o legislador deve, compreendendo as potenciais lacunas de seu trabalho e as possíveis demandas que serão dirigidas ao sistema jurídico de modo adversarial, ofertar aos juízes mecanismos com potência instrumental para atender as demandas prementes, especialmente permitindo soluções por raciocínios desenvolvidos à luz de circunstâncias concretas, casuisticamente.

A aludida delegação de poderes normativos aos magistrados é engenhosa e se dá por meio de textos com linguagem aberta e flexível, não raro de conteúdo indeterminado (conceitos jurídicos indeterminados) a ser apreendido por formas de intuição. Atribui-se assim uma liberdade mais ou menos ampla ao magistrado para confirmar, derrogar ou integrar a vontade das partes, de sorte que se pode afirmar que a “sistemática atual é predominantemente dedutiva, mas dá larga margem para que se possa pensar casuisticamente” (SILVA, 2006, p.

⁴³ “Neste modelo, a positividade do direito encontra-se na sua cognoscibilidade pelo intérprete, na sua interpretabilidade, uma vez que o liame entre o texto e o intérprete requer a presença de ambos: nem se pode pretender que o conteúdo do texto se produza exclusivamente pelo legislador, nem que o intérprete o ignore” (KONDER, 2015, p. 208).

69). E isto não deve surpreender porque a historicidade da teoria jurídica demonstra ser possível manter abertura a maiores ou menores graus de determinação das regras de direito no espaço e no tempo (HART, 2001, p. 143).

A abertura da linguagem facilita, pela argumentação, a tarefa de adequação do direito à diversidade de conflitos jurídicos tanto na interpretação dos fatos para a aplicação da norma explícita, em termos subsuntivos, quanto na definição do próprio conteúdo da lei no caso concreto, através daquilo que se convencionou chamar de “deveres anexos”. Tais deveres são comandos não previstos explicitamente em lei ou convenção (MARTINS-COSTA, 2018, p. 242), mas atribuídos às partes de negócios privados e declaráveis judicialmente em situações conflitantes concretas (NANNI, 2004, p. 193), podendo, por isso, “ser examinados durante todo o curso ou desenvolvimento da relação, inclusive após o adimplemento da obrigação principal” (ANDRADE; RUAS, 2016, p. 123).

É que o engenho da técnica jurídica formatou um tipo especial de norma que une o elemento estabilizador da lei às estruturas recursivas que lhe dão azo, chamando-a de “*cláusula geral*”. Estas cláusulas, que se integram aos negócios genericamente por serem preceitos de ordem pública, representam efetivas normas jurídicas, ou seja, possuem hipótese/comando (preceito primário) e consequência/sanção (preceito secundário). Ocorre que os elementos da *fattispecie* não estão previamente definidos pelo legislador, ou seja, não se apresentam dispostos a serem aplicados por subsunção imediatamente, deferindo-se ao magistrado a tarefa de individualizá-los, sempre em vista da situação concreta e da função genérica que justifica a cláusula. Com efeito, o direito e o dever jurídico das partes decorre indiretamente da lei ordinária, pois a normativa em si é casuística e depende de enunciação concretizadora. Ensina Martins-Costa (2018, p. 174) que:

As cláusulas gerais têm por função auxiliar a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, propiciando o seu progresso mesmo se ausente a inovação legislativa. A abertura diz respeito ao ingresso no *corpus* legislativo de princípios, máximas de conduta, *standards* e diretivas sociais e econômicas, viabilizando a captação e a inserção de elementos extrajurídicos de modo a promover a “adequação valorativa” do sistema (abertura ou permeabilidade do sistema). A mobilidade diz respeito à acomodação no interior do sistema desses novos elementos, conectando-os, num movimento dialético, com outras soluções sistemáticas (ressistemização).

Por isso, pode-se afirmar que as cláusulas gerais representam expedientes de abertura cognitiva do sistema jurídico que inserem, no âmbito operacional, elevada complexidade às discussões jurídicas, tudo através da ampliação da base informacional dos

magistrados⁴⁴. Assim, permite-se, por exemplo, arguições sobre a aplicabilidade de normas constitucionais às relações jusprivatistas⁴⁵. Logo, as referidas cláusulas acrescem ao subsistema do direito privado uma sistemática móvel apta a atender os “desafios da sociedade pós-moderna surgida a partir da segunda metade do século XX e caracterizada pela fluidez do conhecimento, globalização, rapidez das mudanças e constatação de que o progresso não produziu apenas resultados positivos” (PEREIRA, 2007, p. 67).

A *boa-fé objetiva* representa, por excelência, um exemplo de “cláusula geral de observância obrigatória, veiculadora de conceito jurídico indeterminado, a ser concretizada segundo as peculiaridades de cada caso” (PEREIRA, 2016a, p. 19), tendo relevo ímpar no direito privado. Apresenta-se como conceito plurissignificativo e vago (ENGLISH, 1996, p. 188-189) que, em geral, exprime a ideia de que as partes de uma relação jurídica devem atuar com honestidade, probidade, prudência e integridade recíprocas com vistas ao objetivo consensualmente programado (PEREIRA, 2016a, p. 20), condensando o aludido propósito em mandamento de consideração⁴⁶ (SILVA, 2006, p. 34). Por isso, o agir conforme a boa-fé, seja lá o que isto representar numa situação específica, é um imperativo que independe da vontade das partes ou da diretiva legal explícita à hipótese (LISBOA, 2012, p. 36).

No caso concreto, o intérprete deverá observar se o comportamento específico de uma parte, que é questionado pela contraparte, efetivamente se orientou pelas expectativas normativas que amparam a boa-fé, em perspectiva deontica. Para tanto, dirá a conduta juridicamente esperada nas circunstâncias apresentadas, buscando justificar a tipologia social escolhida de maneira generalizante, e, em seguida, determinará a sanção por sua eventual inobservância, mediante dupla fundamentação. Nesse sentido, a ideia de boa-fé é um critério de valoração judicial, jamais uma solução pronta e acabada (SILVA, 2006, p. 42).

⁴⁴ E, nesse sentido, considerando que as informações excluídas podem ser relevantes para a qualidade de uma abordagem avaliatória, é de se destacar que a “base informacional das teorias normativas em geral, e das teorias da justiça tem importância decisiva, e pode ser o ponto de enfoque crucial em muitos debates sobre políticas práticas” (SEN, 2000, p. 76).

⁴⁵ Nesse passo, a teoria da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais aduz que estes direitos “estabelecem ao mesmo tempo uma ordem valorativa objetiva, que deve ser considerada na interpretação e na aplicação do direito ordinário, especialmente na interpretação de cláusulas gerais de Direito Civil e conceitos jurídicos indeterminados como ‘boa-fé’ ou ‘bons costumes’. Essa teoria fala, assim, das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados como ‘portões de acesso’ do Direito Constitucional” (KERN, 2019, p. 285). Entretanto, importa dizer, não há justificativa para se “limitar as ‘portas’ ou ‘chaves’ do direito fundamental para o Direito Civil apenas às cláusulas gerais. Eventualmente uma norma objetiva, de caráter fechado, pode servir a tal finalidade” (RODRIGUES JR., 2023, p. 386).

⁴⁶ “A boa-fé exerce múltiplas funções na relação obrigacional, desde a fase anterior à formação do vínculo, passando pela sua execução, até a fase posterior ao adimplemento da obrigação: interpretação das regras pactuadas (função interpretativa), criação de novas normas de conduta (função integrativa) e limitação dos direitos subjetivos (função de controle contra o abuso de direito)” (SANSEVERINO, 2010, p. 46).

A determinação da *fattispecie* pelo magistrado é constantemente apontada como forma de arbitrariedade do julgador perante os indivíduos, mas, em verdade, malgrado seja justa a colocação de que acresce certa insegurança ao sistema do direito, a afirmação não retira o fato de que as cláusulas gerais são verdadeiras necessidades intrassistêmicas. Através destas o direito tem condições instrumentais de reforçar sua autonomia perante outros sistemas parciais da sociedade independentemente de quão lacunosas sejam suas diretivas⁴⁷. Conseqüentemente, a questão central é de pragmatismo puro e simples: mais indesejada que uma liberdade ampla e mais ou menos arriscada, mas regulável, é a perda de capacidade de atuação do direito na apreciação de fatos da realidade social.

Resta evidente então que as cláusulas gerais significam um acréscimo relevante de complexidade ao sistema, de sorte que “acabam por acentuar a sensação de indeterminação e de insegurança perante o Direito” (MORAES, 2006, p. 237). Por essa razão, para que reforcem o sistema jurídico em vez de submetê-lo a outros sistemas sociais, as expectativas funcionais que amparam tais expedientes devem possuir algum grau de generalização na consciência jurídica, impedindo que se convertam em sucedâneo à invocação arbitrária de externalidades.

A aplicação de cláusulas gerais como a boa-fé deve ser orientada por programas decisórios próprios de modelos jurídicos, permitindo controlabilidade, sistematicidade e aplicação setorial (MARTINS-COSTA, 2018, p. 185). Ou seja, o remédio corretivo da liberdade interpretativa do julgador é a fundamentação das decisões judiciais a partir de generalizações de comportamento subsidiadas por critérios decorrentes da dogmática jurídica⁴⁸ e da aplicação consistente de precedentes judiciais⁴⁹. E, nesse sentido, não se pode descuidar do fato de que “as cláusulas gerais privatísticas têm por si, especialmente a boa-fé objetiva, uma centenária produção bibliográfica que lhe empresta um grau de concretude incomparável até mesmo com institutos e figuras contidos em normas jurídicas de caráter objetivo” (RODRIGUES JR., 2023, p. 386).

⁴⁷ Nesse sentido, pode-se dizer que o uso particular de uma cláusula geral “deve tomar em conta as necessidades de direito material reveladas no caso, mas a sua instituição se funda no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva” (MARINONI, 2016, p. 68).

⁴⁸ Isso porque quando os “intérpretes/aplicadores do Direito abandonam o saber dogmático, perdem sua representação argumentativa e com ela a capacidade de refletir, explicitar, sistematizar, interpretar e compreender o que está posto nos enunciados normativos, cedendo à tentação de agirem como legisladores não eleitos” (PEREIRA, 2018, p. 50).

⁴⁹ “Notadamente em vista das cláusulas gerais, é, pois, decisivamente perigoso o descuido com a ‘tradição de julgamento’, bem como o descaso com os elementos fáticos em nome de um ‘livre convencimento’ decisório. Dentre outros motivos porque as relações de correspondência com os casos precedentes – seja para afirmá-los, seja para mostrar a sua inadequação – indicam o primeiro norte para a aplicação das cláusulas gerais” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 187).

Outro expediente de abertura cognitiva normalmente utilizado para a resolução de demandas difíceis são os chamados *princípios jurídicos*⁵⁰. Segundo a retórica dos juristas contemporâneos, os princípios são verdadeiras normas jurídicas que se distinguem das *regras de direito*⁵¹ por possuírem linguagem aberta e finalística, não possuindo o condão de informar a (i)licitude de condutas de maneira subsuntiva, de modo que representam mandados de otimização orientadores da aplicação das normas em geral.

Afirma-se que, quando se confrontam entre si, os princípios não invalidam uns aos outros, mas um sopesamento feito pelo magistrado casuisticamente, em vista dos fatos do caso, determina simplesmente qual deve prevalecer na espécie. Consequentemente, a ponderação de princípios jurídicos “não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco” (ALEXY, 2011, p. 594). Contudo, na prática, todo princípio corresponde a um direito da parte que contraditoriamente não é negado pela sua inaplicação, ou seja, que deliberadamente é reconhecido e desassistido.

A ideia de princípio enquanto expediente apenas retoricamente deontico é estranha ao sistema jurídico e abre espaços para uma discricionariedade de difícil controle. Toda aplicação concreta do direito deve reconhecer existir dever ou direito a determinada prestação em certas circunstâncias, uma vez que opções decisórias abertas de fundamentação para além da codificação binária são impróprias ao sistema. Por isso, os princípios isoladamente considerados devem ser reputados inaptos a derogar normas de comportamento explícitas e são formas de regulação pouco recomendadas, observando-se ainda que, em ambientes nos quais “a interpretação imediata das normas jurídicas é geralmente confirmada pelos juízes, há elevado nível de previsibilidade das decisões judiciais” (COELHO, 2018, p. 320).

Todavia, os princípios do direito podem auxiliar na instituição de programas decisórios úteis a partir de argumentação, notadamente porque são produtos jurídicos incorporados pelas fontes jurídicas, sendo assim muito persuasivos para ensejar esforços de instrumentalização. A ponderação entre princípios nada decide, mas ajuda a decidir. Do ponto de vista político, por exemplo, a consequência prática dos princípios é a justa determinação de que a intervenção legislativa em questões de direitos fundamentais deva se basear em premissas

⁵⁰ “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, 2005, p. 70).

⁵¹ “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos” (ÁVILA, 2005, p. 70).

empíricas comprovadas (ALEXY, 2011 p. 616), enquanto, na perspectiva jurídica, os princípios apresentam ao intérprete as expectativas esperadas de seu trabalho em termos intrassistêmicos, permitindo relevante abertura cognitiva e algum grau de controlabilidade, embora sem indicar condutas específicas a serem seguidas ou não (RODRIGUES JR., 2023, p. 315).

Portanto, a partir da ideia que deriva da retórica dos princípios, no sentido de que o sistema jurídico deva valorizar como normativos determinados vetores axiológicos latentes em expressões de significação aberta, os juristas podem interpretar as disposições normativas de maneira funcional às expectativas sociais que intuitivamente se antevêm. Tal interpretação é normalmente chamada de “teleológica”, mas, para os fins deste estudo, chamar-se-á de “funcional”, uma vez que a ideia de função é mais restrita por se centrar basicamente na utilidade autorreferencial do instituto jurídico, tudo sem descuidar do que este é em termos estruturais (PERLINGIERI, 2002, p. 94). Assim, a questão da interpretação dos princípios jurídicos é de tal natureza que foge da alçada do legislador, incorporando-se às tarefas próprias dos operadores e dos estudiosos do direito, por meio de modelos jurídicos.

Nesse passo, diante do exposto, tem-se ser legítima a desconfiança em torno da aplicação dos princípios jurídicos se disso resultar indiscriminadamente a sobreposição de externalidades aos expedientes deontológicos explícitos do sistema jurídico, ou ainda se se autorizar uma ponderação inconsistente e arbitrária de direitos subjetivos, entendendo-se existir nestes raciocínios algum risco que não se dispõe a correr. Entretanto, ainda assim, não se pode ignorar o papel da retórica em torno dos princípios para o processo de funcionalização dos direitos subjetivos, que, ligando as irritações ambientais e as expectativas juridicamente estabilizadas, reforça a autonomia sistêmica em situações de conflito perante outros sistemas parciais e aumenta o grau de sofisticação das recursividades jurídicas. Logo, a ideia de princípios jurídicos, por si só, não representa qualquer forma de desdiferenciação sistêmica, mas apenas maneira legítima de proposição de problemas de autorreferência ao direito⁵².

De todo o exposto, compreende-se que a regulação jurídica é ampla e pode se servir de muitos expedientes, dentre os quais normas explícitas e casuísticas de diversas espécies. A escolha dos instrumentos que serão utilizados para estabilizar expectativas sociais deverá ser cuidadosamente pensada, pois determinadas matérias se afiguram convenientes de disciplinamento específico em lei, outras podem ser relegadas aos produtos normativos de regulamentos, à vontade das partes ou ainda à apreciação judicial. E o entendimento da

⁵² “Pode-se mesmo considerar o discurso moderno sobre os ‘princípios jurídicos’ (...) como um produto secundário dessa proibição da denegação da justiça” (LUHMANN, 2016, p. 419).

conveniência regulatória não decorre de qualquer preferência de princípio, sendo, em verdade, puramente utilitário em vista das conjunturas do espaço regulado.

Assim, tendo-se apresentado um panorama geral acerca do papel da legislação, suas virtudes e limites, bem assim dos instrumentos postos à disposição do legislador para antever os conflitos jurídicos potenciais a fim de intervir na realidade, pode-se passar ao exame específico da proposição de lei que constitui o escopo do presente estudo.

3) O DIREITO CONTRATUAL E DE TRANSPORTE MARÍTIMO NO PROJETO DE LEI FEDERAL Nº 487/2013

3.1) DAS (IR)RACIONALIDADES ESTRUTURANTES

O comércio internacional é de vital importância para a economia brasileira, sendo operacionalizado por uma complexa cadeia logística na qual atuam diversos *players* e intervenientes. Todas as questões inerentes à temática repercutem na balança comercial, na competitividade do país, nos investimentos, nas relações comerciais e de consumo, sempre por consequência direta ou indireta das práticas estabelecidas.

Por isso, a regulação jurídica do comércio e do transporte internacionais é, a um só passo, uma necessidade e uma questão sensível, tudo em razão dos interesses públicos e privados subjacentes. É imperativa a apreciação de fatores complexos, como a necessidade de políticas públicas eficientes, consideração aos direitos dos particulares, respeito aos valores que norteiam a Administração Pública e vista do interesse nacional. Trata-se de matéria na qual os imperativos do pragmatismo e do realismo devem se sobrepor às preferências ideológicas de caráter purista e abstrato.

Em vista da aludida conjuntura do comércio internacional, apresentou-se no ano de 2013, no Senado Federal do Brasil, o Projeto de Lei Federal nº 487/2013, que visa codificar o direito privado empresarial (art. 1º do PL nº 487/2013), regulando as relações jurídicas comerciais brasileiras com o propósito de estabelecer regime jurídico próprio à matéria, inclusive na seara obrigacional, distinto da civilística comum.

Com essa intencionalidade, o projeto apresenta princípios, teleologias, métodos de cognição judicial, regras de julgamento e normas de ordem pública, tentando privilegiar valores contraditórios, às vezes genericamente e outras descendo às miudezas das circunstâncias particulares. Com destaque, observa-se que, seguindo a tradição oitocentista, a proposta de lei apresenta, em seu Livro IV, normas específicas ao Direito Comercial e de Transporte Marítimos, na tentativa de instalar um arcabouço normativo seguro para a guia dos particulares acerca das possibilidades e restrições legais.

É sobre esse relevante regime jurídico especial, em conjunto com as regras gerais da codificação na seara obrigacional e contratual, que o presente subcapítulo se debruçará, sempre a partir de uma interpretação sistêmica do fenômeno do direito, tendo-se em conta especialmente o substitutivo ao projeto apresentado pela Comissão Temporária para a Reforma do Código Comercial, anexado ao Parecer (SF) nº 1/2018, de relatoria do Senador Pedro Chaves e datado de 11 de dezembro de 2018, por se tratar da proposta contemporaneamente apreciada pelas vias legislativas.

O propósito será estabelecer um modelo jurídico dogmático que integre a normativa do Código proposto legislativamente à realidade da disciplina atual, antecipando possibilidades recursivas, tudo na tentativa de verificar a vocação da proposta para efetivamente regular o espaço social satisfatoriamente, em vista das problemáticas que atualmente são discutidas e reputadas dignas de consideração.

Para tanto, o presente subcapítulo tentará considerar as fontes que se propõem aptas a informar a complexa produção normativa do direito comercial, marítimo e de transportes no bojo da proposta de codificação, as quais, por evidente, exortarão os aplicadores jurídicos na hipótese de aprovação da lei.

No caso do PL nº 487/2013, o art. 4º enumera explicitamente a origem genética das *normas de direito comercial*, afirmando nos seus incisos serem (I) os princípios e regras constitucionais aplicáveis, (II) as regras e princípios prescritos na própria codificação, (III) as regras de tratados e convenções, (IV) as regras de decretos, instruções e regulamentos editados por autoridades competentes, (V) a autorregulação, e (VI) as normas consuetudinárias.

Acerca das primeiras das fontes, as *disposições constitucionais aplicáveis*, tem-se explicitação em tese desnecessária para os fins de uma legislação, posto que implícita à sistemática de validade do direito objetivo. Todavia, em verdade, o cerne do dispositivo é duplo: por um lado, afirma-se retoricamente o compromisso da lei para com as normas constitucionais e, por outro, através da expressão “aplicáveis”, limita-se o uso do recurso da lei superior ao critério da aplicabilidade. O propósito não é apenas reconhecer o papel informador dos textos constitucionais, mas limitar a atividade do intérprete que os invoca apenas àquelas situações consideradas possíveis de aplicação pelos modelos jurídicos, em vista da etiologia do *locus* do direito privado e do teor da codificação.

Além das normas constitucionais, reconhecem-se como fontes jurídicas as *prescrições contidas na própria lei comercial*, o que, por evidente, representa algo também desnecessário. Ocorre que, ao indicar apenas a própria codificação como fonte de direito comercial no nível das leis ordinárias, o legislador transparece pretender esgotar a normativa de direito privado àquela *corpus iuris*. Evidentemente, contudo, a própria legislação reconhece o subsídio normativo às normas do Código Civil, bem assim àquelas prescrições constantes em leis especiais compatíveis, salvo a legislação consumerista, afastada sumariamente (art. 350, *caput* e §§ 2º e 3º do PL nº 487/2013)⁵³. O propósito é, sinteticamente, afirmar que o subsídio

⁵³ Art. 350 do PL nº 487/2013: “Quando a relação obrigacional envolver apenas empresários, como credor e devedor principais, e estiver relacionada à exploração de suas empresas, aplicam-se as normas específicas deste Código. § 2º. No que não for regulado por este Código, aplica-se às obrigações dos empresários o Código Civil

normativo àqueles outros textos legais decorre direta ou indiretamente do corpo central de direito comercial que a proposta pretende ser.

Em ambos os casos, normas constitucionais ou ordinárias, as qualidades normativas reconhecidas pelos dispositivos de lei são de duas espécies, a saber, regras e princípios. As primeiras, é cediço, contêm disposições de comportamento com aplicabilidade subsuntiva, enquanto as segundas não contêm tal aplicação e se submetem à técnica da ponderação. Diz-se, por isso, que os princípios, diferentemente das regras, não são absolutos e que o direito eventualmente afastado se mantém hígido mesmo diante da inaplicação ao caso.

Em relação aos *princípios do Código*, tem-se que o corpo da codificação os apresenta constantemente, mas, ato seguido, estabelece significados ou condições de aplicabilidade com fins de restrição interpretativa, descendo ao trabalho dos modelos jurídicos, inclusive. Aparentemente, como se verá, o legislador reputa que a rigidez exegética redundará em reforço da diferenciação do sistema jurídico e em igualdade geral de tratamento ao cidadão, de modo puro e simples, o que não necessariamente ocorre.

A título de exemplo, enumera-se no projeto como princípios a ética e a boa-fé (art. 5º, IV do PL nº 487/2013), mas, em seguida, orienta-se que se entenda disto simplesmente que “o empresário deve buscar a realização de seus interesses na exploração da atividade empresarial cumprindo rigorosamente a lei” (art. 9º do PL nº 487/2013). O restringir da noção de eticidade e de boa-fé ao teor da lei, ainda que entendida em sentido amplo, é arbitrário e indica que o legislador nutre certa desconfiança em relação ao operador jurídico de direito privado, visando assim dissuadir a abertura de complexidade sistêmica. Semelhante restrição de cunho legalista se verifica na definição da função econômica e social da empresa, outro princípio da codificação (art. 5º, III do PL nº 487/2013), a que se entende cumprida pela atividade “ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico da comunidade em que atua, [e] ao adotar práticas empresariais com observância de toda a legislação aplicável” (art. 8º do PL nº 487/2013).

Ambas as enunciações de significados aos princípios jurídicos visam orientar o agente social aos critérios da própria codificação, o que não é um equívoco se se verificar a restrição isoladamente, mas pode redundar em situações desdiferenciantes do sistema se a normativa legal em torno dos significados apontados for concomitantemente inflexível e lacunosa, o que ocorre com as hipóteses apresentadas.

(Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). § 3º. O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990) não é aplicável às obrigações dos empresários”.

Os exemplos acima indicam que o projeto adota uma concepção legalista da regulação de direito privado, assim como uma pretensão totalizante em relação ao fenômeno jurídico. Pode-se dizer, por isso, que a codificação quer atender irrefletidamente pretensões contraditórias, alegando acolher determinados valores de base, mas os desatendendo instrumentalmente por restrições conceituais impróprias ao trabalho legislativo.

Isto contrasta com a abertura cognitiva decorrente do reconhecimento das fontes negocial e costumeira pela codificação, bem assim do princípio da não intervenção judicial na economia contratual, conforme será adiante exposto, de modo que é possível concluir que a subjacente ideia sincera de completude do texto legal não se ampara em utilidade, mas aparentemente apenas em crenças abstratas de ordem ideológica.

O esforço totalizante do Código encontra nitidez na regra de que nenhum “princípio, expresso ou implícito, pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição deste Código ou da lei, ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade da regra” (art. 4º, § único do PL nº 487/2013). Com efeito, estabelece-se uma hierarquia entre disposição legal expressa e princípios, sendo as primeiras peremptoriamente prevalentes. Diante de tal conjuntura, a discussão invariavelmente se centrará em torno do que seriam estes princípios para que o papel destes não se veja exaurido por inteiro.

Se se entende por aplicação de princípio o uso de ideias abrangentes de ponderação abstrata para afastar injustificadamente normativas explícitas, a norma atende aos propósitos de segurança e estabilidade do direito. O mesmo ocorre se se entende por princípios apenas aquelas ideias amplas contidas em normas constitucionais a serem concretizadas pela legislação ordinária. Mas se o teor do dispositivo for entendido de forma a restringir a abertura cognitiva do sistema às expectativas que razoavelmente lhe fundamentam no ambiente, ainda que diante dos sempre existentes espaços de deficiência regulatória, tem-se um desserviço, uma vez que as expectativas socialmente atuantes podem ser adequadamente trabalhadas como argumentação jurídica no espaço próprio do sistema.

E, ao que tudo indica, o efeito potencial mais intuitivo da supracitada restrição exegética imposta pelo legislador, no âmbito da programação sistêmica, será o de dissuadir todo e qualquer raciocínio não amparado diretamente em conteúdo explícito de expedientes literalizantes do Código. Isso porque o caráter da tradição jurídica brasileira é legalista e individualista (DE CICCO, 2006, p. 270-272). Assim, tem-se uma codificação concomitantemente flexível às irritações ambientais e inflexível às recursividades jurídicas, caso em que o legislador arroga para si o dever de disciplinar todas as situações jurídicas com

concretude adequada, sob pena de desatender aos direitos fundamentais dos cidadãos por omissão e, com isso, romper a autonomia do direito.

Nessa conjuntura, salvo se o esforço totalizante for executado com perfeição, inviabiliza-se a proposta de lei, uma vez que certa margem de liberdade no espectro da programação é necessária para que o sistema jurídico cumpra sua função, o que se assevera tanto quanto maior seja a complexidade que se pretenda que assimile. Ora, o direito privado exige potência instrumental ao operador. Ao arrogar para si a tarefa de tudo fazer, num evidente equívoco na escolha de meios aos fins, o legislador se imputa dever inviável de completude, o que, diante de eventuais omissões, termina por relegar a fatos extrajurídicos a diretiva do comportamento.

No caso do direito privado brasileiro, o problema da eventual existência de disparidades hermenêuticas a serem corrigidas, que aparentemente motiva a desconfiança do legislador em relação ao intérprete, é mais uma consequência da indefinição ou inaplicação de modelos jurídicos que da deficiência de conteúdo das fontes. A solução, portanto, está na tarefa permanente dos operadores de adequar a retórica dos princípios jurídicos às leituras mais prudentes e parcimoniosas através de modelos orientadores, não de reformas legais com a enunciação de significados inflexíveis. Por consequência, da não compreensão deste fato, os bens jurídicos resguardados pelos princípios da codificação proposta remanescem, em determinados casos, pura e simplesmente como interesses jurídicos nomeadamente dignos de tutela, mas com proteção deficiente.

Outra fonte jurídica proposta ao direito comercial são as normas do tipo regras (excluídos os princípios, portanto) contidas em *tratados e convenções internacionais*, tendo-se em vista os expedientes normativos estrangeiros incorporados ao sistema jurídico brasileiro mediante assentimento expresso do país, por óbvio.

Entretanto, é oportuno que se leve em conta que mesmo as normas comerciais internacionais que não têm o Brasil como signatário influenciam a realidade brasileira, pois o direito privado internacional tem nítida pretensão de uniformidade. Assim, as práticas alienígenas decorrentes de tais prescrições terminam por influenciar a ação dos nacionais e, não raro, a integrar a interpretação judicial em casos apreciados pelos tribunais brasileiros.

Em relação aos particulares, a influência indireta das normas internacionais não incorporadas pelo direito brasileiro representa uma situação quase incontornável, mas aos magistrados nacionais a situação é diversa, pois para estes a utilização das diretivas de instrumentos estrangeiros pode e deve ser prudentemente ponderada. Isso porque, malgrado a realidade contemporânea demonstre um esforço contínuo de padronização de regras jurídicas

às relações internacionais de direito privado, não raro se verificam inconveniências nas normas internacionalmente estabelecidas em face das realidades de países subdesenvolvidos e de suas legítimas políticas de desenvolvimento. Logo, a disciplina jurídica do direito privado internacional não se resume a orientar os interesses de simples particulares, mas envolve também o bem estar de populações com pretensão de autonomia econômica numa conjuntura de mercados competitivos em que os países contam com posições relativas assimétricas.

Ocorre que, como o contexto atual de disciplinamento jurídico em diversos setores do comércio exterior é controverso e difuso, a atuação judicial supletiva acaba sendo necessária para integrar a solução dos casos concretos, e, em vista da inerente limitação cognitiva do procedimento judicial, o uso de normas não incorporadas pelo sistema jurídico brasileiro para fins de orientação é tentador aos intérpretes. Isso culmina em respostas casuísticas que geram indesejável insegurança, pois comumente há incompatibilidade entre o conteúdo de instrumentos internacionais, a disciplina jurídica pátria e a política econômica do país. E, nesse contexto, de nada adianta exortar os magistrados a considerarem as consequências práticas de suas decisões, como faz o art. 20 do Decreto-lei nº 4.657/1942⁵⁴, se a limitação informacional do procedimento judicial não lhe permite visualizar efeitos sistêmicos para além do direito.

Diante do problema mencionado, deve-se entender primeiramente que a fragmentação e a inconsistência do sistema jurídico nas relações internacionais privadas é parte do problema da globalização econômica (SHAW, 2014, p. 46-47), entendida como um desafio aos direitos nacionais, posto que pendente ao exercício de dominação de mercados amplos pelas potências industriais (LÔBO, 2012, p. 6.189). Por isso, o mecanismo mais bem vocacionado a mitigar essa efetiva realidade de insegurança, curiosamente, não é a universalização por assimilação acrítica das formas de regulação de direito internacional privado, mas a atuação normativa interna dos próprios estados nacionais, em perspectiva monista (CRAWFORD, 2012, p. 48-50).

Em tais circunstâncias, as normas editadas por agências reguladoras, em complemento às legais, apresentam-se como extremamente convenientes, razão pela qual representam parte relevante do processo de ampliação de intervenção estatal no espaço econômico, característico do período que se seguiu à segunda guerra mundial (ABASS, 2014, p. 665). Por isso, oportuna é a indicação expressa dos *decretos, instruções e regulamentos*

⁵⁴ Art. 20 do Decreto-lei nº 4.657/1942: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão” (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

editados por autoridades competentes como fontes de direito comercial no projeto de lei ora analisado (art. 4º, IV do PL nº 487/2013).

No que concerne ao direito marítimo e de transportes, a atribuição reguladora é da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), a quem incumbe “editar normas por meio de resoluções, com força de lei, desde que e em conformidade com a lei de sua criação” (GIBERTONI, 2014, p. 445-446). Trata-se de agência especializada cujas instruções devem ser ponderadas com apreço pelos operadores jurídicos no aludido espaço regulatório.

Conforme o art. 27 da Lei nº 10.233/2001, cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação, “elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores” (inciso IV), bem assim “fiscalizar o funcionamento e a prestação de serviços das empresas de navegação de longo curso, de cabotagem, de apoio marítimo, de apoio portuário, fluvial e lacustre” (inciso XXI), sempre com vistas às diretrizes gerais da política brasileira de infraestrutura e operação de transportes, tendente a “preservar o interesse nacional e promover o desenvolvimento econômico e social” (art. 11, I da Lei nº 10.233/2001), além de “reprimir fatos e ações que configurem e possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica” (art. 12 da Lei nº 10.233/2001).

Especialmente no âmbito do direito marítimo, observa-se que “a regulação econômica é necessária para dar segurança aos investidores, atender as necessidades de infraestrutura e garantir os direitos dos usuários e consumidores” (CASTRO JR., 2010a, p. 197), em especial para bem posicionar o país no cenário internacional (GIBERTONI, 2014, p. 446). Com efeito, o disciplinamento jurídico por quem mais convenientemente pode fazê-lo é necessário, devendo o sistema do direito “atender, preservado o interesse público, as demandas dos agentes econômicos, nesse caso usuários dos serviços de transporte marítimos, aumentar a eficiência das transações comerciais e, conseqüentemente, reduzir os seus custos, de forma sustentável” (GIBERTONI, 2014, p. 447).

Nesse diapasão, tem-se oportuna a antecipação da abordagem dos *costumes* como fontes do direito, nos termos do art. 14, IV do PL nº 487/2013. Pois bem, de início, é de se assentar que, na linguagem corrente dos juristas, considera-se costume a constância de comportamento que sedimenta sua convicção. Ocorre que o direito rotineiramente intenta direcionar os comportamentos, enquanto o costume pode representar uma exata realidade a ser redirecionada. Portanto, a juridicidade e o papel hermenêutico integrador dos costumes devem

ser previamente avaliados pelo critério de merecimento de tutela perante outras fontes jurídicas, não se dando guarida ao hábito *contra iuris* (DAVID, 2002, p. 144-145).

No espaço do direito comercial, notadamente no *locus* do direito marítimo e de transportes, a atribuição de normatividade às práticas espontâneas dos comerciantes é ainda assim medida muito persuasiva. É que, em boa parte, os instrumentos jurídicos que assentam o subsistema são resultados de acoplamentos estruturais entre o direito e a economia oriundos de categorias inicialmente econômicas. O próprio PL nº 487/2013 incorpora a constatação deste fato por meio de um princípio chamado de “origem costumeira” (art. 28, III e art. 32, ambos do PL nº 487/2013), de sorte que se atribui dignidade e relevo aos costumes do comércio internacional, a chamada *lex mercatoria*⁵⁵, cada vez mais influente em relação às determinações nacionais (GONÇALVES, 2018, p. 423).

A *lex mercatoria* é geralmente entendida como o conjunto de regras escritas e não escritas espontaneamente surgidas das práticas do comércio, tudo através de uma pressuposta sociedade global de comerciantes organicamente integrados, malgrado difusos em interesses. O fundamento retórico que ampara a defesa destas regras se assenta num passado imemorial que induz uma tradição vista como autoevidente e irresistível, inculcando à discussão jurídica formas de determinismo. Isto imuniza o argumento em face de interesses particularizados e constringe os legisladores nacionais à autocontenção ou omissão.

Na prática, entretanto, muitos dos costumes agregados à prática internacional, inclusive com participação de instituições de comércio que discutem regramentos uniformes, são nocivos aos interesses das legítimas políticas de desenvolvimento de determinados países e revelam, em verdade, relações de poder num espaço de concorrência entre nações que gozam de condições competitivas distintas. Por conta disso, constata-se que o argumento em torno da *lex mercatoria* frequentemente é utilizado para dissimular a política de expansão de mercados dos países mais desenvolvidos no bojo das economias emergentes, o que se reforça pela retórica de que a globalização exigiria a “abertura dos mercados de todos os países ao ingresso do capitalismo internacional” e de que o “consectário natural e incontestável seria a necessidade de redução do papel do Estado a um mínimo” (MELLO, 2015, p. 1.101).

