

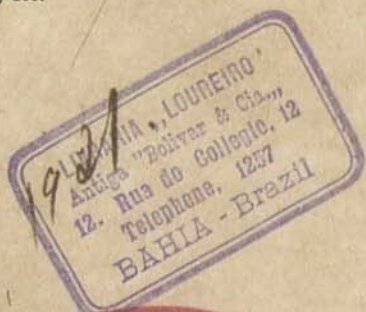
DIREITO COMMERCIAL MARITIMO

POR

JOSÉ DA SILVA COSTA

Doutor em sciencias juridicas e sociaes
pela Faculdade de S. Paulo, do antigo Conselho d'Estado, Commendador
da Ordem de Christo,
Advogado nos auditorios do Rio de Janeiro, da Sociedade de
legislação comparada (Paris) etc.

TOMO I



RIO DE JANEIRO

TYP. DO "JORNAL DO COMMERCIO" DE RODRIGUES & COMP.

1899



Handwritten text, possibly a signature or name, written diagonally across the page.



347.79
COS



A' seu filho

Dr. Octavio da Silva Costa

dedica esta obra,

significando assim a mais viva solidariedade no affecto e na intuição dos altos destinos da sciencia juridica,

Signatario.
na 10/10/928. O AUCTOR.

Empreendendo a publicação desta obra sobre o direito commercial maritimo, estamos longe de querer accentuar a completa independencia e autonomia absoluta deste ramo da sciencia juridica; e menos ainda de considerar o direito commercial, em suas multifarias disciplinas, como um direito proprio, com vigencia peculiarissima, com estructura especifica, livre de todo o plexo de interdependencia do direito privado, de que é parte integrante; pois, somos adeptos convencidos da unificação do direito, pela formação do codigo do direito privado, comprehensivo tanto do direito civil, como do direito commercial.

Já em 1888 (1), aventámos a ideia da elaboração de um projecto do codigo do direito privado, no qual fossem regulados os assumptos da ordem civil e tambem da commercial, que hoje figuram, na maior parte dos paizes, em codigos separados, conforme ainda recentemente praticou a Allemanha, promul-

(1) No Instituto dos Advogados Brasileiros. Vide a Revista de Janeiro de 1888 t. XII pags. 32 e 255,

gando o código civil (1) e pouco depois o código commercial (2).

A formação de um só código para as relações do direito privado, não exclue a caracterisação das relações jurídicas assim civis, como commerciaes; mas, essas significações differenciaes, verdadeiras categorias subjectivas do espirito humano, não apagam a indole unitaria do direito civil e commercial, que com o terem principio e fim na natureza humana, não póde cada um delles deixar de ser essencialmente uno, como adverte Alfredo