⁵⁵ A *lex mercatoria* seria o “conjunto de princípios gerais, de regras usuais e costumeiras do comércio internacional, de jurisprudência e de contratos-tipo que regulam as relações contratuais internacionais, sem que esse conjunto esteja ligado a determinado direito positivo de um país. A tendência internacional é a criação de um direito anacional, o que ocorre com a adoção dos preceitos da *lex mercatoria*, possibilitando ao juiz a aplicação da lei de seu próprio país, se isto não conflitar com preceitos e princípios comuns a todos os agentes do comércio internacional” (NERY; NERY JUNIOR, 2014, p. 242).

Ocorre que, em verdade, a globalização econômica, tal como exposta, somente redundaria em vantagens amplas às nações se se fizesse acompanhar de uma globalização política democrática e regulada pelo direito, empreendimento este ainda dotado de enorme fragilidade (BONAVIDES, 2009, p. 140-141).

A desregulação econômica pelos países menos favorecidos, por conta disso, culmina em formas novas de colonialismo por ocasião do jugo que se estabelece sobre as classes produtivas locais⁵⁶, de sorte que a tendência contemporânea é de “predomínio de uma *lex mercatoria* ditada pelos poderes hegemônicos globais, que se distancia dos tradicionais costumes mercantis consolidados” (LÔBO, 2012, p. 6.203). O exposto se aclara nos espaços econômicos em que se revelam formas de dependência entre os agentes atuantes, de modo que incorporar juridicamente tal contexto importa retirar a autonomia do direito em sua função precípua de regular e estabilizar expectativas consistentemente.

Portanto, é fortemente não recomendada a diretiva exegética aos contratos empresariais, contida na codificação ora analisada, no sentido de que, na “omissão do instrumento contratual, presume-se que as partes acordaram em se submeter aos usos e costumes praticados no lugar de execução do contrato” (art. 18 do PL nº 487/2013), de modo puro e simples, bem assim aquela que dá prevalência aos usos e costumes como critério hermenêutico sobre todas as demais formas de interpretação de cláusulas contratuais (art. 372, V do PL nº 487/2013).

É de se reconhecer que a aceitabilidade da *lex mercatoria* não se dá autonomamente, mas por meio da legítima incorporação desta ao sistema pelas fontes jurídicas gerais e negociais, sempre de acordo com a sistemática das fontes de direito. Conseqüentemente, a vinculação dos costumes ao direito é mediada, não autônoma, sendo submissa ao requisito da dignidade de tutela a ser utilitariamente ponderado pelo legislador e pelo intérprete, neste caso sempre para fins integrativos.

Por fim, consideram-se fontes de direito comercial as normas decorrentes da *autorregulação*, ou seja, as normas concretas firmadas autonomamente pelos sujeitos com o propósito de regular seus próprios interesses, observando-se que, atrelado a estas normas, está a formatação de um modelo legal próprio de direito obrigacional comercial, distinto do constante no Código Civil.

⁵⁶ “Com efeito, é meridianamente óbvio que empresas de economias incipientes, ao menos se comparadas com as dos países cêntricos, por terem limitada capacidade de inversão, recursos tecnológicos menores e agravadas, em muitos casos, por juro espetaculares, não teriam a mais remota possibilidade de competir com êxito, a menos que tal abertura de mercado fosse seletiva e efetuada com grande prudência” (MELLO, 2015, p. 1.103).

Conforme já exposto, a liberdade de regulação autônoma através de negócios jurídicos, em especial os contratuais, pode ser avaliada a partir dos elementos obrigacionais relacional, formal, objetivo, subjetivo e de garantia.

No que concerne ao *elemento relacional*, no espaço da autonomia privada comercial, as normas de direito privado permitem que se constituam vínculos jurídicos entre agentes econômicos, sendo estes atuantes com expectativas de vantagens e motivados por interesses não raro concorrentes.

No aspecto *formal*, tem-se que, para ser válida, bastará que a avença represente um ajuste inequívoco de vontades, independentemente de forma especial (art. 33 do PL nº 487/2013), salvo se o tipo negocial específico prescrever ou defender certa formalidade legal (art. 104, III do Código Civil c/c art. 135 e art. 350, § 2º, ambos do PL nº 487/2013).

Já o elemento *subjetivo* das relações obrigacionais empresariais, conforme a codificação, será composto por pessoas empresárias plenamente capazes (art. 34 do PL nº 487/2013), nacionais ou não, no exercício de atividade empresarial, enquanto o *elemento objetivo*, a prestação, deverá ser lícito, possível, determinado ou determinável, envolvendo a atividade empresária exercida pelos sujeitos. Em síntese, a identificação da aplicação do regime jurídico comercial, no bojo do PL nº 487/2013, depende basicamente de um aspecto objetivo, a relação da situação jurídica com a exploração de atividade, e outro subjetivo, a qualidade empresarial das partes (RIBEIRO; CAMPOS, 2018, p. 36).

Nesse sentido, o projeto legislativo aduz que quando “a relação obrigacional envolver apenas empresários, como credor e devedor principais, e estiver relacionada à exploração de suas empresas, aplicam-se as normas específicas deste Código” (art. 350, *caput* do PL nº 487/2013), uma vez que o “negócio jurídico empresarial é aquele praticado por empresário com função econômica relacionada à exploração da atividade empresarial” (art. 134 do PL nº 487/2013), incluindo expressamente os contratos (art. 364 do PL nº 487/2013).

Não desnatura o caráter empresarial, contudo, a eventual existência de coobrigados não empresários (art. 134, §1º do PL nº 487/2013) e, excepcionalmente, reputa-se empresarial *ope legis* o negócio amparado em obrigação ou contrato com disciplina específica no Código ou na legislação comercial, independentemente serem ou não empresárias as partes (art. 134, §2º do PL nº 487/2013).

Serão causas de invalidade do negócio jurídico empresarial as mesmas constantes no Código Civil, relacionadas à incapacidade do sujeito, generalidade, impossibilidade ou ilicitude da prestação, preterição de forma ou solenidade *ad substantiam*, objetivo de fraude à lei ou vedação legal taxativa, com a distinção de que a nulidade e a anulabilidade não possuem

efeitos retroativos, salvo se convencionado entre as partes ou determinado pelo magistrado expressamente (art. 138, *caput* e §§ 1º e 2º do PL nº 487/2013).

Afora isso, o negócio nulo poderá ser confirmado e retificado a qualquer tempo (art. 136 do PL nº 487/2013), o que não elide eventual responsabilidade civil do responsável pelo vício (art. 136, § único do PL nº 487/2013). Deve-se observar ainda que, diferentemente do constante no art. 169 do Código Civil, prevê-se que o negócio jurídico empresarial nulo convalida com o decurso do tempo, salvo nas hipóteses de incapacidade absoluta do sujeito, ilicitude do objeto, fraude imperativa à lei e expressa ressalva legal (art. 137 do PL nº 487/2013), o que, na realidade, excepciona a rigidez do sistema para atribuir validade basicamente a negócios com vícios de incapacidade relativa e de forma.

O Código também apresenta algumas normas imperativas de caráter protetivo e diretivo às partes, a exemplo do dispositivo que veda a renúncia recíproca de perdas e danos em avenças por adesão⁵⁷ (art. 29, § único do PL nº 487/2013), que estabelece a não prevalência de interpretações que impliquem comportamentos contraditórios (art. 146 e art. 147 do PL nº 487/2013), que institui o dever de mitigar os prejuízos da contraparte aos intervenientes da navegação aquaviária (art. 30 do PL nº 487/2013), bem assim que consagra a cláusula geral da boa-fé (art. 369 do PL nº 487/2013), cujo desrespeito implica em ressarcimento por perdas e danos (art. 370 do PL nº 487/2013), prescrição esta que se afigura razoável se não importar em restrição à pretensão de execução específica.

Mas como a atividade empresária é baseada na livre iniciativa (art. 5º, I e II do PL nº 487/2013), no profissionalismo (art. 34 do PL nº 487/2013), na onerosidade (art. 148 do PL nº 487/2013) e na intencionalidade de lucro (art. 6º, II do PL nº 487/2013), a presunção de existir uma relativa igualdade entre os sujeitos negociantes é mais rígida (PEREIRA, 2017b, p. 173), de sorte a mitigar ou induzir restritivamente a interpretação das diretivas protetivas acima mencionadas, salvo em relação ao contratante empresarialmente dependente em vínculos assimétricos, a que o Código afirma expressamente estender sua proteção (art. 14, III do PL nº 487/2013).

Isso significa que as já excepcionais hipóteses de intervenção judicial na economia do contrato, especialmente para a revisão ou declaração de invalidade de cláusulas ou de

⁵⁷ Chamam-se “contratos de adesão aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra” (PEREIRA, 2016a, p. 65). Esta categoria contratual, por fomentar agilidade às trocas comerciais, é cada vez mais importante, útil e comum na realidade corrente, constituindo “reflexo de uma sociedade voltada para a eficiência econômica, na qual é demandado o intercâmbio massivo de bens e serviços de forma muito rápida, fenômeno imprescindível para a circulação das riquezas” (ZANINI, 2020, p. 88).

avenças contratuais, serão ainda mais restritas, inclusive para evitar danos à dinâmica concorrencial da economia através da correção imprópria do erro do empresário na gestão de seus negócios (RIBEIRO; CAMPOS, 2018, p. 50-52). Logo, assevera-se o significado intrassistêmico dos princípios contratuais da autonomia da vontade (art. 14, I do PL nº 487/2013) e da “plena vinculação dos contratantes ao contrato” (art. 14, II e art. 16, ambos do PL nº 487/2013), em especial considerando a principiologia em torno da necessidade de proteção jurídica do investimento privado (art. 6º, III do PL nº 487/2013) e do crédito (TOMAZETTE, 2018, p. 85-86).

O entendimento de base de tal restrição é correto, tendo em conta que há dispensa da intervenção judicial na economia contratual quando os contraentes são presumivelmente iguais em domínio de informação e barganha (LÔBO, 2012, p. 187-188), o que se aplica às relações jurídicas de direito comercial⁵⁸. Ora, o magistrado, se “a cláusula é clara, precisa, sem ambiguidade, não contrária à ordem pública nem aos bons costumes, coerente com o sinalagma, até que se demonstre o contrário, deverá aplicá-la sem que possa intervir a pretexto de justiça ou equidade” (MELO, 2012, p. 75). Assim, sem justificativa adequada, a intervenção judicial no conteúdo do pacto representa sempre uma agressão às vontades livres e desembaraçadas das partes⁵⁹.

No espectro da invalidade absoluta de negócios jurídicos, a questão da paridade das partes repercute na vedação da alegação de “inexperiência para pleitear a anulação do negócio jurídico por lesão” (art. 141 do PL nº 487/2013)⁶⁰, enquanto no da intervenção de conteúdo se impõe a regra de que “revisão do contrato empresarial é excepcional” (art. 16, § único do PL nº 487/2013), com expressa indicação de que a proteção liberada “ao contratante economicamente dependente, nas relações contratuais assimétricas, não pode ser estendida para preservá-lo das consequências econômicas, financeiras, patrimoniais ou administrativas de suas decisões na condução da empresa” (art. 17, *caput* do PL nº 487/2013), o que replica modelos jurídicos deveras hígidos se balizados prudentemente (LUPION, 2018, p. 173).

Nesse contexto, contudo, pondera-se que o empresário dependente, para pretender a revisão contratual, deverá demonstrar a necessidade de efetuar determinados contratos para a

⁵⁸ Enunciado nº 25 da I Jornada de Direito Comercial: “A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada”.

⁵⁹ “Não se pode conceber maior interferência na autonomia privada que a alteração das cláusulas de um contrato por força de ordem judicial” (SCHREIBER, 2013a, p. 145).

⁶⁰ Enunciado nº 28 da I Jornada de Direito Comercial: “Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência”.

manutenção de sua atividade, bem assim sua situação de vulnerabilidade no bojo do vínculo em questão (art. 17, §1º do PL nº 487/2013), cumprindo-lhe ainda, mediante indicação incontroversa, superar os requisitos negativos de não buscar se preservar das consequências de sua gestão empresarial e da inaptidão da mera vantagem excessiva da contraparte para autorizar intervenção judicial (art. 17, *caput* e §2º do PL nº 487/2013).

Com efeito, a tarefa do empresário dependente para lograr a intervenção judicial é difícil, pois o grau de complexidade informacional que a questão exige costuma ultrapassar as possibilidades reais de produção probatória estrita, sendo normalmente possível apenas se conjecturar contextualmente as alegações por meio de presunções. Em verdade, portanto, dificilmente o empresário não será responsabilizado direta ou indiretamente por não haver conduzido seu negócio a contento, e, diante da conjuntura desdiferenciante propiciada pela proposta ao sistema de direito comercial, a tendência é de abstencionismo judicial em situações que se afigurem minimamente duvidosas.

Diante do exposto, observa-se o relevo que a *interpretação das normas* de autorregulação terá na dinâmica operativa de direito privado empresarial em caso de aprovação da proposta legislativa ora estudada, uma vez que a liberdade exegética, especialmente na seara contratual, representa o principal corretivo que o sistema jurídico dispõe para situações de rigidez, permitindo transformações no espaço e no tempo. Ademais, não se pode descuidar que os negócios geralmente são obras de pessoas leigas, razão pela qual estas “usam uma linguagem comum e visam ordenar os seus interesses, sem preocupações técnico-jurídicas” (CORDEIRO, 2021, p. 675). Sobre a interpretação dos vínculos, a codificação traz algumas orientações que, para reforço do caráter imperativo que visa inspirar, são chamadas de “regras”. É o art. 372 do PL nº 487/2013, *in verbis*:

Art. 372. O contrato empresarial deve ser interpretado de acordo com as seguintes regras:

- I – A inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé e aos objetivos e natureza do contrato, deve sempre prevalecer sobre o sentido literal da linguagem;
- II – As cláusulas devem ser interpretadas tendo em vista o cumprimento da função econômica do contrato;
- III – Cada cláusula deve ser interpretada como se compusesse com as demais um conjunto lógico e ordenado de disposições de vontade;
- IV – O comportamento comum dos contratantes após a assinatura do contrato, relativamente à sua execução, será a melhor explicação da vontade por eles expressa no ato da celebração;
- V – os usos e costumes praticados no segmento da atividade econômica relativa ao objeto do contrato servem de critério para a interpretação das cláusulas contratadas, prevalecendo sobre os demais; e
- VI – em caso de dúvida não solucionável de acordo com as regras antecedentes, prevalecerá a interpretação mais favorável ao devedor da obrigação.

A proposta é de boa intenção, mas o estabelecimento de hierarquias e regras entre critérios exegéticos é inadequado. A vida de relações exige mobilidade para a consideração dos critérios interpretativos, inexistindo fórmula que atenda a contento todas as expectativas funcionais ínsitas e latentes no bojo de cada prestação. Se o legislador aguarda de sua obra potencial para garantir consistência e diferenciação funcional, a medida deve ser revista. E, conforme leciona Cordeiro (2021, p. 678):

Uma interferência direta do legislador sobre as regras de interpretação seria, com probabilidade, uma intervenção nas finais normas de conduta: a lei comanda; não faz teoria. (...) Estas considerações enfraquecem as possibilidades do legislador agir diretamente sobre as regras de interpretação. Estas, no campo da interpretação da lei como do negócio, obedecem a considerações mais globais, de índole histórico-cultural e, nesse sentido, jurídico-científicas. Têm uma dinâmica própria, nem sempre voluntarística e racional, pelo que escapa a assumidas opções iluminadas. A História mostra, aliás, como múltiplas tentativas feitas para, por via legal, limitar a interpretação, têm sido votadas ao fracasso.

Importa asseverar que a redução abrupta de complexidade informacional a ser potencialmente assimilada pelo sistema, seguida do estabelecimento de regras e conceitos estritos de restrição cognitiva ao intérprete, não implica maior consistência decisória em contextos complexos, como o da regulação do espaço econômico. Ao revés, culmina em fragmentariedade, insegurança e perda de autonomia sistêmica. Assim, cabe ao legislador prudência para que, a pretexto de remediar supostos exageros hermenêuticos dos operadores, não venha a estabelecer dose venenosa ao problema em vez de antídoto.

Nesse diapasão, cabida é a exortação de que uma nova lei se revela inapta “a tornar desnecessário, a partir de sua promulgação, o esforço hermenêutico de compatibilização das fontes normativas em torno da Constituição da República”, tudo a partir da falsa ideia de que “um novo Código Comercial permitiria uma espécie de purificação do tratamento interpretativo das relações mercantis” (TEPEDINO, 2018, p. 175).

Em conclusão, a partir de toda a explanação acima feita, consideram-se inoportunas e inadequadas as propostas da codificação no que concerne aos seus aspectos estruturantes, tudo por motivos de duas ordens, quais sejam, de conveniência e de conteúdo. A inconveniência da proposta se apresenta no propósito de tornar dual e fragmentário o regime obrigacional de direito privado, sendo de maior valia que se procedam eventualmente reformas pontuais no Código Civil⁶¹. Em relação ao conteúdo, o projeto de lei se inviabiliza pelos potenciais efeitos desdiferenciantes ao sistema jurídico, de modo a desatender os direitos fundamentais dos

⁶¹ A “redução dos princípios de direito privado a uma unidade orgânica obedece a um imperativo científico, e de conveniência prática, mormente enquanto se atém às regras de aplicação geral e comum” (PEREIRA, 2017a, 21).

sujeitos nas relações paritárias, comissiva ou omissivamente, limitando o uso de instrumentos aptos a fomentar a confiança sistêmica.

3.2) O CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO

O presente subcapítulo se destina a explicar sinteticamente a disciplina jurídica do contrato de transporte marítimo no PL nº 487/2013, enquanto vínculo obrigacional estruturalmente organizado, concatenando os estudos à realidade normativa atual do transporte marítimo internacional de cargas, tudo sem descuidar da posição relativa do Brasil, a fim de subsidiar uma compreensão adequada à matéria.

O transporte de cargas no comércio exterior pode se operacionalizar por diversos modais, notadamente dos tipos rodoviário, ferroviário, aéreo e aquaviário (RODRIGUES, 2007, p. 28). Cada modal apresenta vantagens e desvantagens comparativas, tendo a conveniência de uso ponderada por tais vicissitudes. Em geral, a operacionalização do transporte aquaviário é reputada mais conveniente pelos menores preços e pela possibilidade de acomodação de cargas diversas, sendo somente o modal aquaviário marítimo responsável por 90% dos serviços de transporte praticados globalmente (CASTIGLIONI; PIGOZZO, 2014, p. 47). Segundo Tripoli (2016, p. 170):

O transporte aquaviário é dividido em marítimo, fluvial e lacustre. O transporte marítimo é realizado em mares e oceanos e é dividido em navegação de longo curso, que liga dois ou mais países, independentemente de suas distâncias geográficas, também chamado de navegação internacional; e navegação de cabotagem, que é o transporte realizado entre portos de um mesmo país, também chamado navegação nacional.

Portanto, o transporte internacional de cargas, de regra, organiza-se a partir das vias marítimas em navegações de longo curso, podendo-se inferir ser o transporte marítimo a modalidade de instrumentalização logística mais importante ao comércio exterior.

Em verdade, não é inadequado afirmar que os mares representam os principais corredores logísticos e interacionais da História das civilizações humanas, sendo elementos estratégicos fundamentais aos interesses competitivos e de desenvolvimento econômico situados no espaço e no tempo, de modo que a referida modalidade de transporte é quase que irrenunciável, por conseguinte.

Entretanto, o mercado de transporte marítimo desenvolvido internacionalmente é relativamente instável nos dias presentes, uma vez que se encontra pressionado, diante do processo global de realocação industrial, a readequar constantemente os preços dos fretes e dos

serviços em geral. Por isso, as empresas de navegação do setor adotam, desde meados da década de 1990, diversas estratégias de redução de custos e ampliação de lucros.

A primeira das estratégias foi o aumento do tamanho das embarcações⁶² do tipo “navio”⁶³ para fins de transporte, o que, malgrado tenha reduzido custos de operação, asseverou a exigência de ocupação cada vez maior nos espaços das embarcações, notadamente de porta-contêineres⁶⁴. A estratégia diminuiu a flexibilidade operacional em relação aos portos aptos a receber navios, mas gerou economia em escala (LACERDA, 2004, p. 218-219). Contudo, a maior oferta de fretes que decorreu da medida declinada, diante da pressão da concorrência e de eventos de desaceleração econômica, tendeu a tornar não operacional parte da capacidade das empresas e a redundar em impactos negativos por oscilação de demanda (MARCHIOLI, 2019, p. 58-67).

A solução encontrada pelas empresas transportadoras para este problema foi a formação de conglomerados internacionais e/o fusões empresariais, “o que, em outras atividades econômicas, seria considerado ilegal pelas leis de defesa da concorrência” (LACERDA, 2004, p. 220). Isso culminou no contexto presente, caracterizado pela elevada concentração mercadológica (SPARKA, 2010, p. 11), ou seja, por oligopólios (MARCHIOLI, 2019, p. 65).

E o Brasil, nesse cenário, “ao transportar somente 1% das mercadorias do seu comércio exterior em navios de bandeira própria, tem alto grau de dependência dos transportadores internacionais” (CASTRO JR., 2010a, p. 197). Isso significa que a posição relativa do país e de suas empresas é vulnerabilidade diante de empresas estrangeiras atuantes em sistema de oligopólio, tudo em razão de externalidades negativas que mitigam o poder de barganha dos brasileiros. Ademais, não se pode descuidar do fato de que o mercado brasileiro não possui, perante os conglomerados globais, atratividade suficiente para receber atenção prioritária, pois o país se encontra numa “rota internacional de comércio marítimo com baixa densidade de cargas, quando comparada com as rotas principais, o que resulta em maiores custos do transporte marítimo do comércio exterior brasileiro” (LACERDA, 2004, p. 223).

⁶² Na forma do art. 708 do PL nº 487/2013, embarcação “é qualquer construção suscetível de se locomover na água, por meios próprios ou não, utilizada em atividades de transporte de bens e pessoas, pesca ou outras operações nas águas, de acordo com sua aptidão, inclusive as plataformas flutuantes e, quando rebocadas, as fixas”.

⁶³ Em síntese, “navio é toda embarcação, de grande porte, destinada à navegação marítima, fluvial e lacustre, dotada ou não de propulsão própria, mas que realize o percurso sobre as águas, transportando para qualquer fim, pessoas ou coisas” (GIBERTONI, 2014, p. 63).

⁶⁴ Navio porta-contêiner é “o tipo de navio mais utilizado no comércio exterior. São embarcações especializadas em transportar contêineres e podem ou não ter guindastes de bordo (*self loading*). Os contêineres são encaixados desde os porões, com seis unidades empilhadas (aproximadamente 18 metros), até uma altura de 20 metros (cerca de sete contêineres) sobre o convés” (TRIPOLI, 2016, p. 174).

Diante do exposto, a solução logística que poderia redundar em autonomia às pretensões nacionais seria o reforço da própria frota mercante, mas esta, em verdade, tende a desaparecer pela ausência de investimentos públicos estratégicos e pela manutenção de uma abertura econômica que, no atual contexto competitivo global assimétrico, torna inviável a iniciativa de constituir empresas de navegação nacionais de caráter privado.

Assim, em quaisquer situações ordinárias, a conjuntura coloca as empresas transportadoras estrangeiras em situação de evidente vantagem sobre aquelas importadoras e exportadoras brasileiras no bojo de contratos internacionais⁶⁵, fato este que abre caminhos para abusos injustificados, sendo a formatação de orientações políticas e de um sistema jurídico atento às circunstâncias da realidade parte da solução do problema, ainda que de maneira focalizada, por evidente.

Não sem razão, a política comercial brasileira tradicionalmente prioriza amparar “os interesses da carga (*shipper interests*), e não dos armadores-transportadores (*carriers interests*)” (MARTINS, 2015, p. 487), em vista especialmente da necessidade nacional de importar produtos de elevado valor agregado. Entretanto, malgrado o exposto, a citada política de comércio exterior do Brasil não se faz acompanhar de uma regulação jurídica geral apropriada para lhe dar efetividade, considerando que o quadro regulatório é difuso e fragmentário, de sorte que a própria “diversidade contratual e documental exerce forte influência na regulamentação material e conflitual dos contratos marítimos de transporte de mercadorias e dificulta a harmonização” (MARTINS, 2015, p. 448).

Atualmente, no contexto brasileiro, o contrato de transporte marítimo é regulado basicamente pelo Código Civil, que possui lacunas relevantes, e pelo Código Comercial de 1850, em cujos dispositivos constam previsões há muito desatualizadas. Afora isso, as normas internacionais que tratam da matéria, a saber, as Regras de Haia-Visby (Convenção de Bruxelas) e as Regras de Hamburgo (Convenção das Nações Unidas relativa ao Transporte Marítimo de Mercadorias), não foram recepcionadas pela generalidade dos países em desenvolvimento por serem contrárias aos interesses nacionais ao mitigarem injustificadamente a responsabilidade dos transportadores (SPARKA, 2010, p. 40)⁶⁶, observando-se que, no Brasil,

⁶⁵ Do ponto referencial estritamente jurídico, a “diferença entre o contrato interno e o internacional é que este traz, em si mesmo, um elemento de estraneidade que pode ligá-lo de forma efetiva ou potencial a dois sistemas jurídicos” (AQUINO, 2007, p. 141).

⁶⁶ A “tradição jurídica brasileira sempre se mostrou refratária aos acordos e convenções internacionais, quase todos influenciados pelos transportadores e com vistas a atender aos interesses dos países mais ricos” (CREMONEZE, 2019, p. 44).

eventual recepção das normas não se aplicaria no que contrariasse a disciplina civilista (art. 732 do Código Civil).

E, considerando o aludido contexto multidisciplinar e a estruturação própria do subsistema de direito privado, pode-se inferir que o Projeto de Reforma do Código Comercial (PL nº 487/2013) se apresenta como uma oportunidade de trazer segurança, consistência e unidade de sentido à guia dos particulares e dos operadores jurídicos no bojo de contratos internacionais de transporte marítimo de cargas executados no Brasil, fomentando o desenvolvimento econômico e social (PASOLD, 2007, p. 22).

No Livro IV, Título III, Capítulo III do PL nº 487/2013, intitulado “*Do transporte aquaviário de cargas*”, consta proposta de disciplina aplicável ao aludido pacto, inserido no Código como um dos contratos de logística.

Trata-se de negócio jurídico típico⁶⁷ e empresarial *ope legis*, na forma do art. 134 §2º da codificação, observando-se que a regulação do contrato de transporte marítimo no projeto está destacada daquela destinada ao transporte de cargas em geral (art. 462 e seguintes do PL nº 487/2013), o que, importa desde já consignar, tem o potencial de redundar em conflitos hermenêuticos indesejáveis, sendo mais oportuna a formatação de uma única disciplina que aponte ressalvas pontuais às circunstâncias particulares de cada modal.

Em todo caso, a estrutura jurídica básica do contrato não se altera substancialmente em relação à situação atual, mantendo-se o negócio no comércio jurídico como típico, comutativo, oneroso, bilateral, consensual e de conteúdo definido por adesão.

O *elemento objetivo* da relação obrigacional, a saber, a prestação, também não se altera. Se entendido como prestação principal, permanece sendo obrigação básica do transportador o transporte incólume da coisa e do contratante (usuário) o pagamento de frete, correspondente à contraprestação devida. Não se exclui do dever das partes, contudo, outras prestações acessórias firmadas e as obrigações anexas, imperativas e decorrentes da boa-fé, todas relevantes ao processo obrigacional.

No contrato de transporte, ser a obrigação principal do transportador o efetivo transporte da coisa assenta sua distinção em relação a outros contratos marítimos, como o de (a)fretamento, cujo escopo obrigacional reside no uso de atributos de determinada embarcação,

⁶⁷ “Chamam-se típicos aqueles contratos cujas regras disciplinares são expostas e desenvolvidas nos Códigos e nas leis” (PEREIRA, 2016a, p. 22).

com ou sem a gestão náutica pelo contratante⁶⁸, independentemente das razões práticas da contratação (FÓES, 2017, p. 66).

Para cumprir com sua obrigação principal, no feito de transporte, o transportador deverá basicamente levar a coisa incólume de um porto a outro (CALABUIG, 1999, p. 304). A mercadoria será transportada solta nos espaços da embarcação ou unitizada em cofres de carga, chamados de “contêineres”, a serem usados pelo usuário cheios (*full container load*) ou compartilhados com os bens de outros contratantes dos serviços (*less container load*). Para efetuar o transporte de coisas no porão da embarcação, mantém-se imprescindível a inserção expressa de cláusula *shipped on board* (MARTINS, 2015, p. 527).

A obrigação de pagar o frete é do usuário em sentido amplo, podendo ser de dois sujeitos aptos a ocupar a posição obrigacional passiva, a saber, o embarcador, que entrega a mercadoria para transporte, ou o consignatário, que recebe a mercadoria no destino.

No cotidiano, a definição de quem deve contratar o transporte geralmente ocorre no contrato autônomo de compra e venda que geralmente justifica a locomoção da coisa⁶⁹ (MARTINS, 2015, p. 501). Na compra e venda internacional⁷⁰, o exportador (*seller*) e o importador (*buyer*) definem o objeto, preços e responsabilidades, dentre as quais a de efetuar ou contratar o transporte da coisa objeto da transação econômica⁷¹, em vista das complexidades inerentes à tradição ficta desta⁷². Utilizam-se as partes de contratos-padrão definidos por instituições internacionais, e, no que se refere às responsabilidades, aplicam-se as normas da Convenção de Viena de 1980, incorporadas ao sistema jurídico brasileiro pelo Decreto nº 8.327/2014.

Assim, aquele que assume a obrigação de transportar na compra e venda internacional se utiliza de navio próprio (*private trade*) ou afretado disponível para tanto (*tramp*

⁶⁸ Afretamento ou fretamento é o “contrato por meio do qual o fretador cede ao afretador, por certo período, direito total ou parcial sobre o emprego da embarcação, mediante taxa de afretamento, podendo transferir ou não a sua posse” (art. 2º, I da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ).

⁶⁹ Segundo Salinas (1995, p. 18, tradução livre) “o contrato de transporte é um dos contratos mercantis fundamentais, já que forma parte da atividade comercial por excelência, em sua combinação com o contrato de compra e venda mercantil e de depósito”.

⁷⁰ A compra e venda internacional é o “contrato cujo escopo consiste em que uma parte (vendedor) se obrigue a entregar os bens e a transferir a propriedade dos bens vendidos e a outra parte (comprador) se obrigue a pagar o preço e aceitar os bens” (FRADERA; VASCONCELLOS, 2015, p. 145).

⁷¹ Nesse sentido, é responsabilidade das partes da compra e venda a formulação de um contrato adequado, em que se estipulem direitos e obrigações no que concerne à contratação do transporte em determinados termos (SPARKA, 2010, p. 187).

⁷² Nesse sentido, assevera-se que, na eventualidade da aprovação e da vigência do PL nº 487/2013, a disciplina constante no art. 1.267 do Código Civil, segundo a qual a “propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição”, manter-se-á incólume.

trade), ou então contrata um transportador marítimo (*carrier*) para efetuar o trânsito da coisa, especialmente se houverem rotas regulares (*liner trade*)⁷³ (FÓES, 2017, p. 55).

No que se refere à relação entre as partes da compra e venda e os transportadores, para definição das responsabilidades pela entrega da mercadoria e pela transferência dos riscos sobre a coisa, também são comumente utilizadas normas internacionais padronizadas, em especial os *Internacional Commercial Terms* (Inconterms) da *Internacional Chamber of Commerce* (ICC), vinculantes às partes por meio da autonomia privada⁷⁴.

De costume, pela própria normativa das regras Inconterms mais utilizadas, é do embarcador (*shipper*), normalmente o próprio exportador ou seu representante, a obrigação de pagar o frete no porto de origem (*freight prepaid*), exatamente porque geralmente lhe incumbe providenciar o transporte, fato que o art. 781 II do PL nº 487/2013 incorpora como regra. Entretanto, não se veda o pagamento pelo consignatário (*consignee*) no destino (*freight collect*), após o trânsito marítimo (*transit time*), o que pode ocorrer na chegada ao porto (*freight payable at destination collect*) ou na descarga da mercadoria (*freight to be paid before breaking bulk*). Nessa hipótese, veda-se ao usuário apenas abandonar a mercadoria ao frete (art. 790, § único do PL nº 487/2013).

A proposta legislativa define ainda que é devido por inteiro o frete quando a carga apresentar avaria ou diminuição por mau acondicionamento (se o transportador provar que o dano não procedeu de falta de arrumação e estiva de sua responsabilidade), quando a carga a granel apresentar diminuição por quebra natural dentro dos limites toleráveis, quando a carga for avariada ou perdida por vício próprio, força maior ou fato do embarcador, e quando a coisa tiver sido requisitada ou confiscada (art. 790, I a IV do PL nº 487/2013).

O *quantum* devido a título de frete é definido previamente pelo transportador após recebimento das informações repassadas pelo usuário, considerando especialmente dois fatores, quais sejam, o peso da mercadoria (frete *ad rem*) e o seu valor declarado (frete *ad valorem*). Os fretes *ad rem* costumam ser consideravelmente mais baratos que aqueles *ad valorem*, fazendo-se acompanhar de cláusulas limitativas de responsabilidade mais amplas em favor do transportador (CREMONEZE, 2019, p. 41).

⁷³ “Os *liners* ou conferenciados são os navios que têm uma linha regular, ou seja, são navios de carreira que seguem uma programação (*schedule*) fixa e têm uma rota a cumprir. Já os *tramps* são navios que não detêm uma rota regular, mas são fretados para carregar e descarregar em portos específicos” (TRIPOLI, 2016, p. 175).

⁷⁴ “As regras Inconterms (*Internacional Commercial Terms*) são condições de vendas que foram incorporadas aos contratos de compra e venda internacional de bens em todo o mundo e estabelecem um conjunto de regras e práticas para importadores, exportadores, transportadores seguradoras e demais entidades envolvidas em transações com o comércio internacional” (TRIPOLI, 2016, p. 191).

Enquanto *elemento formal* da relação obrigacional, a instrumentalização do contrato de transporte marítimo se mantém livre para efeitos vinculativos, observando-se que questões sobre o consentimento das partes à avença ficam a cargo das disciplinas jurídicas nacionais (SPARKA, 2010, p. 173-174). Quer dizer, trata-se de contrato que se aperfeiçoa *solo consensu*, independentemente de qualquer solenidade *ad substantiam* (PEREIRA, 2016a, p. 309). Não deixa de ser oportuna, contudo, a confecção de instrumento escrito que esmiúce as obrigações das partes e o programa contratual.

Nesse passo, sobressaem de importância as prévias tratativas contratuais, aptas a direcionar a compreensão do escopo contratual objetivamente firmado, de modo que, na “fase de negociação, todas as comunicações realizadas entre as partes podem ser utilizadas nos procedimentos de interpretação dos efeitos jurídicos do contrato, bem como incorporadas ao texto final” (SILVEIRA, 2018, p. 13), desde que com a devida prudência, por evidente⁷⁵.

O fato de existirem simples tratativas prévias, cumpre dizer, não desnatura o caráter adesivo do contrato de transporte marítimo de cargas, uma vez que as condições essenciais do pacto são oferecidas pelo transportador ao usuário mediante proposta peremptória tão logo é recebido o pedido de orçamento por meio da apresentação das informações pertinentes, tudo sem qualquer possibilidade de alteração substancial. Ou seja, o programa contratual é definido unilateralmente, bem assim os termos dos seus instrumentos essenciais⁷⁶.

Com efeito, aplicar-se ao contrato de transporte marítimo a regra segundo a qual quando “houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente” (art. 423 do Código Civil), ainda na eventualidade de ser aprovado o PL nº 487/2013. Logo, toda obrigação atribuída à parte aderente deverá ser prévia e esclarecida, garantindo seu consentimento informado, não se podendo suprir a falta posteriormente. Nesse ponto, dada a natureza assimétrica da relação estabelecida entre transportador e usuário, qualquer tentativa unilateral de ampliar obrigações do aderente em momento posterior ao pacto deve ser reputada forma de coação, em prestígio à obrigatoriedade da prestação pactuada (*pacta sunt servanda*), de modo a ser reforçado o dever de informar atribuído ao potencial contratado.

⁷⁵ “Sendo os modelos jurídicos negociais resultantes de um processo, que tem como fulcro um acordo de vontades, é da maior importância, quando de sua interpretação e aplicação, atentar-se para os entendimentos preliminares, ao que os juristas itálicos denominam *trattative*, o que já deu livre curso à palavra tratativa, a qual abrange toda e qualquer forma de prévia negociação reveladora do efetivo propósito dos contratantes. Constituem elas elementos hermenêuticos da maior relevância” (REALE, 1994, p. 75).

⁷⁶ “As cláusulas contratuais do transporte internacional, quase sempre, são universalmente aceitas e, muitas vezes, conectadas com organizações privadas internacionais, por intermédio de fórmulas padronizadas” (SILVEIRA, 2018, p. 14).

O art. 778 do PL nº 487/2013 aduz que, salvo “disposição em contrário pactuada pelas partes, o contrato de transporte aquaviário de cargas submete-se, observados os limites permitidos por lei, ao regulamento de transporte divulgado pelo transportador”. Trata-se de norma que visa reservar a possibilidade de existir contrato de transporte que não represente a adesão pura e simples do usuário ao estipulado pelo transportador, o que, a teor da norma, não se presume. Em verdade, um contrato efetivamente paritário dificilmente se verificará na prática, sendo oportuna a regra por fazer presumir o caráter adesivo da avença.

Inobstante ser o pacto consensual para produzir seus primeiros efeitos, conforme anteriormente descrito, somente se provará por meio escrito, qualquer que seja, inclusive digital, de sorte a ser a forma escrita inafastável solenidade *ad probationem* à espécie. Assim dispõe o art. 777 do PL nº 487/2013:

Art. 777 do PL nº 487/2013. Pelo contrato de transporte aquaviário de cargas, que se prova por escrito, o transportador recebe mercadorias de quantos embarcadores se apresentem e se obriga, mediante frete, a transportá-las em embarcação apropriada. Parágrafo único. Servem como meio de prova escrita o correio eletrônico e outros meios equivalentes criados pela tecnologia moderna, além do conhecimento de transporte relativo à operação.

A prova escrita do contrato, por excelência, é o conhecimento de embarque (*bill of lading* ou BL) da mercadoria transportada emitido pelo transportador marítimo à contraparte⁷⁷, geralmente em três vias originais, uma deste para si, outra para o embarcador e uma terceira ao consignatário, que só poderá retirar a carga no porto de destino mediante apresentação do documento.

O conhecimento de embarque não constitui o vínculo obrigacional (GIRVIN, 2007, p. 76), nem representa requisito essencial à existência e à validade da avença em si (PEREIRA, 2016a, p. 56), sendo essencialmente indicativo do pacto em face do contratante direto e evidência conclusiva perante o consignatário (SPARKA, 2010, p. 43). Por isso, uma vez embarcada a carga, sua emissão se faz obrigatória, assim como sua apresentação em qualquer discussão de eventos afetos à mercadoria. É que o documento prova o recebimento da coisa pelo transportador (ANJOS; GOMES, 1992, p. 217). Por tal razão, diz o projeto de lei ora estudado que o conhecimento de transporte “instrumentaliza o contrato de transporte de carga”

⁷⁷ Pelo exposto, segundo Urdy (2017, p. 75, tradução livre), “enquanto os contratos de afretamento são contratos paritários que se regem pelo princípio da liberdade contratual, no transporte de mercadorias mediante conhecimento de embarque os termos e condições do contrato que aparecem impressos no verso do conhecimento de embarque são redigidos unilateralmente pelo transportador”.

(art. 596 e art. 820, ambos do PL nº 487/2013), ainda que, como é de se intuir, isso não ocorra de maneira peremptória.

O *elemento subjetivo* da relação obrigacional de transporte, enquanto *quaestio facti* a informar o sistema do direito, não se altera na proposição do PL nº 487/2013. Os sujeitos básicos da avença são ainda o embarcador, o transportador e o consignatário. Mas a realidade e a codificação proposta acrescentam algumas complexidades à questão, qualificando a definição dos sujeitos, conforme será adiante explorado.

O embarcador é basicamente aquele que consta no conhecimento de embarque com esta qualidade (art. 2º, XIII, da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ), chamando-se apenas vulgarmente assim a pessoa que efetivamente entrega a carga ao transportador na condição de representante de quem responde pelo embarque⁷⁸.

Por sua vez, o consignatário é aquele que, por meio da apresentação do conhecimento de embarque, retira a carga no porto de destino, a conta própria ou por representante (art. 2º, XI, da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ). Em verdade, a figura do *consignee* é peculiar, pois em geral não firma o contrato e se integra ao pacto posteriormente quando retira a mercadoria no destino, assentindo tacitamente aos termos contratuais. Tal fato gera discussões “quanto a considerar apenas o transportador marítimo e o embarcador ou incluir o destinatário como contratante” (MARTINS, 2015, p. 493).

Como resposta, diz-se, predominantemente, que o consignatário é inicialmente apenas pessoa em favor de quem se estipula obrigação, pendendo os efeitos de tais benefícios à condição de sua aceitação e integração ao pacto, inclusive em relação à assunção de alguns ônus. A bilateralidade do contrato, em relação ao consignatário, portanto, é imperfeita. E, conforme a teoria do contrato implícito, não se exige que o consignatário conheça os termos do pacto ao qual se vincula, sempre em vista de certos limites (SPARKA, 2010, p. 171).

Embarcador e consignatário podem se fazer representar pelos chamados de agentes intermediários transitários, nos quais se inclui “todo aquele que coordena e organiza o transporte de cargas de terceiros, atuando por conta e ordem do usuário no sentido de executar ou providenciar a execução de operações anteriores ou posteriores ao transporte marítimo propriamente dito” (art. 2º, II, “a” da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ), sem se responsabilizar pela emissão de conhecimentos, contudo.

⁷⁸ Por isso, referenciando o art. 3º das Regras de Hamburgo, Martins (2015, p. 510) explica que “considera-se embarcador toda pessoa que, por si ou por meio de outra que atue em seu nome ou por sua conta, celebra um contrato de transporte marítimo de mercadorias com um transportador, ou toda pessoa que, por si ou por meio de outra que atue em seu nome ou por sua conta, entrega efetivamente as mercadorias ao transportador marítimo”.

Já o transportador, na redação do art. 730 do PL nº 487/2013, “para os fins do Direito Marítimo é a pessoa, natural ou jurídica, que, com intuito de lucro, efetua o transporte por si ou por preposto seu, em embarcação própria ou alheia”, conceito este que introduz a complexidade deste sujeito da relação obrigacional.

Tal figura geralmente se constitui nas chamadas “empresas de navegação”, que se oferecem ao público para realizar o transporte de cargas ou passageiros (GIBERTONI, 2014, p. 166). As empresas de navegação realizam trabalhos comerciais, como angariar e cobrar fretes, além de, eventualmente, trabalhos operacionais, como manter a equipagem, fazer ou contratar reparos, manutenções, atracações e seguros, ou seja, tarefas relacionadas à gestão náutica da embarcação, colocando o navio em condições de navegabilidade.

O dispêndio de gerir e prestar embarcações para fins comerciais e lucrativos, sob sua responsabilidade, contudo, não é necessariamente da figura do transportador, mas representa função de sujeito autônomo, o armador (*owner*), consoante art. 2º, III da Lei nº 9.537/1997 e art. 16, *caput* e § único da Lei nº 7.652/1988.

Assim, o armador é quem efetivamente opera o navio na expedição náutica e transporta as coisas nele guarnecidas, em nome próprio ou não, sendo, por isso, chamado de transportador efetivo ou preposto deste, de sorte a não se confundir necessariamente com o transportador constante no contrato de transporte marítimo e/ou conhecimento de embarque⁷⁹.

O armador tem registro próprio no Tribunal Marítimo (art. 15 da Lei nº 7.652/1988), emitindo-se em seu favor Certificado de Registro de Armador⁸⁰, bem assim tem sua armação constante no registro de propriedade da própria embarcação em que opera (art. 19 da Lei nº 7.652/1988), o que se dá por requerimento dirigido à Capitania dos Portos a ser eventualmente remetido ao Tribunal Marítimo. Se se tratar de pessoa individual, deverá ser pessoa brasileira; se se tratar de uma sociedade, haverá de ser brasileira ou contar com sede e administração no país (GIBERTONI, 2014, p. 163). É de se observar ainda a obrigatoriedade da operação de embarcações mercantes sujeitas a registro apenas por armadores registrados, salvo em caso excepcional de dispensa (art. 20 da Lei nº 7.652/1988).

A propriedade da embarcação também representa singularidade, pois se distinguem as posições jurídicas do proprietário daquela do transportador e/ou do armador. Não sem razão

⁷⁹ É transportador marítimo efetivo “todo aquele que realiza o transporte de cabotagem ou de longo curso, em embarcação própria ou alheia, emitindo BL” (art. 2º, XXV da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ).

⁸⁰ O art. 713, § único PL nº 487/2013 propõe expressamente que a “responsabilidade do armador não fica afastada mesmo em caso de inexistência ou de irregularidade do registro de armador”.

o art. 710 do PL nº 487/2013 estabelece que é “proprietário da embarcação a pessoa natural ou jurídica em cujo nome estiver registrada ou inscrita”, pura e simplesmente.

Por todo o exposto, o art. 713 do PL nº 487/2013 apresenta redação que visa, implicitamente, abarcar as distinções mencionadas entre as pessoas responsáveis pelo transporte em termos contratuais, pela armação e pela propriedade da embarcação:

Art. 713 do PL nº 487/2013. Armador é a pessoa natural ou jurídica que, em seu nome e sob sua responsabilidade, sendo ou não proprietário, apresta a embarcação com a finalidade de colocá-la em condições de empreender expedições de transporte, de pesca, científicas ou qualquer outra operação, pondo-a ou não a navegar por sua conta.

É possível ao armador a contratação de terceiros especializados para atuação como operadores ou administradores da embarcação, a fim de realizar tarefas próprias da armação. Tratam-se das figuras dos operadores técnico e comercial, sendo o primeiro responsável por suprir o armador naquilo que seja necessário em termos operacionais e o segundo por dotá-lo de estruturas necessárias à atividade⁸¹. Segundo o art. 715 da proposta de codificação ora estudada:

Art. 715 do PL nº 487/2013. Considera-se operador ou administrador de embarcações aquele que, sem ter a qualidade de armador, executa, no interesse deste, atividades de exploração de embarcações.

Parágrafo único. O operador ou administrador é solidariamente responsável com o armador pelas obrigações decorrentes da exploração comercial da embarcação.

O armador e/ou transportador se faz representar no Brasil por meio de filiais ou da contratação de empresas mandatárias que exercem funções comerciais, operacionais ou ambas, chamadas de “agências marítimas”. Considera-se agente marítimo “todo aquele que, representando o transportador marítimo efetivo, contrata, em nome deste, serviços e facilidades portuárias ou age em nome daquele perante as autoridades competentes ou perante os usuários” (art. 2º, II, “b” da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ), o que se dá através de contrato de mandato e em troca de comissão⁸².

Diz-se, por isso, que o “agente marítimo na condição de responsável pela intermediação de contratos de transporte, não tem poder de gestão sobre a embarcação e não

⁸¹ O operador comercial “surge quando o armador não possui estrutura para comercializar a utilização do navio, ou não tem interesse para fazê-lo, e delega esse serviço a firma especializada no ramo, que passa a operar comercialmente o navio, angariando cargas, celebrando contratos e fazendo todos os cálculos/cobranças pertinentes, em troca de comissão ou taxa fixa” (GIBERTONI, 2014, p. 168).

⁸² Agente Marítimo é, em síntese, “o representante comercial do armador em um determinado porto ou área geográfica, tendo com este um contrato de mandato, regido pelo Código Civil” (GIBERTONI, 2014, p. 174).

possui responsabilidade pelos negócios do armador” (GIBERTONI, 2014, p. 177), o que foi recepcionado pelo art. 24, § único da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ.

Nesse sentido, a proposta de codificação comercial afirma que aquele “que nomeou o agente é responsável por todos os atos por este cometidos” (art. 723 do PL nº 487/2013), de sorte que o agente marítimo “não responde pelas obrigações de quem o designou, salvo quanto à responsabilidade que lhe corresponde por suas faltas pessoais (art. 728, I do PL nº 487/2013).

É de se acrescentar que, a teor explícito da proposta, autoriza-se ao agente marítimo a contratação de subagente, “encarregado de atender a embarcação em determinado porto” (art. 721 do PL nº 487/2013), ocasião em que a responsabilidade entre os agentes será solidária perante terceiros ao pacto de subagenciamento (art. 721, § único do PL nº 487/2013).

Ocorre que, conforme propõe o art. 716 do PL nº 487/2013, o agente “marítimo é o mandatário, pessoa natural ou jurídica, que presta serviços auxiliares à navegação, nomeado nos portos de escala ou operação de uma embarcação, para a prática de atos ou administração de interesses de outrem, na forma e nos limites convencionados no mandato”. Ou seja, a codificação parece atribuir ao agente apenas tarefas eventuais e/ou logísticas focalizadas.

Na realidade corrente, contudo, as agências marítimas representam amplamente seus clientes no país, estado ou porto organizado respectivo, inclusive na angariação de fretes, participação em feitos judiciais e assinatura de conhecimentos (ROJAS, 2014, p. 122), não se limitando a uma escala ou operação específica. Assim, as agências não raro servem de verdadeiro escudo à responsabilização de mandantes estrangeiros perante usuários nacionais, problemática esta que deveria ser considerada⁸³. Em todo caso, sem prejuízo à eventual aplicação da teoria da aparência para ampliação de responsabilidades em desfavor das agências marítimas (MOTA, 2007, p. 218-279), o usuário do transporte marítimo e o terceiro têm o direito de se inteirar das qualidades e limites do mandatário (PEREIRA, 2017a, p. 519), representante convencional que em tese age no inteiro interesse do mandante (PEREIRA, 2017a, p. 523).

Noutra senda, tem-se que os transportadores marítimos que dispõem do espaço inteiro das suas embarcações, em geral, somente aceitam comercializar grandes volumes de carga ao transporte, tudo por motivos econômicos e operacionais, o que representa medida apta a restringir o acesso aos fretes. Ora, tal situação tornaria inviável o transporte de coisas que

⁸³ Ao tratar do Direito Regulatório, verificando as inconsistências da prática comercial, Castro Jr. (2009, p. 329) constata exatamente que “o usuário, ao desconhecer informações sobre os que lhe oferecem serviços de transporte aquaviário, atua num ambiente de assimetria de informação e maior risco em caso de danos decorrentes dos serviços prestados”.

precisassem de espaços menores no navio ou que ocupassem apenas parcialmente um simples cofre de carga, ou seja, cargas fracionadas em geral (*ship's convenience*).

Assim, para atender as necessidades de quem possui demandas menores ao transporte, surgiram empresas que negociam para si espaços na embarcação com o transportador efetivo, por contrato de afretamento (geralmente *Voyage Charter Party*) ou de transporte ou de locação, e, em seguida, oferecem o transporte de mercadorias a diversos embarcadores, acomodando-as para operação em conjunto (CREMONEZE, 2019, p. 103).

Refere-se à pessoa do NVOCC (*Non Vessel Operator Common Carrier*) ou transportador marítimo não operador de navio⁸⁴, que, segundo o art. 2º, II, “c” da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ, é “a pessoa jurídica (...) que não sendo o armador ou proprietário de embarcação responsabiliza-se perante o usuário pela prestação do serviço de transporte, emitindo BL (...) e subcontratando um transportador efetivo”.

Ou seja, o NVOCC é um transportador que se utiliza da embarcação de um terceiro para executar suas obrigações perante seus usuários, consolidando e desconsolidando as mercadorias de diversos embarcadores (URDAY, 2017, p. 84). É, por isso, chamado de “armador virtual” (PEREIRA; SILVA, 2022, p. 164) e, no Brasil, deve ter cadastro homologado pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (art. 18 da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ). Por sua existência no mercado, os fretes são barateados àqueles “comerciantes que possuem pequenos lotes a serem transportados e que não encontram facilidades para os seus embarques” (GIBERTONI, 2014, p. 168).

No bojo do PL nº 487/2013, o NVOCC é tratado como “transportador contratual”, termo atécnico e inapropriado por induzir que os demais transportadores não o são por força de contrato, enquanto aquele que conduz efetivamente o navio é chamado de “transportador operacional”, nos seguintes termos:

Art. 732 do PL nº 487/2013. Transportador Contratual é a pessoa jurídica que, não sendo o armador, proprietário ou afretador de embarcação, emite Conhecimento de Transporte Marítimo em nome próprio, identificando-se como o transportador e subcontrata um transportador operacional para realização do transporte das mercadorias que lhe forem entregues pelo embarcador.

Em caso de execução de transporte por meio de unidades de carga, incumbe ao transportador contratual efetuar a unitização das mercadorias. Isto ocorre, geralmente, através de seus representantes (MARCHIOLI, 2019, p. 120), os “agentes de cargas”, atuantes via

⁸⁴ O NVOCC surge, assim, de “uma forma de manter o controle sobre uma parte do navio sem ter que, efetivamente, comprá-lo ou afretá-lo e nem administrá-lo ou operá-lo” (GIBERTONI, 2014, p. 168).

mandato, à símile do agente marítimo em relação às empresas de navegação. No porto de origem, chamam-se os agentes de cargas de “consolidadores”, enquanto no destino se nomeiam os agentes como “desconsolidadores”.

Pelo exposto, constata-se que, para fins de definição, é “irrelevante (...) se o transportador é o proprietário, afretador ou armador e se executa pessoalmente o contrato ou repassa a execução do transporte a outro transportador”, posto que assumir “a obrigação não significa, necessariamente, executar o transporte” (MARTINS, 2015, p. 505). Por isso, quem queira contratar transporte marítimo deve buscar algum transportador efetivo, diretamente ou via agente marítimo, ou um transportador contratual, de modo direto ou por agente de cargas, com ou sem a intermediação de um corretor de cargas, chamado de *cargo brokers*⁸⁵, a quem se deverá comissão, sendo o caso.

Por fim, deve-se ter em vista a hipótese de inadimplemento de prestação, notadamente da prestação principal das partes. Ao inadimplemento há de seguir a garantia do cumprimento coercitivo (*elemento garantia*), consistente na possibilidade de responsabilização civil do faltante. Nesse sentido, far-se-á uma breve exposição da temática.

De início, importa considerar que, no cotidiano comercial, a superposição de contratos costuma embarçar a identificação do efetivo responsável pelos eventuais danos, sendo ideal a formatação de um regime jurídico de responsabilidade civil que atenda aos interesses da vítima e lhe facilite a reparação, sem prejuízo de pleitos regressivos, tudo em virtude da vedação ao enriquecimento sem causa (DA GUIA SILVA, 2019, p. 145) e em observância aos prazos prescricionais previstos no projeto de lei⁸⁶.

Nesse diapasão, a responsabilidade do transportador é objetiva, em vista de sua obrigação ser de resultado e agravada. Pode se dar pelo incumprimento absoluto, como quando há perda ou avaria da carga, ou relativo, a exemplo do atraso na entrega (mora). Inicia-se com o recebimento da mercadoria e termina com a entrega ao consignatário ou com a consignação em juízo, salvo estipulação negocial diversa⁸⁷.

⁸⁵ *Cargo brokers* são empresas “ou pessoas físicas que, em função de sua boa relação ou seu bom conhecimento no mercado de navegação, fazem a ligação entre embarcadores e transportadores, sendo comissionados pelas partes para esse trabalho” (TRIPOLI, 2016, p. 176).

⁸⁶ Art. 150 do PL nº 487/2013. “Prescreve: I – em seis meses, a pretensão: a) de responsabilizar qualquer das partes de contrato de transporte de carga, em decorrência deste, contados da data da entrega da carga no destino, ou, não tendo havido entrega, do nonagésimo dia seguinte à data prevista; II – em um ano, a pretensão: e) de responsabilizar o transportador, por faltas, avarias ou atraso na entrega de cargas, a contar do dia em que concluiu o transporte ou, não tendo havido a entrega, do nonagésimo dia seguinte à data prevista, ressalvado o disposto em lei especial”.

⁸⁷ Na prática internacional, “a responsabilidade do transportador inicia-se no momento em que a mercadoria é carregada a bordo do navio e termina no momento em que é descarregada” (MARTINS, 2015, p. 461).

O transportador responde pelos atos de seus diretores, administradores e empregados como fato próprio, bem como pelos atos de seus prepostos, agentes e terceiros contratados ou subcontratados (PEREIRA, 2016b, p. 163), inclusive executores (*performing party*)⁸⁸, sem prejuízo de eventual direito regressivo (art. 934 do Código Civil), conforme as regras gerais de transporte de coisas insertas no art. 464, *caput* e § único do PL nº 487/2013. Nesse caso, salvo em relação à obrigação principal do pacto de transporte de cargas, a responsabilização objetiva do garantidor pelo fato de outrem dependerá da demonstração da culpa de quem cometeu o ato garantido (responsabilidade objetiva impura).

Segundo o art. 731 do PL nº 487/2013, o “transportador, o transportador marítimo e transportador contratual têm a mesma responsabilidade perante o contratante do transporte”. Malgrado seja a redação confusa, o que se verifica é que todos são responsáveis por igual pela incolumidade da carga perante o consignatário. Em seguida, afirma-se que o transportador contratual (NVOCC) e o transportador operacional contratado respondem solidariamente (art. 732, § único do PL nº 487/2013).

Assim, são ineficazes em desfavor do usuário as eventuais exonerações ou limitações de responsabilidade estipuladas nas relações internas entre os aludidos *players*, de sorte que eventual ressarcimento de valores injustamente dispendidos por quaisquer deles deve se dar em demanda restitutória. Afora isso, se “o transportador não for identificável com base nas menções constantes no conhecimento de carga, o proprietário e o armador da embarcação respondem solidariamente perante os interessados pela carga nos mesmos termos em que responderia o transportador” (art. 813, § único do PL nº 487/2013).

A proposta de codificação dispõe ainda que a “responsabilidade do transportador por falta ou avaria de carga limita-se ao valor declarado no conhecimento” (art. 795 do PL nº 487/2013), o que reproduz o constante no atual art. 750 do Código Civil, com o acréscimo de um limite legalmente imposto a ser aplicado em caso de omissão do instrumento (art. 795, § único do PL nº 487/2013⁸⁹). Em complemento, estabelece-se que a responsabilidade por prejuízos resultantes do atraso na entrega ou de qualquer perda ou dano indireto, distinto da perda ou dano das mercadorias, limita-se a um valor não excedente ao equivalente a duas vezes

⁸⁸ Nesse diapasão, importa consignar que a contratação de subagente é muito comum por ser interessante ao transportador, notadamente quando este não pode executar sua obrigação principal por não ter capilaridade logística suficiente (MARCHIOLI, 2019, p. 122).

⁸⁹ Nesse sentido, vale mencionar o constante no dispositivo: “Na falta de declaração, não excederá o limite de 666,67 DES (seiscentos e sessenta e seis Direitos Especiais de Saque e sessenta e sete centésimos) por volume ou unidade, ou de 2,5 DES (dois e meio Direitos Especiais de Saque) por quilograma de peso bruto das mercadorias danificadas, avariadas ou extraviadas, prevalecendo a quantia que for maior”.

e meia o frete (art. 796 do PL nº 487/2013), montante devido também limitado pelos valores do art. 795, § único da codificação.

Retira-se a eficácia, por ordem pública, de qualquer disposição que estabeleça “limites de responsabilidade inferiores aos estabelecidos no Código” (art. 707, II do PL nº 487/2013), bem como aos pactos em que os contratantes se comprometem a arcar reciprocamente com as próprias perdas e danos em sendo a avença firmada por adesão (art. 29, § único do PL nº 487/2013). Ademais, não se reputa eficaz disposição que limite responsabilidades nas hipóteses de dolo do transportador (art. 368 do PL nº 487/2013), a exemplo do que dispõem as Regras de Hamburgo (GIBERTONI, 2014, p. 514).

Por outro lado, veda-se validade e eficácia às cláusulas exonerativas de responsabilidade do transportador, na forma do art. 707, I do PL nº 487/2013 e da Súmula nº 161 do STF. O entendimento deve se estender às limitações de responsabilidade arbitrárias que se equiparam a não indenizar, como as cláusulas de foro que impliquem evasão das regras de responsabilidade obrigatória, tal como ocorre em países como Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha (SPARKA, 2010, p. 165). Ora, em condições normais, quando adjetas a contrato de adesão, tais cláusulas exonerativas já são reputadas inadmissíveis se violarem o consentimento informado do aderente (PEREIRA, 2017b, p. 343-344). Trata-se de entendimento compartilhado globalmente e agravado se a cláusula visa, ofendendo a ordem pública, exonerar o transportador do próprio dolo ou culpa⁹⁰ (MARTINS, 2015, p. 461), sendo a experiência estadunidense exemplificativa no sentido de declarar a nulidade destas disposições (TODD, 2003, p. 503-504).

A exoneração de responsabilidades somente ocorre nas hipóteses taxativas constantes no próprio projeto de lei, a teor de seu art. 794 do PL nº 487/2013. Nesse sentido, salvo a diminuição de peso de cargas transportadas a granel por quebra natural dentro dos limites razoáveis (inciso III), todas as situações previstas no projeto se relacionam à quebra do nexo de causalidade, ou seja, são hipóteses ordinárias de excludentes de responsabilidade objetiva, ou ao menos atenuantes, na hipótese de fato concorrente da vítima.

Os atos e omissões do embarcador (inciso I), o vício da própria mercadoria (inciso II) e os vícios de embalagem (inciso IV) são típicos fatos da vítima, salvo se, no caso do inciso IV, o dever de embalar foi atribuído ao transportador em apreço. Por outro lado, o caso fortuito

⁹⁰ Na prática internacional, existem situações de exoneração ou limitação de responsabilidade do transportador mesmo com culpa, a exemplo de vícios do navio não descobertos por diligência razoável e culpa náutica (MARTINS, 2015, p. 466). Nas Regras de Haia-Visby, isenta-se a culpa do transportador em casos de incêndio, defeitos do navio não descobertos em inspeção, atos de guerra, entre outros (WILLIAMS, 2004, p. 8).

e a força maior (inciso V) são excludentes de responsabilidade por excelência (PEREIRA, 2016b, p. 393-395), a se incluir o fato de terceiro ocorrido sem conluio do transportador, com ressalva do fortuito interno⁹¹.

Noutro giro, a responsabilidade principal do usuário será o frete, como dito alhures. O não pagamento desta obrigação enseja atualmente o ajuizamento de ação de cobrança, mas a proposta legislativa indica a possibilidade de execução de título extrajudicial direta pelo transportador em face do portador apresentante do conhecimento ou, na ausência deste, do embarcador (art. 933 do PL nº 487/2013). Deve-se entender que o referido dispositivo não poderá ser aplicado para responsabilizar o apresentante do conhecimento se, sendo esta pessoa diversa do embarcador, o contrato de transporte previu o pagamento na origem e, ainda assim, o transportador embarcou a carga.

Nesse diapasão, indica-se que não se deverá frete por mercadorias perdidas em naufrágio, varação, pirataria ou presa de inimigos, tendo quem adiantou valores o direito de vê-los repetidos, salvo convenção válida em contrário (art. 791 do PL nº 487/2013).

O embarcador, em específico, também possui outras obrigações, notadamente a de prestar informações exatas e suficientes sobre a carga quando contratar o transporte (art. 814 do PL nº 487/2013), bem assim de responder subjetivamente “perante o transportador e os outros embarcadores ou portadores de conhecimento se, por atos a si imputáveis, der causa à interrupção ou retardamento da viagem e por quaisquer danos, resultantes do seu ato, durante a viagem e ao tempo da carga ou descarga” (art. 783 do PL nº 487/2013). A responsabilização do embarcador perante outros usuários não exclui, em desfavor destes, aquela do transportador, sem prejuízo de eventual pleito em regresso deste perante aquele.

Por fim, tem-se que o disposto acima segue a disciplina internacional, na qual o embarcador não se responsabiliza pelos prejuízos experimentados pelo transportador na expedição marítima, salvo se decorrentes de falta própria (MARTINS, 2015, p. 475).

Assim, apresentados os termos básicos da regulação jurídica do contrato de transporte marítimo, em vista de sua função social e das externalidades intervenientes na questão, passa-se à exposição da operacionalização prática deste contrato.

⁹¹ Trata-se de categoria jurídica normalmente avaliada a partir de critérios próprios da responsabilidade subjetiva, como culpa, dever de cuidado e vigilância, a fim de não premiar o responsável pela própria falta ao não se prevenir de fatos previsíveis diante dos riscos de sua própria atividade

3.3) A OPERACIONALIZAÇÃO DO TRANSPORTE MARÍTIMO DE CARGAS

Não raramente, entre os estudiosos do Direito Marítimo, diz-se sobre as dificuldades de compreensão das particularidades próprias desta seara jurídica pelos demais juristas, em especial no âmbito dos tribunais. Muitas vezes a crítica parece pressupor que, além de autônomo cientificamente, o Direito Marítimo representa um sistema próprio, distinto das recursividades jurídicas gerais, a demandar sempre por leituras próprias e fragmentárias justificadas por particularidades econômicas. Por isso, em parte, a causa da incompreensão da matéria pelos demais juristas está na própria incapacidade dos maritimistas de retirar sistematicamente as penumbras que se verificam sobre o objeto de seus estudos, o que reforça certo isolacionismo intelectual, inclusive por dificuldades de explanar como se dão as relações econômicas na prática, objetiva e ilustrativamente.

Assim, a proposta do presente subcapítulo será explanar sobre como ocorre o transporte marítimo de cargas no cotidiano comercial, para além da simples abordagem dos elementos jurídicos estruturais do contrato de transporte. Tratar-se-á de ilustração exemplificativa que, em verdade, poderá se dar de modo parcialmente distinto em algumas situações correntes, o que não prejudicará o modesto caráter didático e compreensivo do intento, contudo. Além disso, buscar-se-á, por meio da abordagem anteriormente descrita, apresentar a influência exercida pela regulação jurídica a partir da interação entre as normas vigentes e as propostas do PL nº 487/2013, na perspectiva da aprovação deste.

Como anteriormente dito, normalmente é o embarcador, vendedor na compra e venda internacional, o responsável por contratar o transporte marítimo. Este contata o transportador, diretamente ou por intermediação, apresentando informações precisas sobre a carga a ser movida, datas, porto de origem e de destino (art. 781, IV do PL nº 487/2013⁹²). A partir do apresentado, o transportador oferece proposta de frete, bem assim as condições do transporte, a serem assentidas por adesão pela contraparte.

Então, no porto de origem, o transportador confirma ao embarcador a reserva de espaço no navio, ou seja, a “praça” ao embarque da mercadoria, indicando as respectivas condições. A reserva de praça, portanto, “é o ato de reservar um espaço, em determinado navio

⁹² Art. 781 do PL nº 487/2013: “O embarcador é obrigado a: IV – fornecer ao transportador as informações exatas sobre a natureza, quantidade, qualidade, peso, dimensões e estado da mercadoria e eventuais peculiaridades acerca do manuseio, conservação e guarda”. No mesmo sentido, o vigente art. 9º, V, “a” da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ: “São deveres do usuário, sem prejuízo de outros estabelecidos em legislação específica e no contrato, e ainda, no que couber, ao tipo de navegação realizada: V - prestar informações corretas, claras, precisas, tempestivas e completas: a) para as operações da navegação de cabotagem e longo curso, sobre a carga a ser transportada, em especial as necessárias para o cumprimento de normas e regulamentos dos órgãos governamentais e tratados, convenções, acordos e outros instrumentos internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil”.

(*in a ship*), para transporte de uma carga de um porto a outro” (MARTINS, 2015, p. 502), o que se representa por documento chamado de “nota de reserva” ou *booking note* (GIBERTONI, 2014, p. 284). A partir da reserva de praça (*booking confirmation*) é em regra vedado ao transportador contratado recusar a carga, notadamente ao argumento de indisponibilidade operacional ou inviabilidade técnica e econômica (art. 10, § único da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ).

Com espaço garantido no navio, incumbe ao embarcador entregar, em prazo certo, a mercadoria devidamente embalada ou unitizada ao transportador, tarefa a ser cumprida a conta própria ou por representante, normalmente um operador portuário pré-qualificado para atuar no porto organizado de origem. A entrega se dará no costado do navio, em terminal portuário ou no terminal do próprio transportador. No caso de carga posta em contêiner, de praxe, o cofre pertencerá ao transportador que o disponibilizará ao embarcador previamente para ova da mercadoria e ulterior entrega para embarque.

Consoante o art. 781, III do PL nº 487/2013, o embarcador é obrigado a “entregar a carga devidamente acondicionada e embalada, em condições de poder suportar o transporte em suas múltiplas operações, assim como usar de marcas que permitam a sua pronta identificação durante o tempo de transporte”.

Após reserva de praça, não sendo a carga entregue a embarque no momento aprezado, faculta-se atualmente ao transportador a cobrança de frete morto⁹³, desde que amparado em cláusula contratual expressa (art. 11 da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ). No bojo do PL nº 487/2013, a faculdade se torna em regra, de sorte que deixando “o embarcador de efetuar o carregamento dentro do prazo, fica responsável pelo pagamento de frete integral a título de frete morto” (art. 782 do PL nº 487/2013). Nesse sentido, interessa notar que a cobrança de frete morto evidencia o caráter consensual da avença de transporte, uma vez que ocorre independentemente da emissão do conhecimento de embarque.

Com a entrada regular da carga ou do contêiner estufado na instalação portuária pelo embarcador, cessa a responsabilidade deste e inicia a do transportador, salvo se eventual dano ocorrido advier de conduta do primeiro. Opera-se nesse momento, portanto, a tradição ficta do contrato de compra e venda internacional e a transferência dos riscos da coisa ao comprador⁹⁴. O PL nº 487/2013, em disciplina a ser afastada apenas em caso de previsão

⁹³ “O *dead freight* (frete morto) refere-se ao valor a ser pago pelo embarcador ao transportador pelo espaço (praça) disponibilizado no navio, mas não utilizado” (MARTINS, 2015, p. 537).

⁹⁴ Segundo o art. 67, (1) da Convenção de Viena de 1980, “o risco é transferido no momento em que as mercadorias são entregues ao primeiro transportador, sendo irrelevante se o vendedor ou o comprador está incumbido de contratar o transporte” (FRADERA; VASCONCELLOS, 2015, p. 162). Apenas excepcionalmente a avença de

contrária das partes ou se a natureza do transporte assim determinar, aduz que a “responsabilidade do transportador começa desde o momento em que recebe a carga e cessa com a entrega no destino, ao costado do navio” (art. 784 do PL nº 487/2013).

Ato seguido, recebida a coisa pelo transportador, é comum que o armador, por meio do capitão da embarcação, diligencie para verificar a veracidade das informações prestadas pelo usuário acerca da carga, assim como para fiscalizar a higidez da embalagem dos itens (*due diligence*⁹⁵). Isso porque, na realidade do comércio exterior, diligenciar configura verdadeiro dever, a teor das Regras de Haia-Visby, conduta que se assentou em verdadeiro costume. Assim, na hipótese de se constatarem inconsistências, deverá o capitão, preposto do armador, fazer constar ressalvas, de modo que se declare no conhecimento apenas as condições reais da mercadoria (GIBERTONI, 2014, p. 285). Recepcionando o exposto, o PL nº 487/2013 dispõe que:

Art. 815 do PL nº 487/2013. O transportador, no ato do recebimento da carga, deve lançar ressalvas nos recibos provisórios e transpô-las para o conhecimento ao final do carregamento, se:

I – julgar inexata a descrição da carga feita pelo embarcador;

II – a carga ou sua embalagem não estiverem em perfeitas condições físicas, de acordo com as necessidades peculiares ao transporte a ser realizado.

§ 1º. A existência de ressalvas constitui presunção relativa de veracidade em favor do transportador.

§ 2º. A ausência de ressalvas constitui presunção relativa de que as mercadorias foram embarcadas nas condições descritas no conhecimento e pelo total ali manifestado.

A proposta de lei, é de se destacar, inova ao disciplinar que, havendo discordância na contagem dos itens embarcados, faculta-se ao transportador inserir no conhecimento reserva de que a quantidade efetivamente embarcada lhe é desconhecida, sendo-lhe vedado inserir unilateralmente no documento quantidade diversa do declarado inicialmente sem oportunizar ao embarcador uma nova contagem, ocasião em que os custos adicionais correrão por conta de quem a eventual medida desfavorecer (art. 815, §3º do PL nº 487/2013).

compra e venda internacional se opera quando a coisa já está em transporte, ocasião em que a data do pacto informa o momento da transferência dos riscos, salvo em relação às avarias conhecidas pelo vendedor e omitidas ao comprador (FRADERA; VASCONCELLOS, 2015, p. 164).

⁹⁵ Mencionando a experiência anglo-estadunidense, Hart (2001, p. 145) assinala que as “sanções civis (...) podem ser aplicadas àqueles que omitam usar da diligência devida para evitar causar danos (...) aos outros. Mas o que é razoável ou diligência devida numa situação concreta? Podemos, claro, referir exemplos típicos de diligência devida (...). Mas todos estamos bem conscientes de que as situações em que se exige diligência são altamente variadas e que muitas outras ações são agora exigidas (...). O que nós nos esforçamos, ao aplicar os padrões de diligência razoável, é por assegurarmo-nos: (1) de que serão tomadas precauções que evitarão um mal grave, embora (2) as precauções sejam tais, que o encargo das precauções adequadas não envolva um sacrifício demasiado grande de outros interesses respeitáveis”.

Na prática internacional, é deveras comum que o transportador insira no conhecimento, quando não pode fazer conferências detalhadas, cláusula de reserva por meio da qual inverte o ônus da prova da responsabilidade em caso de eventuais avarias, perdas e danos à mercadoria transportada. Tal situação ocorre, a título de exemplo, quando a carga é containerizada, pois o cofre somente pode ter atestada a não violação de seus selos de segurança, eis que se veda o rompimento deste pelo recebedor (URDAY, 2017, p. 74-82). Assim, os transportadores fazem constar apenas as diligências realizadas e inserem no conhecimento uma reserva chamada de “*said to contain*”.

Entretanto, importa dizer, fato é que, em geral, as inspeções do capitão não são rigorosas, mesmo porque são reputadas inviáveis e custosas, senão impossíveis de serem feitas. Por isso, em verdade, a inserção de reservas representa procedimento padrão dos contratados para se esquivar de responsabilidades.

Apenas excepcionalmente poderá o transportador recusar a carga entregue ao embarque. Atualmente, a recusa pode se fundar em impossibilidade sem culpa, inadequação da embalagem, risco da carga à saúde de pessoas e à segurança do veículo e bens, bem assim em vedação legal ou regulamentar do comércio ou transporte da mercadoria, em vista da natureza da carga ou pela ausência de documentação essencial (art. 746 e 747 do Código Civil). Acerca da questão, o PL nº 487/2013 dispõe que:

Art. 786 do PL nº 487/2013. O transportador pode recusar o transporte que lhe for solicitado nas seguintes hipóteses:
 I – caso fortuito ou força maior;
 II – inobservância de preceitos legais ou regulamentares por parte do embarcador;
 III – insuficiência ou imperfeição no acondicionamento ou avaria dos volumes.

Nessas hipóteses, assegura-se ao transportador, inclusive, o direito de “descarregar as mercadorias irregularmente embarcadas ou perigosas que possam por em risco a tripulação ou a embarcação, respondendo o embarcador por todo e qualquer dano ou despesa resultante daí decorrente” (art. 789 do PL nº 487/2013). Logo, observa-se que a disciplina jurídica da questão não foi substancialmente alterada pela proposição legal.

Entretanto, inova a proposta ao deferir ao embarcador o direito de requerer vistoria em caso de recusa, sendo o transportador obrigado às despesas e ao transporte sem qualquer ressalva no conhecimento, evidentemente apenas pelas razões da recusa, se se concluir pela improcedência desta conduta (art. 786, §§ 1º e 2º do PL nº 487/2013).

Cumprido o dever de diligência pelo capitão, emite-se em favor do embarcador, tão logo o embarque é autorizado, um recibo de entrega chamado de “*mate’s receipt*”, no qual se

fazem constar eventuais ressalvas (MARTINS, 2015, p. 503). No documento são apresentadas as informações da mercadoria, dizendo-se limpo (*clean*) se emitido sem ressalvas e sujo (*cloused*) quando estas existem, observando-se que simples reservas não tornam o recibo sujo. É em favor de quem porta tal instrumento, que espelha o conhecimento de embarque, que este segundo documento será entregue (GIBERTONI, 2014, p. 283-284).

Emitido recibo ao entregador, pode o transportador realizar a operação portuária, ou seja, a movimentação de carga dos espaços do porto até o navio. Para tanto, o responsável, normalmente o transportador (MARTINS, 2015, p. 499), deverá contratar operador portuário pré-qualificado no porto organizado de origem (art. 25 e 27, §1º da Lei nº 12.815/2013). O operador contratado responderá, havendo sinistro na operação, perante o proprietário ou o consignatário da carga, bem como ao armador pelas avarias ocorridas na embarcação ou nas mercadorias entregues a transporte (art. 26, II e III da Lei nº 12.815/2013).

A proposta do Novo Código Comercial, transformando em regra a prática comercial, determina que o “transportador deve diligenciar quanto ao carregamento, manipulação, estiva, guarda e descarga das mercadorias” (art. 793, *caput* do PL nº 487/2013), ressalvando que as “partes podem pactuar que o carregamento e a descarga sejam realizados pelo embarcador ou consignatário” (art. 793, § único do PL nº 487/2013).

O operador portuário contratado, no cumprimento de suas funções, será necessariamente auxiliado pelos serviços dos trabalhadores portuários empregados ou avulsos (art. 40 da Lei nº 12.815/2013), observando-se que, no segundo caso, a mão de obra é requisitada em sistema de rodízio diretamente ao Órgão Gestor de Mão de Obra, uma associação que deve ser previamente constituída pelos próprios operadores locais (art. 32, *caput* e incisos da Lei nº 12.815/2013). Isso porque são os trabalhadores portuários da estiva e da arrumação (*capatazia*) que efetuam a operação à conta do operador após a conferência por amostragem dos volumes a serem movimentados, realizada por terceiro obreiro portuário, o conferente. A conferência se consubstancia em documento chamado de “*tally clerk's receipt*”, particularmente relevante por confirmar a operação portuária.

Em seguida ou concomitantemente às diligências acima, emite-se o conhecimento de embarque da mercadoria, documento este que, no modal marítimo, recebe o nome de *bill of lading* (BL). Não há dúvidas de que se trata do instrumento mais importante no bojo dos contratos de transporte marítimo de cargas. Por isso, o Livro IV, Título III, Capítulo IV do PL nº 487/2013, intitulado “*Do conhecimento de transporte marítimo*”, dedica-se exclusivamente a disciplinar o assunto, tudo sem prejuízo à aplicação das regras dispostas na codificação acerca do conhecimento de transporte de cargas em geral (art. 820 do PL nº 487/2013).

O BL é um documento padronizado (*standard form*), confeccionado unilateralmente pelo transportador, normalmente através de agência marítima, obrigatório e com força de escritura pública (art. 744 do Código Civil c/c art. 587 do Código Comercial). Na forma proposta no PL nº 487/2013, que não se distingue do hábito comercial presente:

Art. 813 do PL nº 487/2013. O conhecimento contém:

- I – o nome, a razão ou denominação social e o endereço do transportador, do embarcador e do consignatário da carga ou daquele que deva ser notificado, quando não nominativo;
- II – a data e o local da emissão;
- III – o número de vias originais
- IV – os locais de origem, destino e transbordo, se houver;
- V – a descrição da natureza da carga, seu acondicionamento, estado, marcas particulares e números de identificação da embalagem ou da própria carga, quando não embalada;
- VI – a quantidade de carga e o seu peso bruto;
- VII – o valor do frete e outros encargos, com a indicação "pago na origem" ou "a pagar no destino";
- VIII – outras cláusulas que as partes acordarem ou informações pertinentes;
- IX – a assinatura do transportador ou de seu preposto.

Em um dos lados do conhecimento consta a descrição das mercadorias embarcadas enquanto do outro lado são postas as cláusulas padrão geralmente praticadas pelo transportador, normalmente em conformidade com modelos padronizados propostos por organizações internacionais, razão pela qual o que consta no documento não necessariamente representa os termos acordados (SILVEIRA, 2018, p. 14), considerando a possibilidade de estarem adjetas ao pacto condições legitimamente convencionadas e não inseridas (GIRVIN, 2007, p. 76).

Na forma do art. 817 do PL nº 487/2013, em disciplinamento análogo ao constante no atual art. 578 do Código Comercial, o *bill of landing* será assinado e entregue pelo transportador ao embarcador em até 24 (vinte e quatro) horas do carregamento, em resgate dos recibos provisórios, “sob pena de serem responsáveis por todos os danos decorrentes de sua mora tanto o transportador quanto o embarcador”, salvo ajuste em contrário firmado validamente pelas partes. Uma vez emitido, “não pode o embarcador pedir a emissão de novos conhecimentos, sem que faça a prévia entrega ao transportador de todas as vias originais dos conhecimentos a serem substituídos” (art. 818 do PL nº 487/2013), nem o transportador assinar novos conhecimentos sem recolher os já confeccionados (art. 818, § único do PL nº 487/2013).

Considerando o momento em que é emitido, pode-se dizer que o conhecimento evidencia a existência do contrato de transporte, “prova o recebimento da mercadoria a bordo e a obrigação do transportador de entregá-la no lugar do destino” (art. 809 do PL nº 487/2013). Por outro lado, em vista descrição das mercadorias nele contida e de sua eficácia na dinâmica

das relações internacionais, conclui-se que o instrumento também faz prova *iure et iure* da propriedade das mercadorias em favor do consignatário, eximindo a carga de constrições estranhas ao dono (GIBERTONI, 2014, p. 278). Conforme ensina Urday (2017, p. 72, tradução livre):

A informação contida no conhecimento de embarque a respeito da descrição da carga tem importantes efeitos comerciais. Assim, o transportador marítimo está obrigado a entregar as mercadorias no porto de descarga tal como se descrevem no conhecimento de embarque, e dita descrição serve como base para que o recebedor final possa pleitear sua reclamação contra o transportador marítimo no caso que haja alguma falta à descarga ou que as mercadorias hajam sido entregues danificadas.

Assim, por representar a propriedade da carga, diz-se ser o conhecimento de embarque um título de crédito impróprio, pelo que se lhe aplicam os princípios cambiários compatíveis, especialmente os da literalidade, autonomia e cartularidade (VENOSA, 2021, p. 588). Logo, pode a carga transportada ser objeto de disposição durante o trânsito marítimo (SCHMITTHOFF, 2007, p. 325), responsabilizando-se o transmitente basicamente pela existência da coisa constante no título e o endossatário pelo teor expresso da cártula (SPARKA, 2010, p. 178).

Com efeito, em razão dos originais do *bill of landing*, as mercadorias podem ser negociadas via endosso (emissão à ordem), cessão de crédito (emissão não à ordem) ou tradição (emissão ao portador), revestindo-se o beneficiário do título transmitido nos direitos e obrigações do consignatário (SILVEIRA, 2018, p. 22), tudo conforme os termos do documento. Nesse sentido, o art. 810 do PL nº 487/2013 prevê que, como regra, será o conhecimento de embarque um “título à ordem, salvo cláusula ‘não à ordem’ ou ‘não negociável’ lançada em seu contexto, podendo ser emitido ao portador ou nominativo”.

Em síntese, portanto, são três as funções que a dinâmica comercial atribuiu aos conhecimentos de transporte de cargas, a saber, recibo de entrega da mercadoria, prova da existência do contrato de transporte e título de valor (URDAY, 2017, p. 71).

No Brasil, por costume, o conhecimento de embarque é emitido em três vias (jogo completo), ficando uma com o transportador, outra com o embarcador e uma terceira com o consignatário. Em geral, o embarcador, vendedor na compra e venda internacional, responsabiliza-se por entregar o *bill of landing* ao consignatário, comprador, diretamente ou através das instituições bancárias que intermediam o negócio.

Assim como ocorre com o manifesto de cargas, o documento se diz limpo (*clean*) se emitido sem ressalvas, bem assim sujo (*cloused*) se as contém, sendo a emissão de

conhecimentos limpos fundamental ao embarcador-vendedor, uma vez que as instituições bancárias somente liberam os valores eventualmente recebidos mediante apresentação do instrumento sem ressalvas pelo interessado⁹⁶, especialmente em negócios amparados em carta de crédito, sem descuidar da obrigatoriedade da higidez do documento para se requerer eventual cobertura securitária contratada (MARTINS, 2015, p. 551).

Por isso, inclusive, os embarcadores exercem forte pressão sobre os transportadores para a emissão de conhecimentos limpos, oferecendo garantias ao caso de ocorrer eventual reclamação de consignatários por supostos danos à carga (SPARKA, 2010, p. 42-43). As empresas transportadoras acabam cedendo à pressão visando manter com seus clientes boas relações. Contudo, trata-se de conluio que deve ser reputado sem efeito se se verificar numa situação concreta (URDAY, 2017, p. 73), em especial porque, nos tribunais, “consolida-se a posição de enquadrar o transportador como cúmplice do embarcador por ocultar impropriedades na carga detectadas no embarque. Nesse caso, a *letter of indemnity* é nula e destituída de efeitos” (MARTINS, 2015, p. 529). Sobre a questão, assim discorre o PL nº 487/2013:

Art. 816 do PL nº 487/2013. As cartas de garantia ou acordos pelos quais o embarcador se compromete a indenizar o transportador por danos resultantes da emissão de conhecimento de carga sem ressalvas, não são oponíveis a terceiros, designadamente ao consignatário, portador do conhecimento e seus seguradores, mas estes podem prevalecer-se delas contra o embarcador.

Parágrafo único. No caso de as ressalvas omitidas se referirem a defeitos da mercadoria que o transportador conhecia ou devia conhecer no momento da assinatura do conhecimento de carga, o transportador não pode prevalecer-se de tais defeitos para exoneração da sua responsabilidade.

De certo, em qualquer hipótese, o comprador, na transação internacional, pode rechaçar a documentação em havendo divergência entre a descrição das mercadorias no conhecimento de embarque e na fatura comercial da compra e venda (URDAY, 2017, p. 72).

Como dito em momento anterior, todo transportador é obrigado a emitir em favor de seus embarcadores e consignatários os respectivos conhecimentos. Assim, o transportador efetivo emitirá, diretamente ou por representante, o *bill of landing* devido, sendo o documento “único” se houver apenas um embarcador ou “máster” (MBL) se forem as cargas de diversos interessados transportadas em conjunto. Essa é a situação básica a ser considerada.

⁹⁶ Urdy (2017, p. 72, tradução livre) explica que “os termos do contrato de compra e venda internacional usualmente facultam ao comprador ou ao banco que intervém na carta de crédito a exigir que o vendedor apresente um conhecimento de embarque ‘limpo’ (*clean bill of landing*)”.

Com efeito, se um NVOCC (consolidador) for embarcador, em seu favor será emitido pelo transportador um BL único ou máster, ocasião em que o consignatário no destino será outro NVOCC (desconsolidador), imbuído da função de retirar a carga perante o transportador efetivo mediante apresentação do conhecimento respectivo. Entretanto, no bojo dos contratos que assume perante seus próprios consignatários, será o NVOCC um efetivo transportador, pelo que deverá emitir seu próprio *bill of lading*, chamado de “filhote” ou “house” (HBL). Conseqüentemente, o NVOCC ocupa duas posições diferentes em dois contratos distintos cujas sortes não se comunicam ou se prejudicam, sendo embarcador e consignatário na avença primitiva, além de transportador naquela assumida perante seus próprios clientes⁹⁷.

Devidamente emitido o conhecimento de embarque, incumbe ao transportador agendar sua chegada ao porto de destino e pagar as taxas portuárias devidas⁹⁸, bem como indicar às autoridades aduaneiras as cargas transportadas.

A referida indicação ocorre tão logo se emitam os conhecimentos das cargas a serem importadas ao Brasil, posto ser dever do transportador, seja armador ou agente de cargas desconsolidador, efetuar os registros dos documentos no Sistema de Comércio Exterior (SISCOMEX)⁹⁹, considerando a submissão de qualquer veículo ao controle aduaneiro nacional (art. 26, §1º do Decreto nº 6.759/2009). Aperfeiçoa-se a medida por meio de procedimento de fiscalização que culmina num documento comprobatório chamado de “manifesto de carga” (*cargo manifest*)¹⁰⁰, no qual consta listagem de todas as mercadorias transportadas devidamente instruída com os respectivos conhecimentos, lista de sobressalentes e provisões de bordo (art. 41 e 42 do Decreto nº 6.759/2009). É obrigação de quem transporta cargas, na forma e prazo estabelecidos, repetir o procedimento em todo porto alfandegado a que escalar ou se destinar (art. 31 e 43 do Decreto nº 6.759/2009), uma vez que o transportador “não consegue zarpar, nem atracar o navio enquanto não tiver tal documento em mãos, devidamente registrado nos sistemas aduaneiros em que estiver operando” (MARCHIOLI, 2019, p. 85).

⁹⁷ Art. 2º, § único da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ: “Para efeitos desta Resolução, o transportador marítimo não operador de navios (NVOCC) é considerado como usuário perante o transportador marítimo efetivo, e como transportador, perante o usuário final do serviço de transporte prestado”.

⁹⁸ “Os custos portuários devidos pelo transportador/navio referem-se em regra a atracação, rebocadores, praticagem, amarradores, lanchas auxiliares, taxa de faróis, vigia de portaló e defensas” (MARTINS, 2015, p. 557).

⁹⁹ O “SISCOMEX é o instrumento administrativo que integra as atividades de registro, acompanhamento e controle das operações de comércio exterior, mediante fluxo único, computadorizado, de informações” (art. 2º do Decreto-lei nº 660/1992), cuja gestão atualmente compete ao Ministério da Economia.

¹⁰⁰ “O *cargo manifest* é o documento que contém a lista das mercadorias que constituem a carga de um navio no momento da chegada a um território aduaneiro ou na saída deste” (MARTINS, 2015, p. 502).

Assim, cumpridas as diligências acima, o navio se direciona ao destino e realiza o trânsito marítimo, devendo o capitão da embarcação efetuar protesto marítimo¹⁰¹ de todos os incidentes acontecidos durante a expedição no diário de bordo (art. 737, § único, I e II do PL nº 487/2013), que é um documento unilateral a ser ratificado judicialmente em momento ulterior e sem contraditório (CREMONEZE, 2019, p. 280). Afora isso, faculta-se ao interessado a desistência do transporte em trânsito se pagas as despesas devidas (*stoppage in transitu*). Em complemento, conforme previsão no projeto de codificação comercial:

Art. 738 do PL nº 487/2013. Gozarão de presunção relativa de regularidade os registros referentes a protestos lançados no Diário de Navegação, tendentes a comprovar sinistros, avarias, fatos e acidentes da navegação ou quaisquer perdas, desde que:

I – apresentados ao juiz de Direito do primeiro porto a que a embarcação chegar, para sua ratificação judicial, nas primeiras 24 horas úteis da entrada da embarcação no mesmo porto;

II – ou ratificados, no mesmo prazo e lugar, mediante escritura pública declaratória perante tabelião de notas, na qual deverá constar a declaração do comandante e de duas testemunhas, assim como a cópia dos lançamentos feitos no Diário de Navegação e demais documentos pertinentes para comprovar a veracidade das declarações.

Chegando a embarcação regularmente no porto planejado, além da ratificação do diário de bordo, realiza-se a operação portuária de desembarque das mercadorias e, na forma convencionada, a comunicação aos destinatários¹⁰². Então, seguindo o acordado entre as partes, entregam-se as mercadorias aos apresentantes dos conhecimentos de transporte (MARTINS, 2015, p. 513), seja perante o capitão da embarcação (BL único ou máster) ou agência de cargas desconsolidadora (HBL), e ainda, em caso de desídia do destinatário, consignam-se em juízo as cargas, momentos a partir dos quais há cessação da responsabilidade do transportador. Assim, cumpridas as obrigações principais recíprocas, autoriza-se ao destinatário retirar a mercadoria e iniciar o devido procedimento de nacionalização desta.

Contudo, a entrega da carga será recusada em caso de não pagamento do frete ou da contribuição por avaria grossa pelo consignatário ao transportador, o que representa excepcional exercício de autotutela deferido pelo sistema jurídico ao particular (art. 12 da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ c/c art. 7º do Decreto-lei nº 116/1967).

¹⁰¹ Protesto marítimo é o “registro lançado no diário de navegação pelo comandante para comprovar qualquer ocorrência no curso da viagem em relação à carga, aos passageiros ou ao navio”, sendo “elemento de prova de sinistro, avarias ou quaisquer perdas” (MARTINS, 2015, p. 557).

¹⁰² Art. 785 do PL nº 487/2013: “Salvo disposição em contrário no contrato ou no conhecimento de transporte, somente ao portador do conhecimento original, ao destinatário e ao embarcador é o transportador obrigado a fazer os avisos e comunicações referentes ao transporte e às mercadorias”.

Com o projeto de codificação ora estudado a situação não se altera, uma vez que se prevê expressamente que ao “transportador é facultado o direito de determinar a retenção da carga a bordo do navio ou em armazém, até o pagamento do frete devido, despesas adiantadas, encargos contratuais ou apresentação da garantia de contribuição por avaria grossa declarada” (art. 797 do PL nº 487/2013), sendo o “direito de retenção oponível não só ao devedor original, mas também ao consignatário ou portador atual do conhecimento de transporte” (art. 797, §4º do PL nº 487/2013), sem prejuízo à liberação mediante oferecimento de caução idônea pelo interessado (art. 797, §3º do PL nº 487/2013).

Caso não efetuado o pagamento após a retenção válida da carga, faculta-se ao transportador, após prévia notificação do interessado, requerer a venda judicial das coisas para, após a dedução das despesas, pagar-se do devido, ressaltando o direito de haver eventual diferença na hipótese de insuficiência do arrecadado (art. 798 do PL nº 487/2013). A alienação judicial mencionada pode ser requerida em caráter de urgência se os itens forem perecíveis (art. 798, § único do PL nº 487/2013).

Exercido direito de reter, considera-se o transportador “responsável pela perda ou deterioração das mercadorias ocorridas durante o período de retenção da carga se o crédito que motivou a retenção vier a ser considerado inexistente ou inexigível” (art. 797, §2º do PL nº 487/2013), observando-se que a responsabilidade em apreço deve ser reputada objetiva.

Os custos decorrentes da medida correm por conta dos interesses da carga, sem que se prejudique eventual responsabilidade do transportador perante armazéns portuários que retenham cargas por sua solicitação caso a arrecadação com a venda das mercadorias não se mostre suficiente para cobrir os custos de armazenagem (art. 797, §1º do PL nº 487/2013).

Noutra senda, pode ocorrer do consignatário identificar a perda total ou parcial da carga levada a transporte. No primeiro caso, o reconhecimento do direito à indenização independe de vistoria, na forma da Súmula nº 109 do STJ¹⁰³ (GIBERTONI, 2014, p. 488). Já na segunda hipótese, verificadas avarias aparentes nas coisas (perda parcial), deverá de imediato o interessado protestar (*formal claims*) e solicitar vistorias a fim de responsabilizar o transportador ou ainda acionar eventual cobertura securitária (MARTINS, 2015, p. 463), devendo-se reputar protesto qualquer manifestação de inconformismo por parte do destinatário ou de seu representante (CREMONEZE, 2019, p. 199).

É que, conforme dispõe a proposta de codificação, considera-se “entregue em bom estado e pelo total manifestado a mercadoria descarregada, sem ressalva ou protesto do

¹⁰³ Súmula nº 109 do STJ: “O reconhecimento do direito a indenização, por falta de mercadoria transportada via marítima, independe de vistoria”.

recebedor no mesmo ato” (art. 808 do PL nº 487/2013). Tem-se no dispositivo, deveria a lei bem ressaltar, presunção relativa que beneficia o transportador, não consideração peremptória, ainda que a situação possa eventualmente implicar irresponsabilidade do suposto causador do dano por ausência denexo causal.

Caso a avaria ou perda parcial não seja perceptível à primeira vista, preserva-se o recebedor com a conservação de seu direito de ação em havendo protesto em 10 (dez) dias, a contar da efetiva entrega, sendo então as mercadorias vistoriadas em até 10 (dez) dias na presença dos interessados (art. 808, §§ 1º e 2º do PL nº 487/2013). Como é costume que os transportadores se ausentem das vistorias com o propósito de desacreditar a medida, a “ausência deve ser entendida como renúncia tácita ao direito de se fazer representar” (CREMONEZE, 2019, p. 164), com todos os ônus daí decorrentes, sem prejuízo do uso do expediente da ação de produção antecipada de provas (art. 381 do NCPC).

Assim, considerados os principais elementos estruturantes do PL nº 487/2013, bem como a estrutura e dinâmica básicas do contrato de transporte marítimo internacional de cargas, pode-se iniciar o estudo da cláusula *demurrage* de contêiner e das suas conseqüentes cobranças de sobre-estadia, objetos precípuos deste estudo.

4) A CLÁUSULA *DEMURRAGE* DE CONTÊINER E A REFORMA DO CÓDIGO COMERCIAL

4.1) ESTRUTURA E FUNÇÃO DA CLÁUSULA *DEMURRAGE* DE CONTÊINER

No estudo do direito privado, em especial dos contratos empresariais e da responsabilidade civil, talvez mais acentuadamente do que em qualquer outro ramo do direito, a compreensão das estruturas e das funções dos institutos e dos fenômenos jurídicos se faz premente aos operadores, sobretudo para fins de compreensão, racionalização, sistematicidade e consistência aos trabalhos desenvolvidos cotidianamente.

É que a estrutura do sistema jurídico somente deve incorporar elementos, inclusive no que concerne à *fattispecie* negocial, se estes forem amparados em interesses reputados dignos de tutela (PERLINGIERI, 2002, p. 95), ou seja, se atenderem às expectativas funcionais consideradas legítimas no espaço e no tempo.

Com efeito, constata-se que a função, determinada pelo ordenamento ou pela iniciativa dos sujeitos enquanto síntese causal de fato social (PERLINGIERI, 2002, p. 96), é elemento controlável no âmbito operativo do sistema jurídico, de sorte que “um simples interesse de fato, manifestado pelo sujeito, mas não tutelado pelo ordenamento, não legitima a participação na estrutura” (PERLINGIERI, 2002, p. 95).

Conseqüentemente, a análise que ora se propõe fazer, relacionada ao estudo da cláusula *demurrage* de contêiner a partir de proposição legislativa, deverá ser precedida da compreensão acerca da estrutura e da função do objeto de conhecimento respectivo, nos espectros econômico e jurídico. A finalidade é decompor as racionalidades ínsitas e os interesses envolvidos para identificar aquilo que, a teor das recursividades contemporâneas do sistema do direito, pode ou não ser reputado digno de tutela em termos jurídicos, sem jamais descuidar do caráter adaptativo e mutável próprio dos conceitos do direito (PERLINGIERI, 2008, p. 142). É o propósito deste subcapítulo.

O transporte de mercadorias por mar, a depender do tipo de carga, pode ocorrer nos espaços próprios da embarcação ou em unidades de carga, chamadas de contêineres, dispostas em navios especializados. Em particular, os “contêineres surgiram para facilitar o transporte de carga geral, como são chamadas todas as mercadorias exceto os granéis, ou seja, minérios, grãos agrícolas, petróleo e seus derivados” (LACERDA, 2004, p. 217). Atualmente, contudo, praticamente todo tipo de carga pode ser unitizada num contêiner, de modo que a tendência global é de ampliação de seu uso, salvo se o valor agregado dos itens movidos não for condizente com os custos da medida (CASTIGLIONI; PIGOZZO, 2014, p. 84).

Desde 1960, quando foram criados, os contêineres simplesmente revolucionaram o transporte de mercadorias, tudo por suas inerentes praticidades operacionais e geração de economia em escala. Com um cofre de carga, pode-se adequar, pela possibilidade de transbordo, um mesmo transporte a diversos modais, diminuir o tempo e riscos das operações portuárias, bem assim reduzir os perigos de avarias marítimas e perdas (GIRVIN, 2007, p. 6), considerando ser o manuseio da carga restrito ao embarcador. Ademais, têm-se efeitos no barateamento dos fretes e seguros¹⁰⁴, na flexibilidade ao uso de locais de acondicionamento e na segurança geral¹⁰⁵ (LACERDA, 2004, p. 217).

Pelo exposto, diz-se que “a containerização foi a mudança mais significativa na tecnologia dos transportes no século XX e foi diretamente responsável pela aceleração da globalização da economia mundial” (FRADERA; VASCONCELLOS, 2015, p. 155).

No Brasil, a importância das cargas containerizadas é crescente. Consoante o Anuário Estatístico da ANTAQ, movimentaram-se nos portos brasileiros 1.210 bilhão de toneladas em cargas no ano de 2021, sendo 11% destas transportadas por contêiner (BRASIL, 2021a). Afora isso, os contêineres foram utilizados em 8% das navegações de longo curso nacionais, percentual que aumenta para 23% se consideradas apenas as importações ao país (BRASIL, 2021a).

A par desse fenômeno, em termos estritamente jurídicos, conceitua-se unidade de carga como “qualquer equipamento adequado à unitização de mercadorias a serem transportadas, sujeitas a movimentação de forma indivisível” (art. 39, §3º do Decreto nº 6.759/2009), entendendo-se que esta, “seus acessórios e equipamentos não constituem embalagem e são partes integrantes do todo” (art. 24, § único da Lei nº 9.611/1998). Os compartimentos, por não configurarem embalagem, não têm seu peso computado junto ao da mercadoria, sendo excluídos da contagem que embasa o frete, portanto (GIBERTONI, 2014, p. 462). Desse modo, são considerados acessórios do navio por ficção legal, malgrado cumpram o papel logístico autônomo de proteger as coisas em face de intempéries e tenham múltiplas outras funcionalidades econômicas possíveis.

Como dito no capítulo anterior, de regra, o transportador oferece seus contêineres ao embarcador para a ova da mercadoria, bem assim ao consignatário para a desova (GLITZ;

¹⁰⁴ A carga em contêiner diminui o custo de frete e gera “redução do prêmio de seguro, uma vez que o risco de avarias e furtos diminui sensivelmente” (GIBERTONI, 2014, p. 455).

¹⁰⁵ “Para os embarcadores e receptores, ocorrem reduções na manipulação das mercadorias, diminuindo a incidência de avarias e roubos e possibilitando uma redução nos custos de seguro e de embalagem, além, obviamente, da diminuição dos custos de carga e descarga. (...) Para os armadores (...), a principal vantagem é o aumento das economias de escala, através da redução do tempo de estadias nos portos e da diminuição dos gastos de estiva e desestiva” (VIEIRA, 2003, p. 68).

GONDIM, 2018, p. 99), reputando ser o valor da disponibilização incluso no frete, sem qualquer acréscimo (WILSON, 2010, p. 51).

Ordinariamente, como é sabido, o “embarcador, para entrega da carga, e o destinatário ou o portador do conhecimento original, para recebê-la, devem observar os prazos fixados no contrato de transporte ou no conhecimento e, em sua falta, os usos e costumes do porto” (art. 779 do PL nº 487/2013). Tal situação, contudo, apresenta particularidades quando a carga é containerizada, o que será detalhado adiante.

É que, neste caso, em sendo a hipótese de embarque, a devolução da unidade deverá ocorrer num prazo certo, chamado de *free time*, normalmente computado em dias, tudo a contar da data em que houve disponibilização efetiva do compartimento ao embarcador (FÓES, 2017, p. 80). Caso não ocorra a devolução oportuna do contêiner, incide em desfavor do faltoso uma cobrança de valor escalonado a título de sobre-estadia. No destino a situação se repete, devendo o consignatário, ao retirar o cofre para desunitização, devolvê-lo limpo em prazo certo, sob pena de igualmente pagar valores por sobre-estadia (SILVEIRA, 2019, p. 32-33). Em síntese, verificam-se possíveis demandas de sobre-estadias de contêiner nas hipóteses em que o transportador cede seus contêineres e, concomitantemente, cabe ao embarcador estufar (*full container load*) e ao consignatário desovar a carga, mas o usuário excede o tempo de disposição¹⁰⁶ (ZANTUT; NETO, 2017, p. 236).

No Brasil, por costume, chama-se a referida cobrança de *detention* se ocorre na exportação ou de *demurrage* se se verifica na importação de bens ao país (FÓES, 2017, p. 81). Não se tratam de nomenclaturas inequívocas globalmente, contudo. A expressão *detention*, na prática internacional, costuma representar o atraso em si, sendo a nomenclatura *demurrage* adstrita à cobrança prefixada consequente (MARCHIOLI, 2019, p. 33). Mas há “países, inclusive, que não se referem à sobre-estadia de contêiner com a palavra *demurrage*, mas sim puramente *container detention* ou *container laydays*” (FÓES, 2017, p. 83). Para os fins deste estudo, uma vez que interessam as cobranças ocorridas na importação ao Brasil, acata-se a utilização da expressão *demurrage*, que, segundo os estudiosos marítimos, deriva do francês antigo (*demeurer*) e significa demorar ou retardar (TIBERG, 1995, p. 1).

¹⁰⁶ Segundo a regulação da ANTAQ, sobre-estadia de contêiner é o “valor devido ao transportador marítimo, ao proprietário do contêiner ou ao agente transitário pelos dias que ultrapassarem o prazo acordado de livre estadia do contêiner para o embarque ou para a devolução” (art. 2º, XXII da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ). E, consoante o art. 20 da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ, o prazo de livre estadia se conta, no embarque, da data da retirada das unidades vazias no local acordado e, no desembarque, no dia seguinte após a entrega da carga no local acordado.

Além de ser utilizada para identificar a cobrança de sobre-estadia de contêiner, serve a palavra *demurrage* também para nomear outra cobrança, de racionalidade semelhante, que se opera tradicionalmente nos contextos de contratos de afretamento de navio, vínculo pelo qual o afretador paga ao fretador pelo direito de uso dos atributos de certa e determinada embarcação para os fins que lhe aprouverem durante certo tempo ou operação. Neste contrato, em sendo a hipótese de afretamento por viagem (*Voyage Charter Party*), o afretador, chegando num determinado porto, recebe do fretador um tempo livre (*laydays* ou *laytime*) para efetuar as operações de carregamento e descarregamento de suas mercadorias ou coisas (SCHOFIELD, 2011, p. 367), findo o qual, sendo necessário maior prazo, passa a incidir a cobrança da chamada “*demurrage* de navio” até que se concluam as diligências (SILVEIRA, 2018, p. 32).

Na espécie supracitada, a previsão do débito incide exatamente sobre o objeto principal do contrato de afretamento e não visa dissuadir o descumprimento do tempo livre, que às vezes é incontornável, mas apenas estipular previamente um valor a ser acrescido condicionalmente ao frete, a título de suplemento, considerando a completa inviabilidade do fretador de simplesmente retomar a posse do navio em trânsito e a aceitação de tais inconvenientes como riscos normais deste tipo de expedição marítima.

A *demurrage* de contêiner, em comum com aquela de navio, tem origem contratual (contrato de transporte marítimo), mas se distingue por recair sobre obrigação acessória¹⁰⁷, ter finalidade precipuamente dissuasória e operar na hipótese de falta contratual, não representando exercício de direito pelo usuário (FÓES, 2017, p. 98) e sendo criada exatamente para compensar prejuízos suportados pelo transportador em razão da devolução inoportuna do compartimento (WILSON, 2010, p. 76).

Como tais prejuízos são especulativos e de complexa quantificação (BORDAHANDY, 2015, p. 211), há uma prévia e convencional definição dos valores eventualmente devidos. Assim sendo, a cobrança é meio “criado com o objetivo de implementar um mecanismo de compensação ágil, para uma atividade na qual a rapidez das transações comerciais e a resolução dos problemas delas oriundas faz-se imprescindível” (GIBERTONI, 2014, p. 462). Trata-se de valioso e útil instrumento à dinâmica do comércio exterior, posto que orienta comportamentos adequados às partes e à eficiência dos transportes, em vista especialmente do elevado valor agregado dos contêineres e da eventual escassez destes cofres

¹⁰⁷ Obrigação acessória é aquela que “depende de outra a que adere ou de cuja sorte depende” (PEREIRA, 2017b, p. 116).

em contextos sazonais¹⁰⁸, além de atender às demandas do contexto contemporâneo no qual a “responsabilidade civil propende a uma cultura preventiva, seja por razões éticas, comportamentais ou econômicas” (ROSENVALD, 2017a, p. 28).

Em resumo, a sobre-estadia de contêiner na importação é, além de uma prática comercial comum, uma cláusula contratual, inserida em contratos de transporte, cuja racionalidade econômica sugere a finalidade precípua de dissuadir o inadimplemento relativo culposo (por mora¹⁰⁹, portanto) de obrigação acessória¹¹⁰ (aperfeiçoável apenas após o cumprimento das prestações principais das partes no pacto), além de, mediatamente, servir para prefixar convencionalmente perdas e danos (PEREIRA; SILVA, 2022, p. 171). Logo, são duas as funções centrais da cláusula, a saber, dissuasória e indenizatória.

O inadimplemento relativo que enseja na possibilidade de cobrança deverá ser culposo, havendo presunção de culpa do sujeito passivo pelo caráter contratual da obrigação (PEREIRA, 2017b, p. 293), obedecidas sempre as regras de contagem dos prazos ao incremento do débito¹¹¹. É incontroverso que não incide *demurrage* se a situação que ensejou o retardo comprovadamente decorreu de caso fortuito ou de força maior (art. 17, §2º, da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ). Em termos ainda mais completos, o art. 804 do PL nº 487/2013 assim dispõe: “A sobrestadia de unidade de carga não é devida se o atraso na restituição decorrer de fato imputável direta ou indiretamente ao próprio transportador ou de caso fortuito ou de força maior”.

¹⁰⁸ Existe um “verdadeiro valor econômico na cessão do uso do container dada sua escassez mundial, daí porquê da exigência de pagamento indenizatório em caso de mora na devolução do recipiente” (GLITZ, 2013, p. 12.430).

¹⁰⁹ Conforme o art. 394 do Código Civil: “Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”. Ou seja, mora é o “retardamento injustificado da parte de algum dos sujeitos da relação obrigacional no tocante à prestação” (PEREIRA, 2017b, p. 291).

¹¹⁰ Por isso, o modelo brasileiro se diferencia de sistemas, como o australiano, que entendem existir dois contratos autônomos: o de transporte internacional marítimo e o de fornecimento de unidade de carga (BORDAHANDY, 2015, p. 190).

¹¹¹ Acerca da contagem dos prazos, tem-se que se suspendem por fato imputável ao transportador, proprietário do contêiner ou depósito de contêineres, assim como por fato fortuito ou força maior (art. 21, §2º da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ). Se a contagem da sobre-estadia já houver sido iniciada, entretanto, o cômputo não se suspenderá ainda que verificado ulterior advento de caso fortuito ou força maior (art. 21, §3º da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ). E o art. 804, § único do PL nº 487/2013 estabelece: “A contagem da sobrestadia que já tiver sido iniciada, não se suspende na intercorrência de caso fortuito ou força maior”.

A obrigação de pagar *demurrage* de contêiner surge sempre de previsão contratual expressa¹¹² e não prejudica o direito de se reaver o cofre de carga¹¹³, o que deverá, em verdade, ser a pretensão precípua do transportador, dada a própria função das sobre-estadias à agilidade comercial. Em não havendo a estipulação, a percepção de perdas e danos pressupõe a demonstração dos requisitos próprios da responsabilidade civil negocial pelo interessado, sem prejuízo da retomada da unidade através do ajuizamento da ação própria ao desiderato.

Logo, não se pode reputar o costume como fonte da cobrança, a exemplo do que inadequadamente fazem alguns tribunais brasileiros (FÓES, 2017, p. 85), uma vez que este entendimento representa leitura fragmentária e expansiva dos efeitos do costume na seara obrigacional. É incorreto, por consequência, “dizer que as sobrestadias estão incorporadas aos usos e costumes que cercam o transporte marítimo por *containers*, mesmo porque as fontes de obrigações são a lei, o ato jurídico *stricto sensu*, o negócio jurídico bilateral ou unilateral e o ato ilícito” (GIBERTONI, 2014, p. 464).

Aliás, a prática internacional se direciona a afirmar ser a cobrança de ordem contratual mesmo em países de direito reputado consuetudinário, como a Inglaterra (FÓES, 2017, p. 159), exemplificativa porque ali as referidas reclamações são classificadas como *claims in contract*, ou seja, demandas contratuais (FÓES, 2017, p. 103), exigindo-se para tanto previsão expressa no conhecimento de embarque, inclusive (FÓES, 2017, p. 157).

O caráter opcional da obrigação foi acolhido pelos legisladores que pensam a reforma do Código Comercial do Brasil, ante a disposição de que a licitude da cobrança pressupõe sua previsão¹¹⁴, de modo que a “sobrestadia de unidade de carga somente pode ser cobrada pelo transportador se estiver expressamente prevista no contrato ou no conhecimento” (art. 801 do PL nº 487/2013). Isso justifica, aliás, a não colocação das sobre-estadias como conteúdos essenciais do *bill of landing*, a teor do art. 813 do PL nº 487/2013. O entendimento

¹¹² Art. 4º da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ: “Os transportadores marítimos e os agentes intermediários devem prestar informações corretas, claras, precisas e ostensivas, em especial dar conhecimento prévio de todos os serviços, operações ou disponibilidade a serem contratados pelos usuários, incluindo a especificação dos valores aplicáveis de preços, fretes, taxas e sobretaxas”.

¹¹³ Exatamente pelo caráter relativo do inadimplemento observado, a “indenização moratória não é substitutiva da prestação devida, vale dizer que pode ser reclamada juntamente com ela, se ainda for proveitosa ao credor” (PEREIRA, 2017b, p. 294).

¹¹⁴ Art. 800 do PL nº 487/2013: “É lícita a previsão de cobrança pelo transportador de contraprestação pela sobrestadia de unidade de carga, se, no seu embarque ou desembarque, ela ficar retida por período superior ao acordado contratualmente”.

deve se estender às exigências de garantias reais e fidejussórias admitidas nos termos do art. 806 do PL nº 487/2013¹¹⁵, vedando-se que se realizem de modo surpresa e *a posteriori*.

Por isso, a presunção de acordo conforme os costumes na ausência de pacto expreso das partes, prevista no art. 18 do PL nº 487/2013, serve apenas para fins integrativos, sendo inapta para instituir novas obrigações no pacto. Bem assim a solução disposta no art. 779 do PL nº 487/2013, que visa suprir a falta de previsão expressa do tempo de embarque pelos costumes. A cobrança de *demurrage* é medida amparada em cláusula contratual que depende de previsão expressa e de consentimento informado da contraparte, portanto.

Nesse diapasão, importa realçar que a cláusula *demurrage* é aceita pela mesma adesão constitutiva do vínculo que faz surgir as obrigações principais do contrato de transporte. Assim, os termos são essencialmente fixados de maneira unilateral pelo transportador, inclusive sobre o *quantum* eventualmente devido (GIBERTONI, 2014, p. 462). Deve, por isso, a cláusula ser expressa, acessível, clara, transparente e diretiva.

Ocorre que na realidade comercial a situação é diversa, uma vez que os transportadores costumam se utilizar de sua posição dominante para obter benefícios injustificados, em vista da conhecida dependência dos importadores brasileiros em relação aos seus serviços. A questão se assevera pela concentração global elevadíssima do mercado de transportes marítimos por contêineres (LACERDA, 2004, p. 221). Nesse sentido, em sua Revisão do Transporte Marítimo do ano de 2018, a Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD, 2018, p. 18, tradução livre) indicou as seguintes considerações políticas:

Autoridades reguladoras relevantes, analistas de transporte marítimo, bem como entidades de desenvolvimento como a UNCTAD precisam monitorar regularmente as tendências de concentração de mercado no transporte marítimo regular e avaliar as possíveis implicações em termos de poder de mercado, taxas de frete, sobretaxas e outros custos para os remetentes e o comércio.

Um sinal indicativo da prática de abusos é o fato de que os transportadores costumam violar deveres de informação aos seus usuários brasileiros, notadamente em relação à existência e valores das sobre-estadias. É que o montante a ser cobrado dificilmente consta nos conhecimentos ou nas tratativas prévias, sendo informados diretamente aos interessados basicamente quando se verifica o incumprimento da obrigação acessória. Para alegarem

¹¹⁵ Art. 806 do PL nº 487/2013: “É lícita a exigência de prestação de garantias reais ou fidejussórias para as obrigações decorrentes da sobrestadia de unidade de carga, podendo a garantia ser prestada no próprio termo de recebimento do container ou em instrumento apartado”.

cumprir com tais deveres de informação, alguns transportadores, por meio de suas agências, passaram a fazer constar tabelas de preços em tabelionatos de notas brasileiros ou em seus sítios virtuais, neste caso com a inconveniência da possibilidade de alteração unilateral e sem controle dos valores (SILVEIRA, 2018, p. 35). Ainda assim, resta evidente, não se trata de ciência prestada diretamente e com a transparência devida, mas apenas conduta que visa dissimular o incumprimento de deveres contratuais de informação.

Afora isso, os transportadores criaram os chamados “termos de responsabilidade”, que serão adiante estudados, para legitimar as demandas judiciais que pretendem eventualmente promover (MARCHIOLI, 2019, p. 108-110). Na prática, tal instrumento, em vez de adaptar as condições previamente pactuadas à realidade brasileira, serve para inovar as obrigações do usuário a fim de compensar a ausência de previsão contratual à cobrança pretendida, particularmente *demurrages*. Os termos são assinados pelo consignatário e/ou seu representante quando da retirada da carga, sob pena de retenção, o que configura um evidente abuso procedido pelo transportador em prejuízo dos usuários.

A conduta geral dos transportadores viola deveres razoavelmente esperados de um agir confiável e conforme a boa-fé objetiva¹¹⁶, afrontando, ainda, as orientações da política regulatória brasileira, segundo a qual as regras e valores de sobre-estadias devem ser disponibilizadas aos usuários até a confirmação de reserva de praça (art. 19 da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ) e estipuladas expressamente até a contratação (art. 4º, § único da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ), em prestígio ao usuário que tem o direito de receber serviços adequados, regulares, contínuos, eficientes, seguros, atuais, gerais, pontuais e módicos, bem assim dispor de informações transparentes, corretas e precisas, tendo respeitada sua liberdade de escolha, inclusive para levar à ANTAQ o conhecimento de irregularidades e infrações à lei (art. 8º da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ).

Outro indicativo de abuso praticado pelos transportadores está nos valores cobrados a título de sobre-estadia, os quais se afiguram objetivamente exagerados e contrários à modicidade geral que orienta a política comercial brasileira, situação que se agrava porque acompanhada da progressiva diminuição no prazo do *free time* (MARCHIOLI, 2019, p. 64).

O exagero objetivo dos valores fixados unilateralmente à cobrança se constata ao se confrontar os preços cobrados em diárias de sobre-estadia perante os usuários e os custos assumidos pelos transportadores com o arrendamento ou locação de um contêiner substituto

¹¹⁶ Isso porque a confiança coloca a boa-fé “na sua vocação original de regra de conduta por meio da qual uma das partes atua ‘*vedo o outro*’, a fim de que ela possa obter a satisfação do seu interesse, sem prejudica-lo” (LISBOA, 2012, p. 36).

(*master container lease agreement*) perante empresas de “*leasing*” (ROJAS, 2014, p. 104). Em geral, com variações, a diária desses acordos custa ao transportador cerca de U\$\$ 3 (três dólares), enquanto aos consignatários é cobrado um valor diário cerca de 50 (cinquenta) vezes superior (FÓES, 2017, p. 166). O arrendamento de um contêiner do tipo *Dry* (20 pés) custará cerca de U\$\$ 1,50 (um dólar e cinquenta centavos), ou seja, ainda menos (MARCHIOLI, 2019, p. 67). Já um cofre do tipo *reefer* tem diária de cerca de U\$\$ 1 (um dólar), mas aos usuários se cobra cerca de U\$\$ 90 (noventa dólares) por dia, podendo o valor alcançar U\$\$ 340 (trezentos e quarenta dólares) após 15 (quinze) dias (WINTER, 2019, p. 46).

Os valores cobrados igualmente não se justificam se comparados com os gastos com a efetiva aquisição de contêiner substituto. Isso porque, “caso o transportador marítimo opte por comprar o contêiner, ele terá um custo médio entre U\$\$ 2.500,00 e U\$\$ 5.000,00 tanto de unidade de carga de 20 pés, quanto na de 40 pés, ambas do tipo *Dry*; enquanto um contêiner usado, com as mesmas especificações, custaria em torno da metade do preço do novo” (MARCHIOLI, 2019, p. 67). Logo, os indicativos de acréscimos abusivos de custos aos importadores nacionais pelos transportadores marítimos são objetivos e razoáveis, especialmente considerando que os cofres são operacionais por pelo menos 15 (quinze) anos contados da data do início do uso.

Efetivamente, a cobrança de *demurrage* de contêiner, que até meados da década de 1990 sequer era promovida ou se operava com propósitos nitidamente educativos (SILVEIRA, 2018, p. 35), converteu-se em autêntica fonte de lucros aos transportadores estrangeiros (SILVEIRA, 2018, p. 5), especialmente em países subdesenvolvidos que experimentam históricos entraves logísticos, a exemplo do Brasil.

No atual contexto de aumento das tarifas e fretes no setor, mormente pela elevação de demanda por cargas containerizadas a superar a capacidade global de transporte e disponibilidade de contêineres, a questão se torna sensível¹¹⁷. Por um lado, permitir a cobrança de sobre-estadias se demonstra algo necessário. Por outro, as sobre-estadias não podem servir para desestimular a execução específica, ou seja, a busca precípua pela retomada do cofre, nem para dissuadir o comércio com uma oneração injustificada e excessiva.

Nesse passo, é imperioso considerar que existem desajustes e pressões de custo no mercado de transportes marítimos que têm sido observados há anos e se intensificaram no

¹¹⁷ Em janeiro de 2021, o preço do frete de importação da Ásia para o Brasil, com uso de um contêiner de 20 pés, elevou-se em 4,6 vezes em relação aos preços de janeiro de 2020, segundo apurado pela Confederação Nacional da Indústria brasileira (NEDER, 2022).

contexto da pandemia de coronavírus, inclusive levantando dúvidas sobre a transparência das precificações realizadas pelos transportadores estrangeiros (UNCTAD, 2021b, p. 74).

A tendência da presente década, por isso, é a elevação dos preços de fretes, tarifas, taxas e sobretaxas no mercado maritimista de transportes, revertendo a depreciação que se verificou nas últimas décadas. O contexto amplia os custos dos importadores e exportadores, especialmente aqueles pequenos, de países de economias frágeis ou em desenvolvimento, que geralmente têm pouca capacidade de barganha (UNCTAD, 2021a, p. 11-13).

E a situação se agrava ainda mais porque os dados demonstram que o uso abusivo de cobranças indiretas, como as de *demurrage*, realizado historicamente para compensar o barateamento dos fretes, tende a se elevar em vez de se mitigar. Segundo a Revisão do Transporte Marítimo do ano de 2021, da UNCTAD, a taxa média de valores de *demurrage* de contêiner nos 20 (vinte) maiores portos do mundo simplesmente dobrou entre os anos de 2020 e 2021 (UNCTAD, 2021b, p. 62), pelo que a organização recomenda a vigilância do comportamento do mercado para “garantir a transparência no estabelecimento de fretes, taxas e encargos” (UNCTAD, 2021a, p. 11, tradução livre).

No Brasil, a ANTAQ, em seu Relatório de Monitoramento sobre os Impactos da Pandemia no Transporte Marítimo e no Setor Portuário (BRASIL, 2022), constatou uma elevação considerável do número de denúncias de usuários acerca de cobranças de sobreestadias entre os anos de 2020, 2021 e 2022, além do aumento dos custos logísticos e dos preços dos fretes aos nacionais, estes atribuídos a assimetrias globais de oferta e demanda, especialmente em relação às cargas containerizadas.

E é de se dizer que os transportadores e seus agentes deveriam, entre os brasileiros, por força de norma reguladora e independentemente de culpa, absterem-se de práticas lesivas à ordem econômica mediante atos que vulnerarem a livre concorrência, aumentem arbitrariamente os lucros e/ou admitam o exercício abusivo de posição dominante (art. 5º da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ), tudo em consideração ao dever de prestar serviços gerais, isonômicos, adequados, contínuos, regulares, eficientes, modernos e seguros, adotando preços, fretes, taxas e sobretaxas em bases justas, transparentes e não discriminatórias que reflitam o equilíbrio entre os custos dos serviços e benefícios oferecidos (art. 3º, VII da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ).

A política comercial nacional, na seara logística do comércio exterior, pauta-se pelo princípio da modicidade geral dos custos dos transportes, sejam estes diretos ou indiretos (art. 4º, §2º da Lei nº 10.233/2001). Nesse ponto, compete à Agência Nacional de Transportes

Aquaviários (ANTAQ) a regulação e fiscalização eficientes da questão, de sorte a impedir a prática de abusividades no setor econômico, consoante determinado *in verbis*:

Art. 11 da Lei nº 10.233/2001. O gerenciamento da infra-estrutura e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos pelos seguintes princípios gerais:

III – proteger os interesses dos usuários quanto à qualidade e oferta de serviços de transporte e dos consumidores finais quanto à incidência dos fretes nos preços dos produtos transportados;

Art. 20 da Lei nº 10.233/2001. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;

Assim, a situação anteriormente exposta, particularmente sobre as cobranças de *demurrage*, precisa ser considerada com apreço pelos órgãos de fiscalização e decisão, pois “é direito do usuário saber previamente que está sujeito a esta cobrança nos termos do contrato, e conhecer, de antemão, qual seu *free time* e o valor que será cobrado por dia de atraso, bem como pagar um preço módico” (FOÉS, 2017, p. 178).

A autonomia da vontade, por imperativo de ordem pública, deve encontrar limites na espécie, os quais, por certo, deverão ser aclarados por regulamentação específica a ser devidamente exarada pela competente agência de regulação, *in casu*, a ANTAQ. Como isto ainda incorre, é precipuamente dos magistrados e árbitros a tarefa de bem apreciar eventuais demandas em situações de conflito, fazendo valer as determinações legais. Entretanto, o Poder Judiciário, cujos órgãos são mais procurados por litigantes em litígios acerca de termos de avenças de transporte, demonstra despreparo para lidar com a questão.

Conforme se verá no próximo subcapítulo, as fontes de direito marítimo e comercial não raro são aplicadas de maneira irrefletida pelos magistrados brasileiros, inclusive com base em categorias inadequadas ao sistema jurídico nacional, eis que “decorrentes da produção feita no exterior” (CASTRO JR, 2010b, p. 215). Isso redundará em assistemática, soluções fragmentárias e desdiferenciação funcional do sistema jurídico ao econômico. Com efeito, pode-se afirmar que a apreciação judicial acerca das referidas fontes carece “de filtragem jurídica crítica que contemple a eficácia dos interesses, pela ordem, dos usuários brasileiros de transporte aquaviário e dos *carriers* de nacionalidade brasileira” (CASTRO JR, 2010b, p. 215), bem assim que “há ineficácia do Poder Público em coibir práticas abusivas e concorrência desleal por parte das empresas estrangeiras” (CASTRO JR, 2010a, p. 197).

Em vista do exposto, considerando o contexto de um mercado com tantas externalidades negativas como o de transporte marítimo internacional de cargas, é intuitivo que discussões sobre formas de regulação sobre o *quantum* devido pelas *demurrages* e a existência ou não de um limite ao incremento de valores no tempo se fazem fundamentais. A questão da natureza jurídica das cobranças de sobre-estadia assume relevo exatamente por repercutir na temática. Trata-se do específico assunto do subcapítulo que segue.

4.2) A NATUREZA JURÍDICA DA *DEMURRAGE* DE CONTÊINER

As discussões acerca da natureza jurídica da prática de cobrar *demurrage* de contêiner são, sem dúvidas, as mais penumbrosas dentre aquelas cotidianamente empreendidas entre os juristas ligados ao setor econômico envolvido. É que a questão não tem disciplinamento uniforme no direito internacional, ficando a cargo de cada país, no âmbito da soberania interna, a regulação da matéria conforme o que se considerar mais conveniente, de sorte que, por consequência, tem-se a impressão de ausência de sistematicidade e casuismo (BORDAHANDY, 2015, p. 174).

E, na vida de relações jurídicas, as conclusões do discutido são fundamentais, pois repercutem diretamente nos valores a serem pagos pelo sujeito passivo da relação obrigacional pela limitação ou não do *quantum* devido. Há, portanto, interesses de fato influenciadores que servem de externalidades a serem juridicamente consideradas, tudo a partir dos critérios autorreferenciais de incorporação de funções à estrutura do sistema do direito.

A primeira e mais intuitiva resposta ao assunto parece ser raciocinar a *demurrage* de contêiner analogicamente àquela de navio. Isso é muito comum de ocorrer entre os juristas brasileiros, inclusive. Disso decorreria afirmar ser adicional ao frete a etiologia de ambas as cobranças. Contudo, a incidência da sobre-estadia de contêiner sobre obrigação acessória ao contrato de transporte veda o raciocínio, uma vez que o frete a ser suplementado representa conceito que incide apenas sobre a prestação principal da avença a ser cumprida pelo usuário.

A conclusão se confirma se se considerar que o frete é obrigação que se protege com o deferimento, em favor do transportador, do direito de licitamente reter a carga em caso de inadimplemento, exercício de autotutela impraticável no caso de *demurrage* de contêiner, cujo incumprimento ocorre após o aperfeiçoamento das prestações principais pacto de transporte. O *nomen iuris* “frete” é inextensível à hipótese de sobre-estadia de unidade de carga, pura e simplesmente.

Com efeito, a etiologia da cláusula *demurrage* de contêiner é distinta daquela referente ao afretamento de navio, sendo certo de que, no direito brasileiro, a previsão contratual tem a qualificação jurídica de *cláusula penal moratória*¹¹⁸.

Em geral, as cláusulas penais representam “estipulação convencional pela qual uma das partes (ou ambas) se obriga antecipadamente perante a outra a realizar uma prestação (normalmente pecuniária) em caso de inadimplemento culposo ou mora de determinada obrigação” (MONTEIRO, 1999, p. 44), seja esta principal ou acessória.

A finalidade da cláusula, que não se aplica por inferência e somente tem validade se expressamente prevista (PEREIRA, 2017b, p. 145), é reforçar o vínculo obrigacional (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2014, p. 754) e distribuir os riscos do pacto por meio da prefixação de eventuais perdas e danos¹¹⁹. A referida previsão indenizatória é exigível de pleno direito independentemente de prova do prejuízo (art. 416 do Código Civil), devendo o credor apenas demonstrar a infração e a culpa do devedor (LÔBO, 2021, p. 123).

A indenização convencionalizada nestas cláusulas não poderá ser suplementada, salvo ressalva expressa em sentido contrário, ocasião em que a demanda pelo eventual excedente dependerá da demonstração dos pressupostos e requisitos da responsabilidade civil negocial pelo interessado (MIRAGEM, 2021, p. 325), na forma do art. 416, § único do Código Civil.

E, importa dizer, o sistema jurídico brasileiro segue um modelo unitário no qual a estipulação prévia dos efeitos do inadimplemento é “uma das funções da cláusula penal, assim como a de garantir o cumprimento da obrigação e a de estabelecer uma punição ao inadimplemento. A três não precisam estar presentes simultaneamente; a existência de apenas uma delas já é suficiente para caracterizar a cláusula” (CASSETARI, 2017, p. 55).

Assim, constata-se que a qualificação jurídica de cláusula penal comporta perfeitamente a expectativa social ínsita às cobranças de sobre-estadia de contêiner, em vista da racionalidade econômica da prática comercial, tanto em sua função preventiva quanto naquelas indenizatória e punitiva.

No caso das *demurrages*, a cláusula penal é moratória, por óbvio, uma vez que a disposição não tem efeito compensatório sobre o objeto principal do contrato de transporte, substancialmente cumprido quando se verifica a incidência da cobrança, aliás.

¹¹⁸ Nesse sentido é o entendimento de relevante parcela da dogmática jurídica marítima, a incluir Cremonese (2019, p. 311), Rossi e Castro Jr. (2018, p. 48-50).

¹¹⁹ “O objetivo da cláusula penal é, antes de mais nada, criar uma forma de facilitar o recebimento das perdas e danos, que decorrem do inadimplemento, sem a necessidade de proposição de ação indenizatória” (CASSETARI, 2017, p. 59).

E por recair sobre a hipótese de inadimplemento relativo, a obrigação de pagar pode ser avençada a ocorrer de modo fixo ou continuado no tempo (PEREIRA, 2017b, p. 148), não prejudicando o cumprimento cumulativo da prestação específica (art. 411 do Código Civil), tudo a reforçar a aplicabilidade da qualificação citada à cobrança em apreço.

Entretanto, o incremento temporal dos valores devidos em função de cláusulas penais tem um limite objetivo estipulado em lei, a saber, o valor da obrigação principal do contrato (art. 412 do Código Civil), algo peculiar da tradição jurídica brasileira¹²⁰.

A citada regra limitativa, que pode implicar em ineficácia parcial da obrigação prevista, é criticada por alguns juristas ao argumento de representar restrição injustificada ao papel dissuasório do pacto, mas, ante o caráter unitário das cláusulas no sistema nacional, a acusação não se justifica, eis que se mantém incólume o caráter dissuasório e/ou punitivo do vínculo conforme a natureza da prestação, considerando o sinalagma obrigacional (ABÍLIO, 2019, p. 68-77). Isso se reforça se se considerar que é dever do magistrado, ainda em casos de adstrição do pactuado ao limite objetivo, a redução equitativa do devido em vista do cotejo entre prestação violada e escopo contratual, na forma do art. 413 do Código Civil¹²¹.

Logo, o sistema jusprivatista pátrio oferece potência instrumental ao operador para que se apliquem consistentemente as previsões legais, em vista das orientações parcimoniosas dos modelos jurídicos e das funções dignas de tutela a incorporar a estrutura de cotejo da *fattispecie*. Ora, a orientação funcional é de que a cláusula deve proteger o crédito, mas “não pode configurar abuso de direito, nem gerar enriquecimento sem causa” (PEREIRA, 2017b, p. 142). Tem-se, portanto, autorreferências que reforçam a autonomia do sistema jurídico pela consecução de adequado fechamento operativo.

Desse modo, o limite fixado legalmente é critério objetivo a orientar a ação dos particulares acerca de suas possibilidades de conduta. A partir dele, podem-se desenvolver pactos que importem diversas finalidades possíveis à cláusula, sendo, em todo caso, a avença forma de distribuir riscos. Com efeito, o ajuste válido pode importar em sorte para quaisquer das partes, incorporando-se ao patrimônio jurídico dos contratantes para impedir qualquer desvinculação unilateral, em prestígio ao princípio *pacta sunt servanda*.

¹²⁰ Sobre a regra do art. 412 do Código Civil: “É uma regra que não existe nos Códigos Civis de Portugal, Alemanha, Espanha, França e Argentina, v.g. Ela, na verdade, é uma reminiscência do período colonial, porque herdada das Ordenações do Reino, dos tempos de D. Filipe (segundo de Espanha, primeiro de Portugal), em seu Livro IV, Título 70” (RODRIGUES JR; LEONARDO, 2021, p. 298).

¹²¹ “Ao referir-se à atuação do juiz, o texto do art. 413 da Lei Civil emprega o verbo dever, pelo que a redução, ocorrendo a justa causa, não se trata de mera faculdade, mas de um dever de ofício para o julgador” (NADER, 2003. p. 575).

Aliás, em cobranças de sobre-estadia de contêiner, é de se dizer, a existência de um limite ao incremento do *quantum debeatur* se revela muito oportuna, sobretudo se se levar em conta que a avença de transporte se aperfeiçoa por adesão, as assimetrias do setor de transportes marítimos, a constante violação de deveres de publicidade por parte dos transportadores e a necessidade de se incentivar a execução específica, justamente tendo em vista a agilidade que se deve incrementar em favor das transações econômicas do setor.

Todavia, quando da proposição de suas cobranças de *demurrage*, os transportadores marítimos passaram a alegar que a cláusula que fundamenta o débito não seria cláusula penal, mas um tipo indenizatório autônomo, chamado de “indenização por prefixação”. O propósito econômico específico da alegação foi o de consolidar um entendimento que afastasse as limitações ao incremento do débito no tempo que são próprias do regime jurídico das cláusulas penais moratórias. Assim, afirmaram que a etiologia da avença acessória seria “indenizatória”, sem qualquer limite de acumulação temporal ao montante unilateralmente previsto, criando uma falsa dualidade que ignora que o cobrado a título de cláusula penal é exatamente indenização decorrente de responsabilidade civil negocial.

Segundo a tese dos transportadores, a categoria da “indenização por prefixação” se incorporaria ao direito brasileiro através da *lex mercatoria*, em vista dos princípios da uniformidade e da internacionalidade informadores do direito marítimo. Isso porque a cobrança de *demurrage*, no tradicional direito inglês e na realidade internacional (anglo-saxônica), seria indenização por prefixação (*liquidated damages clauses*), e não cláusula penal (*penalty clauses*). Outro ponto que ampara a tese é a ideia de que, como o transportador visa se ressarcir de prejuízos injustamente sofridos, sua intenção não é punir o sujeito passivo, pelo que se afastaria a disciplina das cláusulas penais, como se estas somente se aplicassem juridicamente apenas com fins sancionatórios estritos. Dos dois principais argumentos da tese, aquele que remonta à racionalidade da cobrança no direito anglo-saxônico em geral merece maior atenção, pois sua falha é menos evidente e seu teor mais persuasivo *a priori*.

O sistema jurídico inglês, influenciador da tradição anglo-saxônica, diferentemente do modelo brasileiro, baseia-se nos costumes e na construção histórica e consistente de precedentes para a aplicação do direito (DAVID, 2002, p. 355). Por isso, possui bases de características adversariais e procedimentais (DAVID, 2002, p. 364-365), não se lhe aplicando um sistema generalizante de comportamento em codificações escritas¹²². As obrigações civis,

¹²² Em vista da experiência anglo-americana, Fine (2011, p. 93) explica que o sistema é adversarial exatamente porque “as partes e seus advogados têm a responsabilidade de definir as questões litigiosas a fim de conduzir a investigação fática de pré-julgamento e a apresentação de provas perante aqueles que irão decidir a causa. O

que em países como o Brasil são sistematizadas abstratamente em codificações, na Inglaterra têm suas violações simplesmente tratadas como “faltas” ou “delitos civis” (*torts*), cujo efeito precípua é a aplicação de uma sanção compensatória correspondente, inclusive na seara contratual (*tort of trespass*). Assim, a rubrica de direito das obrigações, tal qual se conhece em sistemas jurídicos de tradição romanista, “não é conhecida na Inglaterra, onde só encontramos obras referentes aos delitos civis (*torts*), de um lado, e ao direito dos contratos (*contract*), de outro” (DAVID, 2006, p. 107).

Com efeito, na Inglaterra, todo delito civil é, em parte, apto a ensejar efeito indenizatório punitivo, mas, por evidente, as punições compensatórias decorrentes da falta contratual não são todas acatadas pelos magistrados ingleses de maneira pura e simples.

No caso das cláusulas que prefixam perdas e danos em favor de uma das partes, o sistema jurídico inglês se desdobra num modelo dualista, prevendo basicamente dois enquadramentos típicos de cláusulas possíveis, a saber, as *liquidated damages clauses* (cláusulas de danos liquidados) e as *penalty clauses* (cláusulas penais), cuja incidência jurídica à *fattispecie* independe da nomenclatura dada pelas partes.

As primeiras são aquelas que, na situação fática, revelam-se estimativas sinceras dos efetivos prejuízos que serão potencialmente suportados pelo credor na hipótese de falta do devedor, considerando o escopo e o sinalagma obrigacional (GLITZ; GODIM, 2018, p. 109). As segundas se verificam se a prefixação se afigurar *ad terrorem*, ou seja, se for exagerada a ponto de se converter em penalidade exorbitante. Às primeiras se defere a eficácia plena, enquanto às segundas se retira a exequibilidade¹²³ (GLITZ; GODIM, 2018, p. 108), de sorte a se aplicar judicialmente restrições “ao conteúdo de cláusulas cuja pena seja excessivamente desproporcional à natureza da obrigação tutelada” (RODRIGUES JR; LEONARDO, 2021, p. 295). Por isso, as cláusulas penais são inexecutáveis no direito inglês, mas as indenizações prefixadas são eficazes. Em síntese, segundo Rosenthal (2017b, 156), na realidade inglesa:

... juízos e tribunais consideram meritório que as partes queiram evitar conflitos posteriores, constituindo “*liquidated damages*”, como verdadeira estimativa de compensação de danos com base no provável prejuízo dos contratantes. Essa cláusula é perfeitamente executável. Todavia, não se admitem as “*penalty clauses*”, pelas quais

sistema baseia-se nas partes e seus advogados porque se acredita que o confronto entre as partes perante a Corte permite que seja revelada a verdade dos fatos e que a questão seja resolvida. Como resultado desse sistema, os advogados que atuam com cuidado em relação aos seus clientes são vistos como grandes responsáveis pelo resultado do caso em questão”.

¹²³ Como observa Rosenthal (2017b, p. 156), a “*penalty*”, para os ingleses, “significa o pagamento de uma quantia estipulada contratualmente, mas que não é passível de execução quando se revele exorbitante como alternativa aos danos que seriam apurados em juízo”.

qualquer dos contratantes possa ser punido monetariamente por falhar em sua performance.

Assim é que o enquadramento jurídico dado à cobrança de *demurrage*, tanto a de contêiner quanto a de navio, entre os ingleses, converte-se em *liquidated damage clause* em favor do armador (SCHOFIELD, 2011, p. 449-450), organizando-se de tal modo para permitir e tutelar cobranças até o limite da existência de proporcionalidade entre a demanda e os danos previstos (ROSENVALD, 2017b, p. 157). Não se descuida, portanto, que os próprios juristas ingleses reconhecem que, na prática comercial, as *demurrages* se consubstanciam em verdadeiras penalidades, mas fazem isso exatamente com o propósito de defender limitações aos valores exigidos pelos transportadores (FÓES, 2017, p. 98-102). Como bem observa Lôbo (2021, p. 125):

Existe uma preocupação internacional com os abusos das cláusulas penais, sobretudo quando inseridas em contratos de adesão a condições gerais ou impostas a contratantes juridicamente vulneráveis. A Resolução n. 38/135, de 1983, da Assembleia Geral das Nações Unidas, procurou estabelecer limites razoáveis à sua utilização, seja como verdadeira *penalty*, seja como mera *compensation*, recomendando a nulidade das penas exageradas.

Nesse passo, é exemplificativo o *leading case* *Makdessi vs. Cavendish Square Holdings* (2013), no qual as cortes inglesas entenderam que “cobrar sobre-estadia, indefinidamente, acarretaria em um montante deveras extravagante se comparado às possíveis perdas e danos gerados pelo atraso na devolução dos equipamentos” (FÓES, 2017, p. 100). Noutros casos, com base no dever de mitigar prejuízos da contraparte (*duty to mitigate the loss*), os juízes ingleses vedaram cobranças em valores superiores ao preço de contêineres novos, afirmando a presunção de inexistência de prejuízos pela não aquisição de nova unidade de carga pelo credor assim que alcançado montante para tanto (FÓES, 2017, p. 106-111).

Em síntese, verifica-se que a distinção entre o caráter indenizatório e punitivo da cláusula *demurrage*, alegado pelos transportadores, em verdade, tem relação com um contexto jurídico muito peculiar da Inglaterra que torna inexecutáveis cláusulas por rejeitar o caráter punitivo exagerado de certas convenções particulares. Assim, não há de se absorver a tradição inglesa como se fosse *more* internacional, posto não ser, sob pena de desdiferenciação e prejuízos à autonomia do sistema jusprivatista brasileiro.

Na realidade, as orientações jurídicas praticadas na Inglaterra e em outros países basicamente legitimam como correta a defesa da limitação do *quantum debeat* que, na

disciplina jurídica brasileira, é propiciada pelas cláusulas penais moratórias, especialmente em relação a valores cobrados por *demurrage*. Como bem observa Fôes (2017, p. 156-157):

Conceituar a sobre-estadia de contêiner no Brasil como cláusula penal e atribuir-lhe esta natureza jurídica não a distingue da sobre-estadia de contêiner perante o Direito Inglês, o qual atribui natureza jurídica de indenização prefixada. O que se tem são enquadramentos distintos do mesmo instituto, cada qual no seu ordenamento jurídico que, em regra, não atribuirá à sobre-estadia características diferentes. Isso, de fato, vem a consolidar as características do Direito Marítimo, quais sejam, a uniformidade e internacionalidade.

Ocorre que os tribunais brasileiros, bem assim parcela respeitável da doutrina jurídica maritimista, acolheram a tese apresentada pelos transportadores marítimos como correta. O entendimento de base à compreensão está basicamente na intuição de prejuízos sofridos pelo transportador, que evidentemente reutilizaria os contêineres retidos em outros fretes, pesando em desfavor do usuário a sua respectiva falta contratual¹²⁴. Através do Informativo de Jurisprudência nº 579/2016, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) aduz que:

Mesmo que o valor devido a título de pagamento de sobre-estadias (*demurrages*) seja muito maior do que o preço médio de venda de um contêiner idêntico ao locado, não será possível limitar esse valor se o seu patamar elevado apenas foi atingido em razão da desídia do locatário do bem (...). Salienta-se, ainda, que a eventual circunstância de o valor da indenização pelo descumprimento contratual poder atingir montante expressivo em razão, unicamente, da desídia da parte locatária não justifica sua redução pelo Poder Judiciário, sob pena de se premiar a conduta faltosa de devedor. De fato, não há falar na incidência do art. 412 do CC, uma vez que as *demurrages* têm natureza jurídica de indenização, e não de cláusula penal.

A interpretação é infeliz e, desde sua consolidação, contribui para asseverar um já crítico quadro de casuísmo, dispersão, fragmentariedade, assistemática, insegurança e inconsistência no âmbito dos Direitos Marítimo e Contratual brasileiros. Pode-se mesmo dizer haver o entendimento introduzido um modelo dualista de cláusulas penais (prefixação de perdas e danos) no país, sem qualquer justificativa plausível. Tal modelo, como se viu anteriormente, destoa inclusive do praticado internacionalmente, violando as expectativas razoáveis que emergem da função social e econômica da cobrança.

¹²⁴ Gibertoni (2014, p. 460), por exemplo, afirma o que segue: “Considerando que o transportador utiliza-se das unidades de contêineres para realizar seus contratos de transportes, não é demasiado concluir que a permanência prolongada do equipamento na custódia do consignatário gera desequilíbrio econômico, já que a atividade principal do transportador é vender frete, e frete representa espaço disponível no navio. Em se tratando de carga containerizada, indispensável a reutilização do equipamento, por esta razão, o transportador faz jus a recompensa consubstanciada na devolução tardia da unidade de carga”.

Ora, o sistema inglês, inspirador do entendimento dos copiosos tribunais brasileiros, admite abertamente a limitação da cobrança de sobre-estadia no tempo, entendendo existir inclusive desídia do transportador que não busca retomar a posse do cofre de carga motivado pelo propósito exato de acumular *demurrage ad aeternum* (FÓES, 2017, p. 99-100). No Brasil, entendimento tal deveria ser repetido, posto que, em vista da racionalidade jusprivatista fomentada pelos juristas do país, revela-se ser esta conclusão perfeitamente consentânea¹²⁵. Segundo Sanseverino (2010, p. 47):

A opção, portanto, pela reparação natural ou pela indenização pecuniária é um direito do credor da obrigação de indenizar na esfera de sua autonomia privada, mas sem natureza absoluta, devendo ser ponderada em face de outros princípios também consagrados pelo CC/2002, como o da boa-fé (arts. 113, 187 e 422), o da vedação do enriquecimento sem causa (art. 876) e, especialmente, o da reparação integral do dano (art. 944).

Logo, as cláusulas penais brasileiras não se diferenciam substancialmente da disciplina das *liquidated damages clauses* inglesas ao estabelecerem limites à cobrança, distinguindo-se apenas pela definição de um extremo objetivo pelo próprio legislador, sem prejuízo, contudo, à apreciação judicial casuística, admissível nos dois modelos, a ser operada com base em valores de ordem funcional e com adequada abertura de complexidade.

Em verdade, além de inapta ao fim de garantir uniformidade e internacionalidade ao direito obrigacional marítimo, a interpretação judicial consolidada no Brasil acerca da etiologia da cláusula *demurrage* de contêiner garante proteção desmedida aos interesses dos transportadores estrangeiros, beneficiando-os por sua própria desídia em retomar os cofres de carga e, não raro, em bem informar os usuários de seus serviços sobre as condições do pacto. Assim, estimula-se o contrassenso do ganho de lucros exagerados por cobranças ilimitadas e fixadas unilateralmente pelos próprios beneficiados, em direta oposição às pretensões de eficiência, segurança e agilidade que caracterizam a política regulatória do setor econômico afetado (art. 3º, VII, da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ).

No que se refere às cobranças de sobre-estadias, conseqüentemente, tem-se um contexto que vulnera expectativas razoavelmente esperáveis (*standards*) a partir das funções jurídicas atribuíveis à cláusula geral da boa-fé objetiva, a incluir o dever geral de mitigar os prejuízos da contraparte (SCHREIBER, 2013b, p. 46-49), o que macula o ambiente de confiança geral a que se deveria fomentar nas relações comerciais internacionais.

¹²⁵ “No direito brasileiro, o enunciado normativo do art. 947 do CC/2002, repetindo, em linhas gerais, o do art. 1.534 do CC/16, estabelece que a substituição da reparação do dano por uma indenização pecuniária ocorrerá quando ‘o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada’” (SANSEVERINO, 2010, p. 37).

Ocorre que a disfuncionalidade social e econômica do entendimento é o menos problemático dos efeitos causados pela jurisprudência consolidada entre os brasileiros. Na prática, o efeito juridicamente mais grave da interpretação supracitada é o rompimento da lógica operacional do sistema jurídico, engendrado pela assimilação de categorias estranhas em desfavor daquelas previamente estabelecidas nas estruturas. Disso decorre perda de autonomia apta a submeter o sistema às externalidades de outros sistemas sociais parciais, considerando a incorporação de relações de poder estranhas às expectativas normativas consolidadas.

É que a exegese assentada pelo STJ vulnera as bases do próprio princípio da indenidade no direito brasileiro, tudo em prol de uma leitura que mitiga a diferenciação funcional do subsistema jusprivatista mediante a incorporação e validação inconsistente de assimetrias econômicas no bojo das prestações sistêmicas.

Ora, o consenso contemporâneo entre os juristas pátrios “evidencia, na responsabilidade civil, diferentemente do que ocorre na responsabilidade penal, a primazia da extensão dos danos sofridos pela vítima sobre o grau de culpa do agente ofensor como o critério fundamental a pautar a fixação da indenização pelo juiz” (SANSEVERINO, 2010, p. 49). Assim ocorre porque a “avaliação negativa do comportamento subjetivo vai, gradativamente, passando de *fundamento* da responsabilização para um *elemento* ou aspecto do juízo de responsabilidade” (SCHREIBER, 2013b, p. 51). Com efeito, a “punição do agente pelo dano causado, preocupação pertinente ao direito penal, perde a importância no âmbito cível para a reparação da vítima pelos danos sofridos” (MORAES, 2006, p. 245).

Pelo exposto, a concepção individualista da responsabilidade civil, centrada no binômio liberdade-responsabilidade, encontra-se progressivamente superada (SCHREIBER, 2013b, p. 12), de sorte que o contexto contemporâneo assenta uma mudança na ênfase da justificação da responsabilização em favor da vítima (HIRONAKA, 2009, p. 197), a ser mediada pelo princípio da reparação integral dos danos (art. 944 do Código Civil). Como observa Sanseverino (2010, p. 34):

Os modos de reparação dos prejuízos ligam-se à função primordial da responsabilidade civil, que é restabelecer o equilíbrio social rompido pelo dano, devendo-se tentar, na medida do possível, recolocar o prejudicado, ainda que de forma apenas aproximativa, na situação em que se encontraria caso o ato danoso não houvesse ocorrido.

A ideia de reparação integral orienta funcionalmente o sistema de responsabilidade civil no sentido de que o agente que causou prejuízos a outrem deva reparar o que do evento resultou na exata extensão dos danos perpetrados, independentemente da fonte imediata da

obrigação (MONTEIRO FILHO, 2016, p. 80). Antes de punir, o propósito é reparar ou compensar o prejuízo, a fim de restituir o *status quo ante* injustamente maculado. Conseqüentemente, obsta-se à reparação civil qualquer propósito de vantagem e lucro, de modo que esta somente incida efeitos na hipótese de lesão a bem juridicamente tutelado, sem que se autorizem abusos (MORAES, 2006, p. 239-241).

Assim, a responsabilidade civil, por meio da regra da reparação integral do dano, deve estabelecer critérios de deferimento de tutela jurídica aptos a afastar do espectro operacional do sistema jurídico as demandas iníquas e frívolas, bem assim a vitimização social, tudo com o fulcro de desestimular comportamentos de má-fé e malícia. A medida supracitada se converte, portanto, num limite que configura uma garantia aos agentes sociais, uma vez que se defere ao credor o direito de ser reparado e ao devedor, concomitantemente, o direito de não dispendar nada além do que se fizer suficiente à reparação adequada (MONTEIRO FILHO, 2018, p. 15). Conforme Sanseverino (2010, p. 57):

Decompondo-se o conteúdo do princípio da reparação integral, podem-se identificar as suas três funções fundamentais: a) reparação da totalidade do dano (função compensatória); b) vedação de enriquecimento injustificado do lesado (função indenitária); c) avaliação concreta dos prejuízos efetivamente sofridos (função concretizadora).

A plena realização do propósito funcional de reparar integralmente os prejuízos nas relações civis e comerciais depende do estabelecimento de meios aptos a tanto em termos operacionais, por óbvio. E os tradicionais instrumentos existentes no sistema brasileiro são os elementos etiológicos da reparação civil. Assim, para que haja dever de compensar, deverá o interessado demonstrar judicialmente o preenchimento integral dos requisitos para tanto, consubstanciados nos aludidos elementos¹²⁶.

São os componentes essenciais da responsabilidade civil: a) a conduta ou o ato ilícito imputável ao agente, sendo a segunda nomenclatura própria a nomear o fenômeno em sede de responsabilidade aquiliana, ou seja, com fundamento na culpa *lato sensu* (elemento subjetivo da conduta e critério de antijuridicidade); b) o dano, razão de existência do dever de indenizar (MORAES, 2006, p. 239), a ser necessariamente certo, atual e subsistente, além de direto e/ou imediato (CRUZ, 2005, p. 32); e, c) o nexo de causalidade, representativo da *quaestio facti* que liga os elementos anteriores e denotam relações de causa e efeito (GOMES,

¹²⁶ Consoante Pereira (2016b, p. 46), no bojo da responsabilidade civil, tem-se que na “imputabilidade há um vir-a-ser, que se converte em obrigação quando se lhe segue a comprovação dos elementos integrantes da responsabilidade”.

2011, p. 79). Em síntese, os elementos etiológicos da responsabilidade civil, em razão da utilidade operacional que nutrem, são os instrumentais por meio dos quais tradicionalmente se estrutura a seleção dos interesses reputados dignos de tutela jurídica na matéria, servientes de sólida barreira ao abuso e à judicialização indevida.

Ocorre que tais mecanismos seletivos, filtros da reparação civil, sofrem intensa erosão no atual contexto, o que resulta na maior flexibilização dos critérios respectivos (SCHREIBER, 2013b, p. 11-12). A culpa, por exemplo, passa por gradual objetivação, seja através de presunções, do estabelecimento de *standards* de conduta ou da responsabilização objetiva, pelo que a demonstração do requisito se facilita substancialmente. Afora isso, no âmbito da responsabilidade civil negocial, a demonstração do elemento subjetivo da conduta já é muito facilitada, posto que, pela existência de um comando prévio e específico a que o agente voluntariamente assente, presume-se sua configuração do próprio fato do inadimplemento (PEREIRA, 2016b, p. 325). Igual flexibilização se verifica no que se refere ao nexos causal, admitindo-se, de maneira cada vez mais aberta, reparações com base em presunções, danos indiretos e perdas de oportunidades de ganhos ou de prevenção de prejuízos.

Com efeito, diante da conjuntura, é da maior importância a adstrição pelo operador jurídico às regras de constatação do elemento dano, tanto no que concerne ao *an debeatur* quanto ao *quantum debeatur*, sob pena de fomento inadequado de um ambiente demasiadamente expansivo da responsabilização civil.

Logo, *pas de préjudice, pas de responsabilité civile* (nenhum dano, nenhuma responsabilidade), ou seja, somente pode ser autorizada a responsabilização se houver dano efetivo correspondente (NORONHA, 2003, p. 473), ocasião em que deve prevalecer a regra *tout le dommage, mais rien que le dommage* (todo o dano, mas não mais que o dano), preservando o aludido elemento etiológico tanto quanto possível.

Ora, se é “princípio capital, em termos de liquidação das obrigações, que não pode ela transformar-se em motivo de enriquecimento” (PEREIRA, 2016b, p. 409), o dano indenizável haverá de ser apenas aquele efetivamente ocorrido e provado. Por corolário lógico, a liquidação do devido se fará sempre posteriormente à ocorrência do injusto. E o que garante a reparação hígida é exatamente a apreciação adequada do prejuízo, em vista de sua extensão apreensível *a posteriori*.

Entretanto, o sistema do direito brasileiro não veda que a liquidação das perdas e danos ocorra previamente à verificação do prejuízo, desde que se dê por ajuste válido, expresso e inequívoco (PEREIRA; SILVA, 2022, p. 181). Para tanto, contudo, instituiu meio apropriado, a saber, as cláusulas penais, dotadas da precípua função de servir de hipótese típica de regulação

dos efeitos do inadimplemento pela autonomia privada (MIRAGEM, 2021, p. 320). Ou seja, “verifica-se ser a cláusula penal, compensatória ou moratória, uma forma de aplicação da responsabilidade civil contratual” (CASSETTARI, 2017, p. 60), razão pela qual, sobre a função indenizatória do pacto, incidem as regras compatíveis de configuração, atenuação e exclusão do dever de indenizar.

A cláusula é estruturalmente incorporada no sistema como excepcional, exigindo-se ajuste expresso e inequívoco, oriundo de consentimento livre e informado, de sorte a inadmitir o afastamento das regras ordinárias de responsabilização por mera inferência. E isso se justifica para salvaguardar os princípios basilares da responsabilidade civil no direito brasileiro, em suas regras ordinárias mestras e ordenadas à luz da função do instituto.

Na hipótese da cobrança de *demurrage* de contêiner, o dano resta como o último filtro a impedir cobranças abusivas, uma vez que a culpa do usuário é presumida, quando não erroneamente objetivada pelos tribunais brasileiros¹²⁷, bem assim o nexo causal é facilmente constatado pela efetiva inoccorrência de devolução da unidade de carga. Por essa razão, ao admitir uma forma de indenização fixada pelo beneficiário, desvinculada da efetiva extensão do dano e sem qualquer extremo, o STJ contribui com a erosão deste último elemento etiológico exigível à espécie, o que eleva a insegurança jurídica, incentiva abusos, força a judicialização e culmina em inconsistência de tratamento aos jurisdicionados.

Na realidade, importa consignar, a categoria “indenização por prefixação” é tipo indenizatório inexistente no direito brasileiro, pois prescinde da prova do dano, do consentimento expresso das partes e ignora a existência de hipótese legal típica de regulação privada dos efeitos do inadimplemento. Ao contrário do que afirmam os transportadores marítimos, a utilização deste critério é assistemática e equivale à instituição de uma penalidade

¹²⁷ Sobre a questão, importa destacar que a responsabilidade civil pelo pagamento de *demurrage* de contêiner é aquiliana, não objetiva. Ora, o fato de ser difícil se afastar a presunção de culpa decorrente do caráter negocial da obrigação não objetiva a responsabilização respectiva, tampouco a simples possibilidade de exclusão da cobrança pela demonstração de excludentes de nexo causal. Nesse sentido, é de se lembrar ser a responsabilidade objetiva uma medida distributiva de riscos que visa que o agente econômico internalize previamente determinados riscos como custos de sua atividade por força de interesse público, o que incoorre na hipótese. Com efeito, são inadequados, por desvios de perspectiva, entendimentos como o que segue: “TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL DE MERCADORIAS. SOBREESTADIA DE CONTÊINERES. AÇÃO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE QUANTIA EM DINHEIRO. IMPROCEDÊNCIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. (...). Agente importadora que assumiu, validamente, termo de responsabilidade pela devolução de contêineres utilizados para o transporte. "Demurrage". Natureza indenizatória. Responsabilidade contratual objetiva, independentemente da análise de culpa pelo atraso. Comprovação de que a devolução de uma unidade de carga ocorreu fora do tempo livre estabelecido ("free-time"). Sobreestadia ocorrida. Legitimidade da pretensão condenatória. Reforma da conclusão de primeira instância. Procedência do pedido. Sucumbência a cargo da ré. Recurso provido” (TJ-SP 10010098420168260562 SP 1001009-84.2016.8.26.0562, Relator: Sebastião Flávio, Data de Julgamento: 16/03/2018, 23ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/03/2018).

ad terrorem (PEREIRA; SILVA, 2022, p. 181). Portanto, a categoria não coaduna com a racionalidade funcional informadora da reparação civil contemporânea no subsistema jusprivatista pátrio.

Tem-se então que a conclusão lançada pelo STJ, ao argumento de proteger a vítima do dano, desvirtua a lógica operacional da responsabilidade civil, fugindo à necessária adstrição aos limites do ordenamento pela inobservância das fontes e dos modelos jurídicos aplicáveis. Representa leitura fenomênica que inadequadamente superpõe conceitos e argumentos funcionalistas àqueles normativos (GRAU, 2009, p. 288). Consequentemente, macula-se o decidido por falta de concordância prática, sistematicidade e consistência, tanto mais porque “quando o Judiciário incorpora em sua atividade elementos estranhos ao sistema jurídico, acaba rompendo com sua lógica operacional, politiza a aplicação do direito e provoca a erosão dos marcos de referência” (PEREIRA, 2018, p. 53).

O engenho criativo *contra legem* do intérprete judicial no caso, por ignorar deliberada e injustificadamente a disciplina jurídica das cláusulas penais, deve ser revisto e corrigido em respeito à deliberação democrática consubstanciada em lei e às expectativas dos agentes econômicos, tudo observando os vetores orientacionais da autonomia privada, da boa-fé objetiva, da confiança e do *pacta sunt servanda*.

Noutra senda, ainda que a “indenização por prefixação” fosse um tipo indenitário lícito, a conviver com as cláusulas penais, o entendimento consolidado mesmo assim violaria a regra segundo a qual deve ser aplicada a interpretação mais favorável ao aderente nas avenças por adesão, o que se coaduna com a espécie, independentemente de serem as partes reputadas hipossuficientes materialmente ou não, posto que a assimetria contratual não representa requisito à utilização do critério exegético (art. 423 do Código Civil).

A interpretação judicial supracitada fez recair sobre as agências reguladoras competentes demandas que não se verificariam normalmente. Ora, em situações ordinárias, descabe aos órgãos regulatórios proceder com o exame do enquadramento jurídico de institutos negociais de direito privado, como as cobranças de sobre-estadias de contêiner, especialmente no caso brasileiro em que a cobrança se configura em cláusula penal, não sendo a tese da “indenização por prefixação” sequer uma opção regulatória licitamente possível. Entretanto, diante do casuismo jurisprudencial que se verifica na realidade nacional acerca da temática, por excepcionalidade, a intervenção da agência especializada sobre esta questão curiosamente se faz imperativa, tudo a partir de sua autonomia e independência técnica.

Inobstante, a ANTAQ, mesmo após a publicação pelo STJ do Informativo de Jurisprudência nº 579/2016, nada disciplinou explicitamente acerca da controvérsia. No sentido

de regular as cobranças de sobre-estadia de contêiner, apenas exarou a Resolução Normativa nº 18/2017, substituída recentemente pela Resolução Normativa nº 62/2021, ocasião em que afirmou as orientações da política comercial brasileira e os deveres de transparência dos transportadores marítimos, mas se omitiu sobre a controvérsia em torno da natureza jurídica da cobrança. Isso evidentemente impediu uma análise mais profunda das opções regulatórias e desestimulou a realização de estudos de impacto¹²⁸.

Contudo, após ser denunciada junto ao Tribunal de Contas da União (TCU) por suposta omissão regulatória¹²⁹, a ANTAQ aprovou, como tema 2.2 da Agenda Regulatória do biênio 2020/2021, a tarefa de desenvolver metodologia sobre a abusividade de cobrança de sobre-estadia de contêineres, a fim de alinhar entendimentos sobre a etiologia da cobrança, recolher contribuições externas e sondar o mercado a respeito da temática.

No relatório preliminar de Análise de Impacto Regulatório (AIR) divulgado sobre a matéria (BRASIL, 2021d), constatou-se: a) o aumento dos valores mundialmente cobrados a título de sobre-estadia de contêiner e o aumento da judicialização da questão nos últimos anos; b) que internacionalmente se entende pela oportunidade de se incentivar a pronta movimentação de cargas e a modicidade das tarifas, com análise de situações atenuantes, inclusive; c) a necessidade de haver transparência informacional por meio de linguagem padronizada e simplificada pelos transportadores, além do estabelecimento de um tempo livre realista; d) a necessidade de estabelecimento de diretrizes explícitas sobre a questão, considerando ainda as distinções entre as *demurrages* de navio e de contêiner; e) que 100% dos usuários de transportes marítimos e 66,7% dos agentes intermediários entendem pela necessidade de regulação específica da controvérsia das *demurrages*, enquanto 77,8% dos transportadores defendem a manutenção da situação presente; e, f) que os valores e o *free time* que são praticados no Brasil, a partir da análise do Porto de Santos em comparação com portos estrangeiros, seguem padrão semelhante àquele internacionalmente praticado, doravante mais benéficos na hipótese de exportação (BRASIL, 2021b).

Assim, concluiu-se na aludida análise parcial (BRASIL, 2021c): a) que o enquadramento jurídico adequado à cobrança é o de cláusula penal moratória, com ponderação

¹²⁸ Art. 6º da Lei nº 13.848/2019: “A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo”.

¹²⁹ A denúncia apresentava a questão e apontava suposta omissão da ANTAQ em prejuízo dos usuários de transportes marítimos nacionais. Analisando a controvérsia, por meio do Acórdão nº 2877/2021 (decorrente de sessão datada de 1/12/2021 nos autos TC 005.639/2019-0), o Plenário da Corte de Contas Nacional entendeu que faltou à referida agência, até aquela data, o amparo da fundamentação de suas decisões acerca das *demurrages* em efetivo estudo prévio de impacto regulatório, malgrado tenha reputado inexistir qualquer omissão.

casuística de eventual abusividade; b) é oportuna a manutenção dos termos da Resolução Normativa nº 18/2017/MTPAC/ANTAQ, revogada e substituída pela Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ; c) é necessário o fomento da transparência das cobranças, com realização de pesquisas periódicas sobre os preços tabelados e estipulação de padrões de referência para eventuais reclamações.

A partir de informações fornecidas pela ANTAQ com base na Lei nº 12.527/2011, a Lei de Acesso à Informação (LAI), constatou-se ainda que o Tema 2.2 da Agenda Regulatória do biênio 2020/2021 resta pendente de conclusão, uma vez que, após a realização da Audiência Pública nº 13/2021, a Diretoria respectiva solicitou dilação de prazo para a realização de nova AIR ainda em execução.

Inobstante, com a edição da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ, indica-se uma maior inclinação da agência em regular mais ativamente o mercado de transporte marítimo nos próximos anos, talvez em razão dos aumentos de custos logísticos atuais e seus imediatos impactos econômicos. Segundo a referida norma, o “estabelecimento de preços, fretes, taxas e sobretaxas aplicáveis às navegações de apoio marítimo, apoio portuário, cabotagem e longo curso devem atender os normativos vigentes da ANTAQ” (art. 41 da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ), mencionando-se, ainda, que os “transportadores marítimos e os agentes intermediários deverão encaminhar à ANTAQ, sempre que solicitados, os valores devidamente especificados cobrados dos usuários, embarcadores ou consignatários” (art. 16 da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ).

Ante o exposto, por fim, apresentado o contexto das demandas de *demurrage* de contêiner, pode-se passar ao estudo da proposta constante no PL nº 487/2013 acerca do assunto, permitindo uma análise consistente da capacidade geral do projeto de trazer soluções adequadas à regulação jurídica da cobrança em apreço no âmbito prestacional do sistema jurídico. É o que se fará adiante.

4.3) MODELOS JURÍDICOS À CLÁUSULA *DEMURRAGE* DE CONTÊINER A PARTIR DO PL Nº 487/2013

Diante da exposição já realizada, observa-se que, definitivamente, não se pode avaliar adequadamente o sistema jurídico se se descuidar da estrutura predominantemente adversarial e decisória do procedimento judicial, uma vez que, do ponto de vista prestacional, os processos judiciais representam instrumentais à aplicação do direito por excelência.

Assim, uma regulação jurídica adequada deve projetar, além de possibilidades abstratas, procedimentos cognitivos intuitivos e adequados às situações de complexidade que

se apresentem ao sistema, fomentando um ambiente de menor litigiosidade e influenciando a tomada de decisão jurídica em desavenças concretas, por conseguinte.

Por isso, o intento deste subcapítulo será propor um modelo jurídico que, tendo em conta a exposição anterior e o disposto no PL nº 487/2013, bem oriente a formatação de procedimentos judiciais decorrentes de litígios acerca da cláusula *demurrage* de contêiner, alinhando os direitos abstratos aos procedimentos concretos.

De início, importa considerar que os “processos estão organizados na forma de um episódio temporalmente limitado, que se inicia com uma demanda e termina com uma decisão. Princípio e fim são, portanto, momentos constitutivos de todo sistema processual” (LUHMANN, 2016, p. 276). No caso do procedimento judicial, diferentemente de outros tipos procedimentais, há a particularidade básica de que os juízes se submetem à obrigatoriedade de decidir independentemente de consensos entre os interessados, não se podendo furtar ao dever de solucionar as controvérsias e apresentar fundamentação suficientemente sólida (LUHMANN, 2016, p. 431).

Assim, diante de um conflito episódico em que as partes interessadas, dignas de igual respeito e consideração, afirmam-se titulares de direitos e prerrogativas antagônicas e inconciliáveis, ao sistema jurídico indubitavelmente caberá apenas processar a incerteza até uma decisão sobre a situação da desavença (LUHMANN, 2016, p. 92). Ou seja, o processo judicial é o instrumento que coloca o código lícito/ilícito em suspenso até uma tomada de posição definitivamente subsidiada pelo órgão julgador.

Enquanto se processa a incerteza sobre o resultado do feito, as partes podem se sentir capazes de influenciar nos rumos da decisão, assumindo papéis, especificando descontentamentos e manifestando suas perspectivas quando oportuno, conforme regras previamente fixadas. E é a exata atuação perpetrada pelos próprios partícipes que culmina na legitimação do processo, considerando que, através desta participação, especificam-se papéis e posições que vinculam os comportamentos intersubjetivos, fracionando argumentos para restringir a controvérsia e reduzir complexidade informacional, de sorte a vincular a própria decisão final (LUHMANN, 2016, p. 277)¹³⁰. Logo, o “objetivo do procedimento juridicamente

¹³⁰ Pressupondo uma ordenação consistente das regras processuais, em termos descritivos, é “improvável, conforme a teoria luhmanniana, que duas partes cheguem a um consenso em um processo judicial (os atos de comunicação são improváveis). Todavia, a aceitabilidade da decisão oriunda do tribunal, mesmo que contrária ao interesse de uma das partes, é mais fácil de ser aceita pela outra parte após a realização dos procedimentos jurisdicionais. A legitimação, portanto, não possui um valor intrínseco, baseada na distinção certo/errado, mas ocorre com base no procedimento” (ROCHA; COSTA, 2021, p. 41).

organizado consiste em tornar intersubjetivamente transmissível a redução de complexidade” (LUHMANN, 1980, p. 27). Sintetiza Luhmann (2016, p. 444) que os processos judiciais:

... se iniciam com a aceitação, expressamente cuidadosa, da incerteza da decisão, e assim encaminham a colaboração, especificam papéis, contribuições, delimitam pontos de conflito, até que a decisão apareça como resultado “lógico” do procedimento jurídico. Com o estreitamento da comunicação mediante a cooperação dos participantes, também os protestos podem ao mesmo tempo ser absorvidos, com a consequência de que após a decisão só seja possível impugnar à medida que o permitam os mesmos meios jurídicos.

No direito brasileiro, seguindo a tradição romano-germânica, organiza-se o raciocínio de forma que as prerrogativas próprias da atuação processual dos agentes se diferenciem das situações jurídicas de base que motivam o conflito jurídico entre estes. Há distinção entre o direito material (pessoal ou real) e o direito processual dos indivíduos, de modo a se deferir possibilidades de atuação procedimental independentemente do mérito da espécie. Com efeito, a demanda judicial é em si retratada de maneira abstrata, assim como os próprios direitos intersubjetivos alegados.

Nessa conjuntura, o direito de buscar a tutela judicial de algum direito subjetivo (direito de ação), exercido pelo ato-fato da atuação num processo judicial, estrutura-se a partir de determinados elementos. Em geral, diz-se serem estes as partes (elemento subjetivo), o pedido (elemento objetivo) e a causa de pedir (elemento formal). A ideia é que exista uma correspondência entre tais elementos e aqueles que estruturam as próprias relações juridicamente tuteladas que motivam o exercício do direito de atuação procedimental¹³¹.

Exercido o direito de ação, o processo judicial deverá observar determinados pressupostos para que possua um desenvolvimento válido, assim como ocorre com o processo obrigacional correspondente ao direito material. Os pressupostos tem relação com a existência de órgão judicial competente, capacidade e legitimidade das partes (pertinência entre sujeitos e objeto), interesse e/ou necessidade da tutela jurisdicional, inexistência de requisitos objetivos negativos e escolha pelo interessado das vias processuais adequadas ao atendimento da demanda (DIDIER JR, 2015, p. 309-370).

No caso de ações judiciais baseadas na cláusula *demurrage* de contêiner, tem-se se tratarem de demandas pessoais que visam condenar a parte faltante ao cumprimento de

¹³¹ Assim, por exemplo, no caso de uma demanda de obrigação contratual de fazer por inadimplemento culposo, o elemento objetivo do direito de ação (pedido) nada mais é que o cumprimento da prestação (elemento objetivo da relação obrigacional), a vincular as mesmas partes (elemento subjetivo), diferenciando-se apenas em relação ao ato-fato jurídico gerador do direito subjetivo (elemento formal), pois a causa de pedir ou exigir na relação obrigacional será o contrato, enquanto na relação processual será o descumprimento deste.

prestação negocialmente acordada. Objetiva-se, a um só tempo, permitir executividade à cláusula penal, apurando o *quantum* devido, e propiciar a retomada do cofre de carga pelo transportador. É oportuno adequar o procedimento tendo em conta o bom cumprimento destes exatos desideratos, considerando a função ínsita à cláusula que o motiva.

A cobrança de sobre-estadia deve ser proposta pelo transportador marítimo mediante atuação de seu representante legal, preenchendo-se assim os pressupostos de capacidade do agente e legitimidade processual ativa (art. 17, 70 e 75, VIII e X, todos do NCPC). Eventual mandatário do transportador não poderá cobrar *demurrage* em nome próprio e deverá demonstrar ter poderes de representação conferidos pelo titular do direito¹³² (SILVEIRA, 2018, p. 41), sob pena de extinção do feito sem resolução do mérito (art. 18 e 76, §1º, I e III do NCPC). Ademais, a ação judicial deverá ser devidamente acompanhada por advogado com capacidade postulatória hígida (art. 103 do NCPC).

A medida deve ser ajuizada perante o órgão jurisdicional brasileiro competente, a teor do art. 9º, §1º do Decreto-lei nº 4.657/1942¹³³, normalmente com base em cláusula de eleição de foro nacional, posto que as cláusulas, geralmente flutuantes, “de eleição de foro estrangeiro em contratos internacionais têm sido consideradas inválidas em razão do disposto no art. 88 do Código de Processo Civil (CPC) e no art. 12 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)” (MARTINS, 2015, p. 538-539)¹³⁴.

A ação judicial proposta será de conhecimento, em vista da necessidade de análise da higidez do direito de crédito alegado, tanto para a verificação de sua existência quanto para a constatação de sua extensão, na forma do art. 319 do NCPC. A iniciativa se dará necessariamente dentro do lapso prescricional, que será de 1 (um) ano, a contar do dia da

¹³² Nesse ponto, a prática comercial da criação de fundos comuns de compensação entre agentes marítimos e transportadores (BORDAHANDY, 2015, p. 194) não assume relevo para ampliar a legitimação ativa. E o art. 13, § único da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ dispõe: “O agente intermediário, atuando exclusivamente como agente marítimo, conforme as atribuições dispostas no art. 2º, inciso II, alínea “b” desta Resolução, somente poderá cobrar do embarcador, consignatário, endossatário, portador do BL, devedor solidário ou daquele expressamente designado em instrumento contratual específico, aqueles valores que são devidos ao transportador marítimo”.

¹³³ Art. 9º do Decreto-lei nº 4.657/1942: “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. §1º *Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil* e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato” (*grifos nossos*).

¹³⁴ Na prática, as cláusulas de foro internacionais são constantemente objetos de disputas legais. Por um lado, argumenta-se em favor de uma suposta vantagem de foros especializados (SPARKA, 2010, p. 5-6), assim como da existência de mercados competitivos nas grandes nações mercantes (SPARKA, 2010, p. 150-152). Por outro, diz-se que os custos adicionais para litigar em foros estrangeiros desfavorece importadores de nações em desenvolvimento, que não possuem a mesma capilaridade logística dos transportadores marítimos de países desenvolvidos, malgrado sejam tais alegações empiricamente controversas (SPARKA, 2010, p. 8). Em todo caso, a tendência é de reconhecimento de que as referidas cláusulas são inválidas porque desrespeitam as políticas públicas do lugar da execução do contrato (SPARKA, 2010, p. 8), sem descuidar que a rejeição se assevera em relação a ações movidas contra terceiros (SPARKA, 2010, p. 38).

devolução da unidade de carga ou do momento em que for considerada perdida (art. 150, II, “g” do PL nº 487/2013). Acaso proposta após o lapso prescricional, oportunizada a prévia manifestação da parte autora, o magistrado julgará o feito com exame do mérito para declarar a improcedência liminar do pedido, *ex vi* do art. 332, §1º do NCPC.

Atualmente, no Brasil, o prazo prescricional para cobrança de sobre-estadias de contêiner oriundas de transporte unimodal, o mais utilizado, é de 5 (cinco) anos (Informativo de Jurisprudência nº 568/2015 do STJ), em oposição à prática internacional e à disciplina nacional do transporte multimodal que reconhecem a prescrição anual. É que o Superior Tribunal de Justiça do país, diante da ausência de previsão legal de prazo prescricional distinto, aplicou à cobrança o prazo quinquenal utilizado em geral às demandas contratuais, ao legítimo argumento da impossibilidade de interpretação analógica da regra prescricional anual da multimodalidade à questão. Entretanto, o extremamente dilatado lapso temporal quinquenal fomenta a contraditória desídia dos transportadores na retomada das unidades de carga, em especial diante da etiologia atribuída judicialmente à demanda.

Nesse passo, a redução do prazo prescricional proposta no PL nº 487/2013 se afigura deveras oportuna, mas o termo inicial deve ser reconsiderado pelo legislador, pois a escolha então realizada implicitamente retira dos feitos fundados na cláusula *demurrage* a função de retomada do contêiner. Ora, a racionalidade econômica da cobrança indica ser mais adequada a instituição de regras de fomento à cumulação objetiva dos pedidos de retomada do compartimento de carga e de execução da indenização prevista na cláusula penal, flexibilizando o dogma da incoercibilidade das obrigações para que se operem concomitantemente as tutelas genérica e específica, sem que a definição do objeto do intento fique ao puro arbítrio do credor¹³⁵, portanto. Por isso, o prazo prescricional deveria contar da data em que se verifica o início do inadimplemento culposo do devedor, considerando que a previsão contratual expressa da prestação acessória aperfeiçoa a mora de pleno direito (art. 397, *caput* do Código Civil).

A previsão legal de um prazo prescricional mais curto, junto ao estabelecimento da necessidade de cumulação objetiva dos pedidos acima mencionados na hipótese de pendência da devolução do contêiner, incrementa agilidade, racionalidade, integridade e eficiência instrumental às relações jurídicas e econômicas do setor, incentivando a pronta resolução de demandas, além de comportamentos confiáveis e intuitivos pelas partes.

¹³⁵ Nesse sentido, vale ressaltar que a obrigatoriedade da cumulação objetiva dos pedidos se apresenta como hipótese de exceção na prática corrente, aplicável ao caso das cobranças de sobre-estadia somente porque se revela a opção com melhor adequação à espécie, e, como bem observa Rosenvald (2017b, p. 153), “a tutela específica não é da essência do direito civil, devendo ser posta em cena apenas quando a indenização não se revele a pretensão adequada”.

E, importa exortar, a atuação do legislador nesse sentido se faz premente, pois o fim a ser alcançado exige uma refletida estruturação jurídica de fomento. Não é oportuno esperar o alcance dos mesmos fins somente a partir da conduta espontânea dos particulares, tanto mais porque o transportador, credor e prejudicado na espécie, não está obrigado a agir virtuosamente em todo caso. Logo, é a exata arquitetura de direito material e processual o mecanismo vocacionado a incentivar mais ou menos a realização de condutas que acenem aos fins reputados mais dignos de incentivo, favorecendo a eficiência econômica, a pacificação social e a manutenção da economia contratual (ANDRADE; RUAS, 2016, p. 129).

A petição inicial proposta deverá se fazer acompanhar dos documentos que provam o direito alegado, *in casu*, os pressupostos à cobrança de sobre-estadia de unidades de carga, sob pena de preclusão do direito de provar (art. 319, VI, e art. 320, ambos do NCPC). O juntado deverá demonstrar a legitimidade das partes, a existência e o conteúdo do contrato de transporte, bem como a data da carga, da descarga, da disponibilização, da retirada e, eventualmente, da devolução do compartimento pelo sujeito passivo. Assim, poder-se-á constatar a previsão expressa da cláusula penal, do *free time* e do limite indenizatório (valor do frete), indiciando ainda o *quantum debeatur* e o inadimplemento culposo do devedor, que é presumido na hipótese (art. 801 do PL nº 487/2013).

A colação do *bill of lading* é medida essencial, sendo oportuna ainda a anexação da fatura comercial que especifica a cobrança e espelha as condições previamente negociadas. Resta desnecessária a comprovação da propriedade da unidade de carga. Documentos em posse de terceiros, como o *tally* da descarga e o recibo do terminal portuário, podem ser convenientes às alegações autorais, deferindo-se em favor do credor o direito de requerer judicialmente a apresentação em caso de recusa de disponibilização pelo portador, consoante possibilita o art. 380 do NCPC.

Resumidamente, cabe ao transportador, por meio da documentação acostada, contextualizar todo o programa contratual que estipulou unilateralmente à aceitação da contraparte, denotando o cumprimento de deveres de publicidade e informação, além da existência de causa de pedir ao direito de ação (art. 319, III do NCPC). No caso de cobranças de sobre-estadia de contêiner, a juntada de provas documentais é essencial ao sucesso do intento, uma vez que a obrigação acessória pleiteada, assim como aquela principal da avença de transporte, somente se prova por escrito.

Ocorre que, na realidade brasileira, é incomum que as propostas de cobranças judiciais de sobre-estadia se façam acompanhar dos elementos mínimos a indicar hígidez e a obediência aos princípios contratuais. É que o principal documento apresentado nas demandas

não costuma resultar do consentimento informado das partes na origem do pacto de transporte, posto ser confeccionado em apartado pelo transportador para assinatura pelo consignatário após a chegada da mercadoria no porto de destino, em geral sob a ameaça de não liberação do cofre (MARCHIOLI, 2019, p. 108). Trata-se do chamado “termo de responsabilidade” ou “termo de retirada de unidade de carga”.

O termo de responsabilidade é aditivo ao pacto principal, não um novo contrato, pelo que deve espelhar as condições previamente acertadas em respeito à unicidade da operação econômica instrumentalizada. Isso porque o contrato de transporte se faz por adesão do usuário, de sorte que não poderá o transportador acrescentar obrigações à contraparte por meio do aludido instrumento em apartado, em especial depois de cumpridas as prestações principais da avença, surpreendendo-o com novas exigências que não puderam ser objeto de ponderação no momento constituinte do vínculo. Por conseguinte, na ambiguidade e/ou contradição das cláusulas contratuais prevalecerá o entendimento mais benéfico ao aderente (art. 423 do Código Civil), bem assim vinculará as partes apenas a alocação de riscos primitiva na hipótese de omissão (art. 14, II e art. 16, ambos do PL nº 487/2013 c/c art. 421-A, II do Código Civil), impedindo-se que o transportador se aproveite de sua posição dominante para suprir a própria falta e extorquir uma declaração de vontade defeituosa.

Consoante o art. 803 do PL nº 487/2013, o “termo de retirada de unidade de carga que preencher os requisitos previstos neste artigo, devidamente assinado por duas testemunhas e acompanhado do respectivo contrato ou conhecimento, consiste em título executivo extrajudicial”. São requisitos do termo a identificação do embarcador, do consignatário, das unidades de carga, do *free time* e do valor da sobre-estadia (art. 803, § único do PL nº 487/2013). Assim, excepcionalmente, havendo assinatura do aludido instrumento em apartado, poderá o processo judicial respectivo licitamente iniciar da fase executiva, seguindo o procedimento de execução de título executivo extrajudicial (art. 783, 784, III, e 786, § único, todos do NCPC). Ainda assim, vale mencionar, caberá ao transportador colacionar aos autos todos os documentos pertinentes à compreensão do programa contratual e do direito alegado, na forma anteriormente exposta.

Apresentada a causa de pedir, incumbe ao interessado esboçar seus pedidos à apreciação judicial, obedecidos os requisitos de certeza e determinação (art. 322 e art. 324, ambos do NCPC). No caso de demandas fundadas em *demurrage* de contêiner, os pedidos possíveis são a condenação do devedor para pagar o valor apurado pela cláusula penal e para devolver o compartimento de unitização, se esta medida ainda não se verificou. Entretanto, a

dúvida pende quanto à efetiva obrigatoriedade ou não da cumulação objetiva dos pedidos de retomada do cofre e de pagamento das perdas e danos.

Segundo o PL nº 487/2013, em “caso de inadimplemento, o empresário credor pode exigir judicialmente o cumprimento da obrigação” (art. 355, *caput*) ou ainda “optar por apenas demandar perdas e danos” (art. 355, § único). A citada previsão indica que a cumulação objetiva não é obrigatória, portanto. Isso se assevera se se considerar que o PL nº 487/2013 estabelece à retomada do contêiner um procedimento específico. *in verbis*:

Art. 805 do PL nº 487/2013. Independentemente da sobrestadia de unidade de carga, o transportador pode demandar judicialmente a busca e apreensão da unidade de carga depois de decorridos trinta dias do termo do prazo para devolução, independentemente de prévia notificação.

§ 1º. Somente é admissível a busca e apreensão de unidade com carga ainda nela acondicionada, na hipótese de a unidade encontrar-se nas próprias dependências finais do consignatário ou destinatário, quando o juiz determinará seu esvaziamento às expensas destes.

§ 2º. A liminar de busca e apreensão pode ser deferida independentemente de prestação de caução.

§ 3º. As partes podem convencionar no termo de retirada da unidade de carga prazo maior do que o previsto neste artigo.

E na espécie, dispõe o PL nº 487/2013, o credor teria, ante o inadimplemento culposos do devedor, direito ainda aos consectários legais, a incluir entre estes a cláusula penal (art. 356, IV do PL nº 487/2013). Trata-se de errônea grave, pois, em verdade, a cláusula penal é indenização convencional de perdas e danos, não consectário atribuível a estas. Portanto, a imprecisão deve ser corrigida, uma vez que os próprios redatores do projeto optaram por preservar a aplicação subsidiária do Código Civil no que se refere às cláusulas penais.

Em todo caso, resta necessário enfatizar a inadequação geral dos citados dispositivos legais ao atual contexto das discussões jurídicas acerca da responsabilidade civil, orientado a privilegiar o cumprimento das prestações *in natura* e para autorizar a conversão da obrigação em perdas e danos apenas excepcionalmente, se verificada a imprestabilidade da execução específica (SANSEVERINO, 2010, p. 35).

Com efeito, tem-se ser adequado que o PL nº 487/2013 estipule a obrigatoriedade da cumulação objetiva de pedidos pelo autor se preenchidos os requisitos fáticos, ou ainda que repute implícito o pedido de retomada da unidade de carga, tudo para possibilitar ao magistrado determinar a pronta execução do devido, tanto para a obrigação de pagar *demurrages* quanto para a de entregar o compartimento.

No caso de já haver se verificado a devolução da unidade de carga, o pedido autoral, no bojo da execução do título (termo de responsabilidade), será para citar o devedor para pagar

as sobre-estadias em 3 (três) dias ou opor embargos à execução (art. 829 e art. 914, ambos do NCPC). Se a demanda não se fundar em título, o pedido da possível ação de conhecimento será pela condenação do devedor ao pagamento das perdas e danos convencionadas, citando-o para participar da audiência de conciliação e depois contestar, sob pena de se verificarem os efeitos revelia (art. 334, art. 335 e art. 344, todos do NCPC).

Por outro lado, pendendo de cumprimento a obrigação de devolução do cofre de carga, independentemente de se tratar de ação de conhecimento ou de execução, o pedido autoral será pelo pagamento das perdas e danos cumulado com a entrega da coisa em prazo certo, devendo o magistrado, em favor desta obrigação, estipular multa cominatória pelo incumprimento do termo aprazado e ordenar a busca e apreensão. A multa cominatória deve ser razoável e proporcional, posto servir ao propósito de dobrar a recusa do devedor ao cumprir espontâneo do pactuado (NORONHA, 2003, p. 166). Se se tratar de execução de título extrajudicial, contudo, como o NCPC estipula prazos distintos aos procedimentos fundados em obrigações de pagar (art. 824 e seguintes do NCPC) e de entregar coisa certa (art. 806 e seguintes do NCPC), o magistrado deverá adaptar o rito processual da maneira mais adequada à tutela dos direitos, com base no art. 139, VI do NCPC, o que recomenda a unificação dos prazos de cumprimento espontâneo das prestações genérica e específica a partir da escolha do maior, ou seja, do tempo de 15 (quinze) dias.

Inexistindo previsão de cláusula penal, o pleito do autor será pela condenação da parte ré às perdas e danos concretamente verificadas, na forma prevista no art. 362 do PL nº 487/2013¹³⁶. Na oportunidade, caberá ao credor provar o prejuízo experimentado (art. 373, I do NCPC), a incluir o ressarcimento de eventuais despesas com medidas de mitigação de danos¹³⁷. Os prejuízos não provados não serão ressarcidos, mantendo-se incólume o direito do credor de reaver a unidade de carga, evidentemente.

Ainda, a petição autoral que inaugura o feito deve indicar o legitimado passivo. E, na hipótese, a “responsabilidade pelo pagamento dos valores devidos em decorrência da sobrestadia de unidades de carga recai exclusivamente sobre aquele que a reteve em sua posse para além do prazo estabelecido e do eventual garantidor da obrigação” (art. 802 do PL nº 487/2013). A retenção a que se refere o dispositivo legal não é a fática, mas a jurídica, pendendo

¹³⁶ Art. 362 do PL nº 487/2013: “Na indenização por perdas e danos, o inadimplente deve pagar ao credor o que este efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de ganhar, em razão da mora”.

¹³⁷ Nesse passo, é imperioso “que as medidas adotadas pelo credor para mitigar os prejuízos sejam proporcionais, atendam as circunstâncias concretas e que, evidentemente, não ultrapassem o valor do dano que se pretende mitigar, sob pena de não serem indenizáveis” (ANDRADE; RUAS, 2016, p. 136).

a cobrança em desfavor daquele que assumiu a obrigação respectiva, normalmente o consignatário ou o apresentante do *bill of landing*, se emitido ao portador.

As mencionadas regras de legitimidade passiva não se alteram se verificada a superposição de contratos no bojo da operação econômica do transporte de mercadorias, de forma que as obrigações jurídicas dos contratos superpostos se mantêm autônomas e não se prejudicam reciprocamente. Assim, se um usuário incide em *demurrage* de contêiner perante um NVOCC, a cobrança de sobre-estadia referente a este vínculo, fundada em HBL, não prejudica ou se afeta por eventual cobrança do transportador efetivo perante o NVOCC, que neste pacto é consignatário em razão do MBL ou BL único e responde por fato próprio (PEREIRA; SILVA, 2022, p. 171). Com efeito, é equivocada a suposição de existir entre os contratos comunicação a ensejar hipóteses de sub-rogação de direitos entre as partes, notadamente pela existência bem delineada dos efetivos obrigados¹³⁸.

Acerca da legitimidade passiva, outra discussão se faz necessária, qual seja, a possibilidade de integração de terceiros como devedores e/ou garantidores por razão da assinatura de termo de retirada de unidade de carga, ainda que sem previsão contratual na origem. É que, na realidade presente, os aludidos termos têm servido a este propósito (SILVEIRA, 2018, p. 18). A resposta, por evidente, é que a integração ulterior de terceiros ao polo passivo da relação obrigacional por assinatura de termo em apartado, a ser assentido por adesão, é vedada por iniciativa ou coação do transportador.

Nesse sentido, deve o PL nº 487/2013 ser resolutivo para afastar os riscos de ampliação excessiva da responsabilização, aumento de litigiosidade e vitimização do convívio. Não pode representar o termo de retirada de unidade de carga mecanismo de subversão da lógica da economia contratual constitutiva do vínculo, especialmente ao argumento da obrigatoriedade dos pactos (*pacta sunt servanda*). Ora, atuando para comprometer as condições primitivas da avença, o termo aditivo adesivo serve exatamente para vulnerar a obrigatoriedade do deliberado, o que é uma disfunção.

A situação pela qual passam os despachantes aduaneiros nos tribunais brasileiros é exemplificativa da referida disfuncionalidade, razão pela qual será abordada com maiores detalhes a fim de bem fundamentar a presente proposta de modelo jurídico.

¹³⁸ E, vale que se reflita, tal fato reforça exatamente o caráter de cláusula penal das *demurrages* de contêiner, uma vez que, se estas seguissem o regime indenizatório comum, o pleito de sobre-estadias de um NVOCC perante seu consignatário com base em HBL seria regressivo e condicionado ao pagamento efetuado por este ao transportador efetivo no bojo de segunda demanda amparada em MBL ou BL único. Nessa hipótese, a simplicidade do sistema estipulado às cláusulas penais moratórias impede arguições aptas a gerar simbioses entre os vínculos jurídicos, o que denota a conveniência de sua disciplina legal.

Como é sabido, cabe à Fiscalização Aduaneira proceder o despacho de importação e exportação (desembaraço alfandegário), regulando a entrada, permanência e saída de quaisquer bens, mercadorias, pessoas e veículos no território nacional, tudo a fim de reprimir o contrabando e o descaminho, recolher tributos, apreender mercadorias irregulares, dentre outras tarefas (art. 237 da Constituição Federal c/c art. 24 da Lei nº 12.815/2013).

Por isso, toda mercadoria procedente do exterior é submetida ao procedimento de despacho aduaneiro de importação (art. 543 do Decreto nº 6.759/2009), que, em resumo, representa o conjunto concatenado de atos que visam autorizar a “entrega da mercadoria ao importador mediante a conclusão da conferência da mercadoria, o cumprimento da legislação tributária e a identificação do importador” (REINALDO; RODRIGUES, 2013, p. 253).

Com efeito, se houver regularidade no procedimento de nacionalização da carga pelo importador, depois de realizada a conferência aduaneira (art. 564 do Decreto nº 6.759/2009), proceder-se-á enfim o “despacho aduaneiro” (em sentido estrito), que nada mais é que o ato administrativo vinculado que registra a conclusão da conferência para emissão do comprovante de importação através do SISCOMEX, a permitir então a comprovação dos recolhimentos tributários (art. 571 e 576, ambos do Decreto nº 6.759/2009).

Entretanto, é deveras complexa a realização de todas as etapas inerentes ao procedimento de desembaraço alfandegário, sendo oportuna às empresas envolvidas no comércio exterior a assistência de profissionais. A profissão de despachantes aduaneiros atende exatamente esta demanda. Logo, os despachantes são transitários profissionais¹³⁹, com atuação devidamente regulamentada¹⁴⁰, que representam as empresas como mandatários nas atividades relacionadas direta e indiretamente à nacionalização ou exportação de cargas¹⁴¹, sendo remunerados com uma prestação honorífica livremente pactuada (art. 810, §2º do Decreto nº 6.759/2009) que, de regra, obedece a uma quantia “mínima (um salário mínimo), que pode chegar a 1,5% do valor CIF” (TRIPOLI, 2016, p. 285).

¹³⁹ “Os transitários são mandatários comerciais do embarcador ou do recebedor das mercadorias, e atuam no sentido de executar as operações anteriores ou posteriores ao transporte marítimo propriamente dito, que não incumbem ao Comandante do navio ou aos agentes” (GIBERTONI, 2014, p. 179).

¹⁴⁰ A profissão de despachante aduaneiro é permitida apenas para pessoa física devidamente autorizada pela Receita Federal Brasileira. A autorização se dá mediante inscrição no Registro de Despachantes Aduaneiros (art. 5º, §3º do Decreto-lei 2.472/1988), o qual pressupõe a maioridade civil, a ausência de pendências eleitorais e militares, a nacionalidade brasileira, a formação mínima de nível médio, o não exercício de cargo, emprego ou função pública, a aprovação em exame de qualificação técnica, a prévia inscrição no Registro de Ajudantes de Despachantes Aduaneiros, com dois anos de atividades neste, bem como a ausência de condenação em pena privativa de liberdade transitada em julgado (art. 810, §§1º e 5º do Decreto nº 6.759/2009).

¹⁴¹ Ou seja, “as responsabilidades precípua do despachante aduaneiro estão relacionadas a registrar operações no Siscomex, analisar documentos, realizar a conferência de carga e administrar questões fiscais, logísticas, cambiais e aduaneiras” (MARCHIOLI, 2019, p. 114).

Quando contratados, os despachantes normalmente se dirigem aos transportadores marítimos para retirar o cofre de carga em nome dos representados, apresentando toda a documentação pertinente. Trata-se de medida conveniente porque o procedimento aduaneiro se segue imediatamente. Contudo, na conjuntura nacional, os transportadores têm se utilizado de sua posição dominante para constranger os despachantes a assinar termos de responsabilidade para que assumam a obrigação de pagar *demurrage* solidariamente com o representado/consignatário (SILVEIRA, 2018, p. 23), sob pena de não liberação da mercadoria no SISCARGA/SISCOMEX¹⁴² e a conseqüente inviabilização dos trabalhos seguintes, que demandam celeridade (CREMONEZE, 2019, p. 302), o que implica uma autotutela vedada e manifestamente abusiva (FÓES, 2017, p. 187).

E as normas reguladoras emitidas pela ANTAQ sugerem exatamente a abusividade da aludida conduta, uma vez que transportadores e agentes intermediários somente podem cobrar valores do embarcador, consignatário, endossatário ou portador do conhecimento, sendo-lhes vedado realizar cobranças diretas perante de terceiros estranhos à relação contratual (art. 13 da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ¹⁴³), certo de que tal conduta configura infração administrativa de natureza média (art. 30, III da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ). Além disso, retardar, interromper ou dificultar o desembaraço aduaneiro, ou de alguma forma recusar a entregar a carga ou emitir conhecimento indevidamente, prejudicando o usuário, constitui infração administrativa reputada leve (art. 29, II da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ).

Em vista do exposto, a ANTAQ, após provocação do Sindicato dos Despachantes Aduaneiros do Rio Grande do Sul, assentou entendimento explícito para “declarar irregular e abusiva a prática de responsabilização solidária dos despachantes aduaneiros por débitos relativos à *demurrage* de contêineres” (ANTAQ, Acórdão nº 235, de 20 de setembro de 2021, Processo nº 50300.012347/2021-21, Relator: Adalberto Tokarski, 509ª Reunião Ordinária da Diretoria Colegiada, DOU 21/9/2021, edição 179, seção 1, p. 49).

Contudo, em sentido oposto, os transportadores argumentam que os poderes do despachante mandatário não alcançariam o trato com entidades comerciais, pelo que se justificaria a suposta precaução adotada (MARCHIOLI, 2019, p. 114). O argumento é

¹⁴² O SISCARGA é um sistema integrante do SISCOMEX que serve ao controle de trânsito aduaneiro, controlando entrada e saída de embarcações e movimentação de cargas nos portos alfandegados, equivalendo ao manifesto de carga.

¹⁴³ Art. 13 da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ: “Os transportadores marítimos e os agentes intermediários somente poderão cobrar valores do embarcador, consignatário, endossatário, portador do BL, devedor solidário ou daquele expressamente designado em instrumento contratual específico, sendo vedada a cobrança direta a terceiros estranhos à relação jurídica”.

notoriamente falacioso. Ora, se assim ocorresse, dever-se-ia justificar o porquê do consignatário ser mantido, no bojo do termo de retirada da unidade, responsável solidário pelo débito das *demurrages*, considerando a entrega do cofre de carga a terceiro cujos poderes de representação não foram plenamente reconhecidos. Quer dizer, o contexto denota que o transportador visa se beneficiar de algo que, a teor de sua própria justificativa, configura uma falta contratual sua, uma vez que a mercadoria não poderia ser entregue ao despachante se a este não se reconhecesse a qualidade de representante do usuário.

Importa dizer ainda que parte da doutrina jurídica entende que o pacto integrativo ao vínculo seria válido porque, em tese, no caso concreto, “o despachante, *expoente propriae*, por documento que ele mesmo emitiu, assumiu, no aludido contrato, a posição de devedor solidário” (SILVEIRA, 2018, p. 24). Entretanto, jamais se verificou no mundo dos fatos a situação de espontaneamente um simples despachante aduaneiro elaborar e levar ao transportador termo de responsabilidade a fim de, por benevolência, assumir obrigação de terceiro. A justificativa alegada não possui suporte fático, por evidente.

E, em vista das discussões acima expostas, as conclusões a que chegaram os tribunais brasileiros denotam, mais uma vez, a equivocada assimilação das matérias afetas ao Direito Contratual Marítimo pelos juristas nacionais. É que não raro há o reconhecimento judicial da higidez da cobrança de sobre-estadias em face de terceiros estranhos ao contrato de transporte. Exemplifica o afirmado uma recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que concentra a maioria das demandas ora estudadas¹⁴⁴, em que se afastou a aplicação da Resolução Normativa nº 18/2017/MTPAC/ANTAQ ao argumento do inadimplemento ser prévio à vigência da norma, inclusive:

Ação de cobrança – Despesas de sobrestadia – Demurrage – Sentença de procedência – Responsabilidade solidária pelo pagamento entre a importadora e o despachante aduaneiro – Irresignação do réu que atuou como despachante aduaneiro – Preliminares de cerceamento de defesa e ilegitimidade passiva afastadas – Teoria da asserção – Termo de responsabilidade pela devolução dos contêineres e pagamento das despesas de sobrestadia assinado pelo réu, na condição de mandatário da importadora e em nome próprio – Qualificação pessoal inequívoca – Ciência e assunção expressa de responsabilidade solidária – Atraso de 1.100 dias para devolução dos contêineres – Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – Abusividade não constatada – Resolução ANTAQ nº 18/2017 inaplicável ao caso – Termo válido – Endosso não comprovado – Responsabilidade solidária configurada – Sentença mantida – Recurso desprovido, com majoração da verba honorária. (TJSP – AC 10216635220188260003 SP 1021663-52.2018.8.26.0003, Relator: Marco Fábio Morsello, Data de Julgamento: 8/2/2021, 11ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 8/2/2021)

¹⁴⁴ Enquanto “o Porto de Santos responde por 40% da movimentação de contêineres do Brasil, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) julga 92% dos casos de sobre-estadias do Brasil quase que monopolizando a jurisprudência pátria” (CREMONEZE, 2019, p. 302).

Diante do explanado, deve-se presumir que a assunção da obrigação de pagar *demurrage* mediante termo de responsabilidade pelo terceiro aderente, despachante aduaneiro ou outro, é disfuncional e ocorre basicamente por pressão coercitiva ou por violação de deveres de informação pelo transportador, que maliciosamente adota proceder contraintuitivo.

Assim, deve o PL nº 487/2013, em consonância com os entendimentos da ANTAQ, vedar cobranças de sobre-estadias de contêiner em face de terceiros à relação contratual de transporte, notadamente se baseadas em documentos que inovam obrigações e vulneram o prévio consentimento informado dos usuários, que restam prejudicados nas suas possibilidades de escolha (FÓES, 2017, p. 160).

Por sua vez, recebida a petição inaugural e realizados os despachos iniciais, oportunizar-se-á à parte ré apresentar defesa no bojo dos processos judiciais acerca das sobre-estadias. Sendo a ação proposta de conhecimento, terá o sujeito passivo a possibilidade de contestar o pedido. Já se proposta execução de título extrajudicial, o ensejo será para apresentar embargos à execução, requerendo ou não que se atribua efeito suspensivo à medida (art. 919, §1º do NCPC). Em todo caso, cumprirá ao interessado arguir preliminares como ilegitimidade passiva¹⁴⁵, alegar toda a matéria de defesa, juntar os documentos pertinentes, especificar as provas que pretenda produzir, inclusive requerendo exibição de documentos em posse de terceiros, bem como impugnar estritamente todas as pretensões autorais (art. 336, art. 341 e art. 917, VI, todos do NCPC).

No mérito, será lícito ao sujeito passivo indicar prejudicial de prescrição, inexistência de previsão contratual expressa da cláusula penal ou de indenização suplementar, excesso de cobrança¹⁴⁶, ausência ou inaptidão das eventuais provas de prejuízos, cobrança de valores referentes a período de livre estadia (indébito)¹⁴⁷, necessidade de observância do limite indenizatório legal, nulidade de cláusulas (inclusive por violação da boa-fé objetiva e de deveres de informação¹⁴⁸), além de poder alegar e provar caso fortuito, força maior ou fato excludente de responsabilidade, dentre outras matérias.

¹⁴⁵ O reconhecimento da ilegitimidade passiva culmina em comunicação do fato à ANTAQ para aferição de eventual cometimento de infração administrativa de natureza média (art. 30, II da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ).

¹⁴⁶ Nesse caso, a constatação da situação de cobrança de indébito ou em excesso enseja comunicação à ANTAQ, em vista do fato constituir infração administrativa de natureza média (art. 30, I da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ).

¹⁴⁷ A situação também impõe que se comunique o fato à ANTAQ, posto que constitui infração administrativa de natureza média (art. 27, III da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ).

¹⁴⁸ Confirmada a situação, por se tratar de infração administrativa de natureza leve, deve a ANTAQ ser comunicada (art. 26, I da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ).

Havendo na defesa questionamento que vulnere as alegações do credor sobre o programa contratual, a dúvida desfavorece o autor e favorece o réu, uma vez que a excepcionalidade da cláusula penal e o caráter adesivo do pacto indicam se tratar de fato constitutivo do direito do autor, recaindo sobre este o ônus probatório respectivo.

Acerca da potencial pretensão autoral de indenização suplementar, poderá o réu alegar, além de imprevisão da medida, a realização comportamento indicativo de renúncia ao direito pelo credor, como a omissão da estipulação em documentos ulteriores, buscando se beneficiar do contexto de eventual contradição entre os consensos negociais.

Cabível ao réu, ainda, demonstrar a inviabilidade das pretensões ressarcitórias do autor pelo rompimento do nexo de causalidade oriundo da admissão do incremento dos prejuízos pelo próprio demandante (ANDRADE; RUAS, 2016, p. 134). É o que ocorre, por exemplo, quando há recusa do transportador em receber o compartimento de carga por condicionar o ato ao pagamento das sobre-estadias alegadamente aperfeiçoadas. Em regra, o entendimento pela vedação de tal conduta tem orientado os tribunais nacionais¹⁴⁹, que reconhecem na prática exercício abusivo de direito e violação à boa-fé objetiva¹⁵⁰.

Não deve ser acolhida, entretanto, a potencial alegação defensiva de rompimento do nexo de causalidade por retenção do compartimento pela Autoridade Aduaneira na

¹⁴⁹ A título exemplificativo: “APELAÇÃO - TRANSPORTE MARÍTIMO DE CARGAS – COBRANÇA – ‘DEMURRAGE’ (SOBRE-ESTADIA) – ALEGAÇÃO DE RECUSA DO RECEBIMENTO DOS CONTÊINERES, FUNDADA NA EXTRAPOLAÇÃO DO ‘FREETIME’ – CONDICIONAMENTO DA DEVOLUÇÃO À QUITAÇÃO PRÉVIA DA ‘DEMURRAGE’ – ABUSIVIDADE – ‘MORA ACCIPIENS’ - Pretensão de reforma da respeitável sentença de procedência – Cabimento – Hipótese em que a ré reconhece a existência de um atraso de sete e de vinte dias na devolução dos contêineres – Autora que pretende a cobrança de ‘demurrage’, considerando-se períodos de cem e cento e treze dias – Autora que se recusou a receber os contêineres, sob a alegação de atraso, e condicionou sua devolução ao pagamento antecipado da ‘demurrage’ devida – Violação à boa-fé objetiva e à função social do contrato – Exercício abusivo de um direito – Atraso na devolução dos contêineres que não desnatura a obrigação de fazer (ou de dar coisa certa), tampouco impõe sua conversão em perdas e danos – Conduta da autora que é contrária à causa do contrato e ao seu próprio interesse de ver restituídos os equipamentos – Ré que diligenciou pela solução do impasse entre as partes e que manifestou sua intenção de devolver os contêineres e pagar apenas a ‘demurrage’ efetivamente devida – Pretensão da autora de atribuir à proprietária dos contêineres a responsabilidade exclusiva pela abusividade noticiada – Autora que possuía amplos poderes de atuação extrajudicial e judicial para obter a entrega dos contêineres e a cobrança de ‘demurrage’, devendo, portanto, responder pela demora na devolução dos equipamentos – Cobrança da ‘demurrage’ que incide apenas até a data da primeira tentativa de entrega dos contêineres – Autora que, pelo princípio da causalidade, deve responder integralmente pelas custas e outras despesas processuais, bem como pela verba honorária - RECURSO PROVIDO (TJ-SP - AC: 10008567520218260562 SP 1000856-75.2021.8.26.0562, Relator: Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca, Data de Julgamento: 01/12/2021, 13ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/12/2021)”.

¹⁵⁰ Oportuno que as teses do abuso de direito e/ou do ato ilícito sejam laterais à argumentação defensiva, privilegiando-se, dentre as duas, a segunda, em vista da autonomia entre as obrigações de devolução da unidade de carga e de pagamento de indenização por mora. Deve-se considerar, ainda, que a alegação de comportamento abusivo independe de demonstração de elemento subjetivo da conduta, tendo em conta que o juízo de abusividade se distingue do juízo de ilicitude. Nesse sentido, o Enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil dispõe que: “A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe da culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

pendência do procedimento de nacionalização de carga, por não configurar o fato efetivo caso de fortuito ou de força maior. Isso porque, na espécie, faculta-se ao consignatário, reputado possuidor direto do bem por justo título, impetrar mandado de segurança para reaver o contêiner oportunamente. É que o cofre de carga “não se confunde com a mercadoria transportada nem constitui embalagem dela, mas sim é uma parte ou acessório do veículo transportador, de modo que inexistente amparo jurídico para sua apreensão juntamente com a mercadoria” (Informativo de Jurisprudência do STJ nº 579/2016).

Na defesa do sujeito passivo se possibilita também arguir a nulidade de cláusulas contratuais reputadas abusivas, as quais deverão ser objeto de cuidadosa análise pelo órgão julgador, notadamente em se tratando de eventuais negócios jurídicos processuais prévios, a exemplo de cláusulas compromissórias¹⁵¹ (de arbitragem¹⁵²), de eleição de legislação aplicável (cláusula *paramount*), de taxas de câmbio à conversão monetária¹⁵³, dentre outras, considerando que as “leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes” (art. 17 do Decreto-lei nº 4.657/1942).

Por fim, faculta-se ao demandado imputar à parte autora o incumprimento do dever de mitigação dos prejuízos, indicando os efeitos pretendidos, ou, na hipótese de execução de título executivo extrajudicial, desde logo requerer a condenação do exequente ao pagamento de perdas e danos por indébito, em vista da inexistência total ou parcial da obrigação (art. 776 do NCPC). No caso, caberá a quem alega provar que as medidas adotadas pelo credor não foram razoáveis ao propósito legitimamente esperado (ANDRADE; RUAS, 2016, p. 138) ou a existência e extensão das perdas e danos, por serem estes típicos argumentos adversativos (art. 373, II do NCPC). Assim, não poderá o magistrado oficiosamente imputar efeitos positivos à violação do dever de mitigação de prejuízos ou condenar o exequente ao pagamento de perdas

¹⁵¹ Art. 4º da Lei nº 9.307/1996: “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. (...) § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

¹⁵² As cláusulas de arbitragem são incomuns nos contratos de transporte marítimo porque, em geral, o valor das reclamações são baixos e não justificam a medida (SPARKA, 2010, p. 71).

¹⁵³ Nesse passo, é “considerada abusiva a conversão do frete, demais taxas e sobretaxas expressos em moeda estrangeira para a moeda nacional utilizando taxas de conversão incompatíveis com o mercado de referência” (art. 5º § 1º da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ), observando-se que para aferição da referida abusividade a “ANTAQ utilizará como referência a taxa de conversão de câmbio do Sistema de Informações do Banco Central (SISBACEN), vigente na data do fechamento da fatura, considerando-se também os custos financeiros e circunstâncias contratuais da transação” (art. 5º § 2º da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ). Ademais, constitui infração administrativa de natureza média, a ensejar comunicação à ANTAQ, “utilizar taxa de conversão cambial abusiva” (art. 27, I da Resolução Normativa nº 62/2021/MTPAC/ANTAQ).

e danos, limitando-se a ponderar as circunstâncias para análise do contexto contratual, enquanto argumento de fundamentação lateral, se ausente pedido expresso.

Desse modo, seguindo a estrutura esquemática proposta, reputa-se possível que se atribua às medidas judiciais fundadas na cláusula *demurrage* de contêiner racionalidade adequada aos propósitos econômicos intuitivos e ínsitos à cobrança, de sorte a se instrumentalizar o sistema jusprivatista com mecanismos aptos ao fomento da confiança, da segurança, da integridade e da eficiência, em respeito ao escrutínio estrito de direitos fundamentais do cidadão e do jurisdicionado.

5) CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema jurídico é um sistema parcial da sociedade direcionado a, mediante comunicação, estabelecer expectativas sociais normativas, ou seja, indicativas da licitude ou não de condutas, distribuindo entre os agentes sociais os riscos próprios do convívio para estabilizar os vínculos e orientar a ação individual.

Para cumprir este desiderato, estrutura-se o direito para se diferenciar do ambiente geral da sociedade através de seletividades que permitem a concentração de esforços epistêmicos, organizando os elementos de complexidade ambiental para condicionar a própria compreensão fenomênica e lograr perícia informacional. O propósito é que os fatores ambientais sejam sistemicamente compreendidos sempre a partir de critérios autorreferenciais. Isso porque o sistema jurídico não se organiza para a consecução de pretensões teleológicas, como o alcance de fins axiológicos ou ideológicos peremptórios, mas para reproduzir constantemente o sentido histórico de direito, sempre levando em conta o seu próprio estado de coisas imediatamente anterior.

Em seus esforços de entender, transmitir e reproduzir o fenômeno jurídico, o sistema se utiliza de metáforas conceptuais, ou seja, da compreensão de coisas nos termos de outras, o que culmina em organização ao trabalho do jurista, controle comunicativo compartilhado e torna a idealização metafórica autorrealizadora.

A ideia de fontes e modelos jurídicos representa um exemplo prático de metáfora conceptual que se naturalizou no cotidiano jurídico. As fontes jurídicas funcionam como especificações das vontades sociais vinculantes de comportamento, sendo deônticas, rígidas e retrospectivas. Já os modelos jurídicos são estruturas periféricas ao sistema por meio das quais as fontes são assimiladas e adaptadas às circunstâncias de novidade, pelo que são não vinculantes, flexíveis e prospectivos.

Representam fontes jurídicas, notadamente nos sistemas de países de tradição codicista, a constituição, as leis, os regulamentos, os julgados, os negócios jurídicos, as súmulas vinculantes e os precedentes obrigatórios. Tais fontes, a partir de critérios móveis de validade, são organizadas em hierarquias para a análise de eventuais situações de conflito, tendo adequação regulatória variável a depender do espaço social apreciado, tudo sem prejuízo ao recurso retórico às fontes reputadas superiores em casos de deficiência de atuação das inferiores. Por outro lado, são modelos jurídicos aqueles jurisdicionais, em especial os precedentes judiciais e a jurisprudência deles decorrentes, e os dogmáticos, consubstanciados nos trabalhos reflexivos dos estudiosos e cientistas do direito.

Nesse passo, pode-se compreender o direito a partir de sua perspectiva funcional, de estabilizar expectativas normativas, e prestacional, de resolução de problemas jurídicos concretos. A lei, em tal contexto, apresenta-se como uma fonte jurídica que intermedia as normas constitucionais e a vida de relações sociais por excelência. Assim, atua concomitantemente no âmbito funcional e prestacional do sistema.

No espectro do direito privado, um subsistema do direito que visa regular as relações jurídicas de coordenação e definir concretamente os espaços de inviolabilidade da liberdade individual pelas autoridades públicas, a lei assume relevo ímpar por sua capacidade de estipular comportamentos com precisão adequada e em termos subsuntivos, seja para fazer valer a autonomia privada dos cidadãos ou para limitá-la em prol de interesses reputados de caráter geral no espaço e no tempo.

Utiliza-se para tanto basicamente do reconhecimento de executividade aos pactos privados, da distribuição de riscos sociais entre os agentes e da criação de normas de ordem pública, inderrogáveis pela autonomia privada, tendo em conta a intenção de estabelecer condições de base que garantam uma ambiência de confiança objetiva entre os agentes sociais para que estes estabeleçam vínculos estáveis entre si, especialmente nos espectros negocial e econômico.

Contudo, a experiência histórica demonstra a insuficiência da lei como instrumento regulatório para guia de todo comportamento, sendo oportuno, para que o sistema jurídico não ceda às pressões inconsistentes de outros sistemas parciais, que sejam estabelecidas formas de delegação normativa à definição da juridicidade dos comportamentos mais específicos, o que pode se dar através de regulamentos de agências especializadas ou dos magistrados diante de casos concretos, neste caso através das chamadas cláusulas gerais e dos princípios jurídicos.

Em vista do aludido contexto, tramita nas vias legislativas brasileiras o PL nº 487/2013, que visa regular as relações privadas comerciais nacionais a partir de um regime jurídico obrigacional próprio. Trata-se de proposta com pretensão totalizadora da disciplina jurídica jusprivatista que visa, descendo impropriamente à seara dos modelos jurídicos, direcionar peremptoriamente a interpretação judicial, limitando-a por desconfiar da atuação do jurista. Contudo, contraditoriamente, ao mesmo tempo em que retira a liberdade interpretativa dos operadores jurídicos, a proposta abre o sistema às irritações ambientais de maneira elevada, em especial através da assimilação normativa dos costumes mercantis.

Tal racionalidade adotada pela proposição, no atual contexto histórico, tem potencial de redundar na subordinação do sistema do direito às pressões ambientais decorrentes

particularmente do sistema econômico, culminando em decisões judiciais fragmentárias e inconsistentes, sujeitas exclusivamente a arbítrios extrassistêmicos setoriais.

Em particular, o contrato de transporte marítimo é um daqueles que a proposta de codificação comercial pretende disciplinar em termos gerais. Refere-se a vínculo jurídico de elevada relevância social porque implica a conciliação de interesses plurais e multifacetados, estando diretamente relacionado ao desenvolvimento econômico dos estados nacionais contemporâneos. Ora, em grande medida, é por meio deste contrato que o comércio entre as classes produtivas globais se operacionaliza.

E, nesse sentido, importa dizer que a regulação jurídica do transporte marítimo não é unitária globalmente, nem é oportuno que assim ocorra, considerando a elevada concentração mercadológica e as assimetrias entre as partes do pacto que desfavorecem as classes produtivas de países com frotas mercantes insuficientes, dependentes dos transportadores estrangeiros, como é o caso do Brasil.

Do ponto de vista jurídico, o contrato de transporte marítimo é aquele através do qual as partes requerem do transportador o transporte incólume da coisa entregue pelo embarcador até o consignatário, de um porto a outro, sendo este vínculo de adesão e aperfeiçoado por meio de um instrumento chamado *bill of lading* ou conhecimento de embarque, cuja emissão é obrigatória por se tratar de formalidade *ad probationem*.

No caso de transporte através de contêineres, a prática comercial é de que as unidades de carga sejam disponibilizadas pelo transportador ao embarcador ou ao consignatário para ova e desova da mercadoria transportada, respectivamente, sem qualquer acréscimo ao frete. É que, juridicamente, o cofre é reputado acessório da embarcação, não embalagem. Assim, deve o interessado estufar ou desestufar o contêiner e devolvê-lo ao transportador em prazo certo, chamado de *free time*, findo o qual passa a incidir uma cobrança escalonada de sobre-estadia que, na importação, é comumente chamada de *demurrage*.

Assim, a *demurrage* de contêiner configura uma prestação acessória ao contrato de transporte, assentida pela mesma adesão constitutiva da obrigação principal, que visa dissuadir o inadimplemento culposo por mora de obrigação acessória consistente na devolução oportuna da unidade de carga, prefixando ainda as perdas e danos para a hipótese da falta ocorrer. A obrigação deve constar de modo expresso, não se presumindo o assentimento do devedor. Sua função é, portanto, assegurar agilidade às relações comerciais marítimas, garantir a pronta devolução do compartimento e reparar o transportador pelo tempo em que teve embaraçado o uso do contêiner pela falta do usuário.

Ocorre que, em razão de externalidades negativas, as cobranças de *demurrage* denotam comportamentos disfuncionais dos transportadores marítimos em relação aos usuários nacionais. É que se verifica cotidianamente que os transportadores se utilizam de sua posição dominante para cometer abusos, seja para cobrar unilateralmente valores objetivamente excessivos de sobre-estadia, violar a transparência na indicação da cobrança e de seus valores, diminuir arbitrariamente o *free time* ou constranger a adesão de obrigações novas pelo contratante ou terceiros após constituído o vínculo. Assim, desrespeita-se o consentimento informado do usuário e o seu direito de pagar preços e tarifas módicos, nos termos da disciplina regulatória nacional da ANTAQ.

Com efeito, à luz da estrutura e da função da cláusula *demurrage*, deve-se ponderar a necessidade e utilidade da cobrança com uma regulação que a racionalize para evitar abusos que possam vulnerar a ambiência de confiança que deve ser fomentada entre os *players* do setor. Para tanto, é necessária uma atuação regulatória firme por parte da ANTAQ, mas esta é atualmente deficiente, o que relega ao Poder Judiciário a tarefa de suprir as eventuais lacunas. Contudo, há incompreensão entre os atores das instituições judiciárias acerca da cobrança em apreço, o que redundará em soluções casuísticas e fragmentárias, pelo que é o PL nº 487/2013 uma oportunidade de efetuar o mister de bem disciplinar a questão.

Nesse diapasão, a qualificação jurídica da *demurrage* de contêiner é essencial, pois repercute diretamente no regramento a orientar os agentes sociais. Trata-se de cláusula penal moratória, hipótese típica de regulação privada dos efeitos do inadimplemento no direito brasileiro. Ora, as aludidas cláusulas comportam as funções dissuasória, indenizatória e distributiva de riscos da avença, o que guarda perfeita consonância com a estrutura e a função das cobranças de sobre-estadia de contêiner.

Entretanto, a fim de obstar a limitação da cobrança no tempo propiciada pela disciplina jurídica das cláusulas penais nacionais, os transportadores marítimos propuseram que a cobrança teria etiologia de “indenizatória por prefixação”, tudo através de uma equivocada interpretação da disciplina do direito inglês. A jurisprudência brasileira incorporou a referida leitura. Assim, legitimaram-se cobranças unilateralmente estipuladas pelos próprios interessados sem qualquer limite no tempo ou fomento à execução específica, o que redundou evidentemente em efeitos econômicos deletérios.

Verificam-se ainda, insta dizer, efeitos jurídicos negativos, pois a interpretação judicial pátria adiciona inconsistência ao direito contratual brasileiro no que tange ao transporte marítimo, especificamente. É que tal leitura vulnera a cláusula geral da boa-fé objetiva e as bases do princípio da indenidade no sistema jurídico nacional. Ora, a reparação de danos

depende do preenchimento dos requisitos da conduta culposa, do dano e do nexo de causalidade, mas a retórica em torno da “indenização por prefixação” afrouxa todos estes requisitos, ampliando excessivamente a responsabilização, particularmente no que se refere à extensão do dano que garante tanto o credor quanto o devedor.

Afora isso, no direito brasileiro, a hipótese legal típica de liquidação prévia das perdas e danos pela vontade das partes é justamente a cláusula penal, cuja disciplina não poderia ser arbitrária e injustificadamente afastada, uma vez que protege exatamente o princípio da indenidade e sua dignidade moral subjacente. Com efeito, a ideia de “indenização por prefixação” se equipara a uma punição que contraria a racionalidade reparadora que é a ênfase de justificação da responsabilidade civil contemporânea. Disso decorre que a incorporação da categoria, estranha ao sistema, implica sua desdiferenciação funcional para legitimar inconsistentemente relações assimétricas de poder econômico, pelo que deve ser afastada a partir de uma revisão dos modelos jurídicos vigentes.

Portanto, em vista do PL nº 487/2013, faz-se importante a construção de modelos jurídicos aptos a orientar os agentes das instituições do sistema de justiça com critérios procedimentais e decisórios adequados sobre a questão, respeitando os direitos fundamentais do cidadão para fomentar um sistema confiável e seguro.

As cobranças judiciais de *demurrage* devem ser propostas dentro da prescrição anual pelos transportadores ou por seus representantes apenas em face dos efetivos beneficiários pelo uso do contêiner, jamais alcançando representantes destes, sob pena de cientificação do fato à ANTAQ. Deverá a demanda vir acompanhada do *bill of landing* e de todos os documentos que comprovem o programa contratual, por se referirem a fatos constitutivos do direito do autor. O escopo da medida será o recebimento do valor prefixado na cláusula penal ou, na hipótese de inexistir previsão expressa, as perdas e danos ordinárias, que dependerão de prova do prejuízo pelo interessado.

Ocorre que tal disciplina, disposta no projeto de lei, afigura-se parcialmente inadequada, sendo oportuna a obrigatoriedade da cumulação objetiva dos pedidos de reintegração de posse do cofre de carga e de indenização de sobre-estadia ou perdas e danos comprovados. Interessa ainda que o cômputo da prescrição se inicie da data do inadimplemento culposos do devedor, por serem as *demurrages* tipo de obrigação contratual com prazo certo que constituem a mora do devedor de pleno direito. Assim, enfatiza-se o interesse na execução específica da prestação para se atender aos anseios de agilidade e dinâmica próprios do setor econômico regulado, sem dar azo a comportamentos contraditórios e abusivos dos transportadores marítimos.

No caso de demandas fundadas em termos de responsabilidade, confeccionados em apartado ao pacto originário, tem-se ser vedado o acréscimo de obrigações que não sejam razoáveis e instrumentais à consecução das pretensões originárias. Não pode o termo se converter em mecanismo de imposição das vontades do transportador, portanto. Todas as obrigações do usuário devem ter sido objeto de ponderação quando da formação do vínculo contratual, de modo que o documento deve servir apenas para a explanação das condições pactuadas, tudo a fim de permitir o uso do procedimento de execução de título extrajudicial à medida, pura e simplesmente.

Desse modo, pode-se garantir a funcionalização das cobranças de *demurrage* de contêiner pelos operadores jurídicos brasileiros, atendendo às exigências sócio-econômicas em favor de formas de regulação intuitivas, seguras, consistentes, íntegras, eficientes e obedientes aos direitos fundamentais dos indivíduos.

REFERÊNCIAS

- ABASS, Ademola. **Internacional law: text, cases, and materials**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- ABÍLIO, Vivianne da Silveira. **Cláusulas penais moratória e compensatória: critérios de distinção**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; RUAS, Celiana Diehl. Mitigação de prejuízo no direito brasileiro: entre concretização do princípio da boa-fé e consequência dos pressupostos da responsabilidade contratual. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 7, ano 3, p. 117-144, São Paulo: Ed. RT, abr/jun 2016.
- ANJOS, J. H.; GOMES, C. R. C. **Curso de Direito Marítimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- AQUINO, Leonardo Gomes de. A internacionalidade do contrato. In. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs). **Revista de direito privado**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, jul/set 2007.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BOBBIO, Noberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone Editora, 1995.
- _____. **Teoria geral do direito**. 3. ed. Tradução: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. **Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. 19. ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo / Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Elementos para interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da Teoria Geral dos Contratos. In. MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister (coord.). **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- BRASIL. Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPAC). Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). **Anuário Estatístico Aquaviário (apresentação), 2021a**. Disponível em: <<https://www.gov.br/antaaq/pt-br/noticias/2022/setor-portuario-movimenta-1-2-bilhao-de-toneladas-de-cargas-em-2021/anuario-2021-vf-003.pdf>>. Acesso em: 5 de março de 2022.
- _____. Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPAC). Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). **Experiência Internacional na Regulação das taxas e sobretaxas do transporte marítimo de contêineres, 2021b**. Disponível em: <https://www.gov.br/antaaq/pt-br/central-de-conteudos/estudos-e-pesquisas-da-antaaq-1/relatorio__taxas_e_sobretaxas__final.pdf>. Acesso em: 24 de março de 2022.
- _____. Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPAC). Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). **Experiência Internacional na Regulação da Sobre-estadia e Relatório de AIR Preliminar (apresentação), 2021c**. Disponível em: <<https://www.gov.br/antaaq/pt-br/central-de-conteudos/estudos-e-pesquisas-da-antaaq-1/ApresentaoSobreEstadiaJUN16versofinal.pdf>>. Acesso em: 13 de março de 2022.

_____. Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPAC). Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). **Relatório de AIR Preliminar, 2021d**. Disponível em: <<http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%2081/Relat%C3%B3rio%20de%20AIR%203.pdf>>. Acesso em: 24 de março de 2022.

_____. Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPAC). Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). **Relatório do Grupo de Trabalho de monitoramento dos impactos da pandemia da Covid-19 no Transporte Marítimo e no Setor Portuário, 2022**. Disponível em: <<https://www.gov.br/antaq/pt-br/noticias/2022/relatorio-detalha-impactos-da-pandemia-da-covid-19-no-transporte-maritimo/relatorio-final-gt-transporte-maritimo-v1.pdf>>. Acesso em: 01 de agosto de 2022.

_____. Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPAC). Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). **Resolução Normativa nº 18, 2017**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/1339623/do1-2017-12-26-resolucao-normativa-n-18-de-21-de-dezembro-de-2017-1339619-1339619>. Acesso em: 5 de março de 2022.

_____. Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPAC). Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). **Resolução Normativa nº 62, 2021**. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-antaq-n-62-de-30-de-novembro-2021-363468694>>. Acesso em: 7 de maio de 2022.

_____. Senado Federal. **Projeto de lei nº 487, 2013**. Reforma o Código Comercial. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115437>>. Acesso em: 5 de março de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de jurisprudência nº 568/2015**. Segunda Seção. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0568.pdf>. Acesso em: 5 de março de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de jurisprudência nº 579/2016**. Terceira Turma. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0579.pdf>. Acesso em: 5 de março de 2022.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2877/2021 do TC 005.639/2019-0**, Plenário, Relator: Ministro Vital do Rêgo, Telepresencial, 1/12/2021, Publicado em 20/12/2021. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/29/A0/96/C7/F98DD7103F3E4BD7F18818A8/BTCU_23_5_de_20_12_2021_Delibera%C3%A7%C3%B5es.pdf>. Acesso em 20/3/2022.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BORDAHANDY, Pierre-Jean. O contrato de fornecimento de contêiner por meio da sobre-estadia: a possibilidade de uma ilha? In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agiprino. **Contratos marítimos e portuários: responsabilidade civil**. São Paulo: Aduaneiras, 2015.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução: Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CALABUIG, Rosário Espinosa. **El contrato internacional de transporte marítimo de mercancías: cuestiones de ley aplicable**. Granada: Comares, 1999.

- CALGARO, Gerson Amauri. O direito privado como meio de efetivação de direitos fundamentais. In. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs). **Revista de direito privado**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 8, n. 32, out/dez 2007.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- CARNEIRO, Monica Fontenelle; SILVA, Rodrigo Dutra da. Por uma abordagem experiencialista do direito: a metafóricidade da cognição e as realidades jurídicas. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, v. 7, n. 2, p. 1-17, jul/dez 2021.
- CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica, 2001.
- CASSETTARI, Christiano. **Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CASTIGLIONI, José Antonio de Mattos; PIGOZZO, Linomar. **Transporte e Distribuição**. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788536513331/>>. Acesso em: 09 dez. 2021.
- CASTRO JR, Osvaldo Agiprino de. **Direito regulatório e inovação na regulação de transportes e portos nos Estados Unidos e Brasil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- _____. **Direito portuário, regulação e desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010a.
- _____. Principais aspectos do Direito Marítimo e sua relação com a *Lex Mercatoria* e *Lex Maritima*. **Seqüência**, n. 61, p. 195-225, dez. 2010b.
- CHAI, Cássius Guimarães. **Jurisdição Constitucional Concreta em uma Democracia de Riscos**. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2007.
- COELHO, Fábio Ulhoa. A alocação de riscos e a segurança jurídica na proteção do investimento privado. In. LUPION, Ricardo; ARAUJO, Fernando (orgs). **15 anos do Código Civil: Direito de Empresa, Contratos e Sociedades**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 315-338.
- CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: parte geral: negócio jurídico**. 5. ed. atual. Coimbra: Almedina, 2021.
- CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CRAWFORD, James. **Brownlie's principles of public internacional law**. 8. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- CREMONEZE, Paulo Henrique. **Prática de direito marítimo: o contrato de transporte marítimo e a responsabilidade civil do transportador**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Aduaneiras, 2019.
- CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexo causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DA GUIA SILVA, Rodrigo. Fontes das obrigações e regimes jurídicos obrigacionais gerais: em busca do papel da vedação ao enriquecimento sem causa do direito civil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 36, p. 122-157, dez, 2019.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. **O direito inglês**. Tradução: Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

- DE CICCIO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.
- DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.
- ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.
- FERRARI, Lilian. A linguística cognitiva e o realismo corporificado: implicações filosóficas e psicológicas. **Revista de Estudos Linguísticos**, Juiz de Fora, vol. 5, n. 2, p. 23-29, jul./dez. 2003.
- _____. **Introdução à linguística cognitiva**. 1. ed. 3. reimp. São Paulo: Contexto, 2018.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- _____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERRI, Luigi. **La autonomia privada**. Tradução: Luis Sancho Mendizábal. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.
- FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Tradução: Eduardo Saldanha. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- FINGER, Cesar Julio. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- FOÉS, Gabrielle Thamis Novak. **Demurrage de contêiner no direito inglês e brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Aduaneiras: 2017.
- FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. **Iniciação à pesquisa no direito: pelos caminhos do conhecimento e da invenção**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- FRADERA, Véra Maria Jacob de; VASCONCELLOS, Márcio. O impacto da Convenção de Viena de 1980 nos contratos internacionais de transporte de mercadorias. In: CASTRO JR., Osvaldo Agiprino de. **Contratos marítimos e portuários: responsabilidade civil**. São Paulo: Aduaneiras, 2015.
- GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Teoria e prática do direito marítimo**. 3. ed., atual., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução: Raul Fiker. 5ª reimp. São Paulo: Editora Unesp, 1991.
- GIRVIN, Stephen. **Carriage of goods by sea**. Birmingham: Oxford University Press, 2007.
- GLITZ, Frederico E. Z. Mora na devolução do contêiner: análise da visão jurisprudencial brasileira acerca do comércio internacional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano 2 (2013), nº 11, p. 12.423-12.463.
- GLITZ, Frederico E. Z.; GONDIM, Glenda Gonçalves. O direito obrigacional brasileiro e a natureza jurídica da demurrage em contratos de agenciamento de carga. In: CASTRO JR,

- Oswaldo Agiprino de [org.]. **Teoria e prática da demurrage de contêiner**. São Paulo: Aduaneiras, 2018.
- GOMES, Orlando. **Transformações gerais do Direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- _____. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. **Responsabilidade civil**. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GONÇALVES, Oksandro. Algumas implicações jurídicas do macrossistema empresarial no processo de desenvolvimento econômico. In: LUPION, Ricardo; ARAUJO, Fernando (orgs). **15 anos do Código Civil: Direito de Empresa, Contratos e Sociedades**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 407-444.
- GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- _____. **Temas de direito constitucional**. Seleção e tradução por Carlos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura. In: _____; SIMÃO, José Fernando (coords.). **Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. v. 2. Porto Alegre: Magister, 2009. p. 191-203.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 9 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- KERN, Christoph A. Direito Civil e Constituição: um breve panorama alemão. Tradução: Márcio Flavio Mafra Leal. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 19, ano 6, p. 275-293, São Paulo: Ed. RT, abr/jun 2019.
- KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, v. 60, n. 1, p. 193-213, jan/abr 2015
- _____. Para além da “principalização” da função social do contrato. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 13, jul/set 2017, p. 39-59.
- LACERDA, Sander Magalhães. Navegação e portos no transporte de contêineres. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 11, nº 22, p. 215-243, dez. 2004.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução: José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012.
- LÔBO, Paulo. Contratante vulnerável e autonomia privada. **Revista do Instituto do Direito Civil Brasileiro**, ano 1 (2012), n. 10, p. 6.183-6.204.
- _____. **Direito Civil: Obrigações**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593464/>>. Acesso em: 09 dez. 2021.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**. Tradução: Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

- _____. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- LUPION, Ricardo. A revisão judicial dos contratos empresariais em tempos de disrupção: aprender, desaprender e reaprender para encarar o futuro dos negócios. In: LUPION, Ricardo; ARAUJO, Fernando (orgs). **15 anos do Código Civil: Direito de Empresa, Contratos e Sociedades**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 163-178.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MARCHIOLI, Rodrigo. **Sobre-estadia de contêineres: demurrage e detention de contêiner no direito brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de direito marítimo: vol. III**. Barueri, SP: Manole, 2015.
- MARTINS, Marcelo Guerra. Protecionismo Contratual: uma faca de dois gumes. **Revista CEJ**. Brasília, Ano XV, nº 54, p. 42-48, jul/set. 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: _____ (Coord.). **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- _____. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e sua quantificação**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- MELO, Diogo L. Machado de. Contratos de adesão em relações de não consumo: lógica econômica e balizas para o ativismo jurisdicional. **Revista do Advogado**, São Paulo, XXXII, n. 116, p. 70-76, jul. 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994259/>>. Acesso em: 09 dez. 2021.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MONTEIRO, Antonio Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indenização**. Coimbra: Almedina, 1999.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Processo, 2016.
- _____. Limites ao Princípio da Reparação Integral no Direito Brasileiro. In: **Revista Eletrônica de Direito Civil - Civilística.com**. a.7, n.1., 2018.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 9, p. 233-258, jul/dez 2006.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In. **Temas de direito processual**. 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.

- MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. A teoria da aparência jurídica. **Revista de Direito Privado**, v. 32, p. 218-279, out/dez 2007.
- MOTA, Rodrigo. Confiança e complexidade social em Niklas Luhmann. **Plural (Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP)**, São Paulo, v. 23.2, 2016, p. 182-197.
- NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In. LOTUFO, Renan (Coord.). **Cadernos de direito civil constitucional**: Caderno nº 2. Curitiba: Juruá, 2004.
- NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- NEDER, Vinícius. Preço do frete da Ásia para o Brasil já aumentou 5,7 vezes desde o início da pandemia. **O Estado de São Paulo**, 16 de fevereiro de 2022. Economia. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,frete-da-asia-para-o-brasil-segue-5-7-vezes-mais-caro-do-que-antes-da-pandemia,70003981005>>. Acesso em: 6 de março de 2022.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil**: teoria geral do direito privado. v. 1, t. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NETO, Newton Pereira Ramos; RODRIGUES, Jessé Lindoso. Metodologia da pesquisa e direito processual: a importância da pesquisa quantitativa para a compreensão dos impactos da sistemática de precedentes no sistema jurídico brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, v. 8, n. 1, jan/jul 2022, p. 127-142.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- _____. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PARINI, Pedro. A retórica da metáfora dos modelos na teoria do direito. **Sequência**, n. 67, p. 81-110, dez. 2013.
- _____. O discurso metafórico e a construção retórica de verdades no direito. **R. Dir. Gar. Fund.**, v. 16, n. 1, p. 11-46, jan/jun 2015.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Lições preliminares de direito portuário**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- PASSOS, José Joaquim Calmon. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo**: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Bahia: Juspodivm, 2013.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil v. III**: contratos. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016a.
- _____. **Responsabilidade civil**. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016b.
- _____. **Instituições de Direito Civil v. I**: introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil. 30 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017a.
- _____. **Instituições de Direito Civil v. II**: teoria geral das obrigações. 29 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017b.
- PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. O Tribunal de Justiça do Maranhão e a evolução do direito privado. In. **Revista do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão**, v. 1, n. 1, São Luís (MA), jan/dez 2007, p. 67-81.
- _____. **Contratos**: tutela judicial e novos modelos decisórios. Curitiba: Juruá, 2018.
- PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. SILVA, Rodrigo Dutra da. Sobre-estadia de contêiner no contrato de transporte marítimo: a regulação no direito brasileiro e a necessária revisão dos modelos jurídicos jurisdicionais vigentes. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 33, ano 9. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, out/dez 2022, p. 159-187.

- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PEYREFITTE, Alain. **A sociedade de confiança**: ensaios sobre as origens e a natureza do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.
- POPP, Caryle. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a liberdade negocial – a proteção contratual no direito brasileiro. In. LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional**: Cadernos I. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- POPPER, Karl R. **Conjecturas e refutações**. Brasília: UNB, 1972.
- _____. **Lógica das Ciências Sociais**. Tradução: Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.
- REINALDO, Dias; RODRIGUES, Waldemar (orgs.). **Comércio exterior**: teoria e gestão. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Contratos empresariais pós CC/2002: autonomia, características e regime jurídico. In. LUPION, Ricardo; ARAUJO, Fernando (orgs.). **15 anos do Código Civil**: Direito de Empresa, Contratos e Sociedades. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 31-69.
- ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro C. O sentido da crítica para a teoria dos sistemas sociais: uma observação sobre a sociologia sistêmica da crítica. **RBSD - Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 8, n. 3, set/dez 2021, p. 29-49.
- ROCHA, Leonel Severo; KREPSKY, Giselle Marie. O direito, a ciência e a educação: relações intersistêmicas. In. **Quaestio Iuris**, v. 11, n. 1, Rio de Janeiro, 2018, p. 129-153.
- RODRIGUES, P. R. A. **Introdução aos Sistemas de Transporte no Brasil e à Logística Internacional**. 4. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2007.
- RODRIGUES JR., Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. Cláusula penal no direito civil: o novo “despertar” da cláusula penal no direito civil brasileiro: a crise da função indenizatória e a necessidade de reforma legislativa. In. HADDAD, Ana Olivia Antunes; SALOMÃO, Luís Felipe; TARTUCE, Flávio (orgs.). **Direito civil**: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência, volume 2. São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026344/>>. Acesso em: 03 fev. 2022.
- RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**: Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais. 3. ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2023. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646241/>>. Acesso em: 19 dez. 2022.
- RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação jurídica**: técnicas de persuasão e lógica informal. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ROJAS, Pablo. **Introdução à logística portuária e noções de comércio exterior**. Porto Alegre: Bookman Companhia Editora, 2014.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

- ROSENVALD, Nelson. **As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017a.
- _____. **O direito civil em movimento**. Salvador: Juspodivm, 2017b.
- ROSSI, Catiani; CASTRO JR, Osvaldo Agiprino de. A natureza jurídica da sobre-estadia (demurrage) de contêiner. CASTRO JR, Osvaldo Agiprino de [org.]. **Teoria e prática da demurrage de contêiner**. São Paulo: Aduaneiras, 2018.
- SAAD, Sarah Sousa; PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. O divórcio impositivo e as instituições do sistema de justiça. In. VELOSO, Roberto Carvalho (org.). **Semiologia, política e instituições do sistema de justiça: em homenagem aos 10 anos do PPGDir**. São Luís: EDUFMA, 2022.
- SALINAS, Mercedes Zubiri de. **La responsabilidad civil del transportista en el contrato del pasaje marítimo**. Barcelona: Bosch, 1995.
- SAMPAIO, Mylla Maria Sousa; CHAI, Cássius Guimarães. O que de democracia há no liberalismo à brasileira? In. CHAI, Cássius Guimarães (org.). **Republicanism entre ativismos judiciais e proibição do retrocesso: da proteção às mulheres à saúde pública**. 2. ed. Campos dos Goytacazes RJ: Brasil Multicultural, 2021.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da reparação integral**. 1. ed. Saraiva, 2010.
- SCHMITTHOFF. **Export Trade: the law and practice of international trade**. 11. ed. [S.l.]: Sweet & Maxwell, 2007.
- SCHOFIELD, John. **Laytime and demurrage**. 6. ed. Nova Iorque NY: Informa Law, 2011.
- SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013a.
- _____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013b.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SHAW, Malcolm N. **International law**. 7. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- SILVEIRA, Eliana Aló da. **20 anos da judicialização da cobrança de sobrestadia de contêiner: o que é e o que mudou no demurrage**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.
- SPARKA, Felix. **Jurisdiction and arbitration clauses in maritime transport documents: a comparative analysis**. Hamburg: Springer Berlin, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República: vol I**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito civil**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. O papel da vontade na interpretação dos contratos. In: **Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença**, v. 16, n. 1, p. 173-189, jan/jun, 2018.
- TEUBNER, Gunther; LASCOWSKI, Lui Martinez; FONSECA, Angela Couto Machado. Como o direito pensa: em busca de uma epistemologia construtivista do direito. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 66, n. 2, mai/ago 2021, p. 213-251.
- TIBERG, Hugo. **The law of demurrage**. 4. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1995.
- TRIPOLI, Angela Cristina Kochinski. **Comércio internacional: teoria e prática**. Curitiba: InterSaber, 2016.
- TODD, Paul. **Cases and materials on international trade law**. Londres: Sweet & Maxwell, 2003.

- TOMAZETTE, Marlon. A subsistência dos contratos empresariais enquanto categoria autônoma no Código Civil. In. LUPION, Ricardo; ARAUJO, Fernando (orgs). **15 anos do Código Civil: Direito de Empresa, Contratos e Sociedades**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018, p. 71-103.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: GZ, 2021.
- UNCTAD. **Informe sobre el transporte marítimo 2021 (Visão Geral)**, Genebra, 2021a. Disponível em: <https://unctad.org/system/files/official-document/rmt2021summary_es.pdf>. Acesso em: 7 de março de 2022.
- _____. **Review of Maritime Transport 2018**, Nova Iorque e Genebra, 2018. Disponível em: <https://unctad.org/system/files/official-document/rmt2018_en.pdf>. Acesso em: 7 de março de 2022.
- _____. **Review of Maritime Transport 2021 (Chapter 3)**, Nova Iorque e Genebra, 2021b. Disponível em: <https://unctad.org/system/files/official-document/rmt2021ch3_en.pdf>. Acesso em: 7 de março de 2022.
- URDAY, Percy B. **Manual de derecho marítimo**. 1. ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2017.
- VANZELLA, Rafael. O contrato, de Enzo a Vincenzo. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 2, p. 221-228, jun/dez 2005.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: contratos**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- VIEIRA, Guilherme Bergmann Borges. **Transporte internacional de cargas**. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2003.
- WILLIAMS, Charles. **Bills of lading in trade finance** – in Thomas Cooper & Stibbard – International Transportation, Baking & Corporate Lawyers, 2004.
- WILSON, John F. **Carriage of goods by sea**. 7. ed. Essex: Longman, 2010.
- WINTER, James. **A cobrança de demurrage de contêineres na importação por transporte marítimo internacional: o caso brasileiro**. Dissertação (mestrado profissional). Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2019.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Contratação na sociedade massificada. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 22, ano 7, p. 87-112, São Paulo: Ed. RT, jan/mar 2020.
- ZANTUT, Loren Tazioli Engelbrecht; NETO, Artur Saviano. Natureza jurídica da cobrança de sobre-estadia de contêiner (*demurrage*), à luz da solução de Consulta RFB nº 108-2017: cláusula penal, indenização pré-fixada ou prestação de serviço. **Revista direito aduaneiro, marítimo e portuário**, v. 7, n. 38, p. 223-239, mai/jun 2017.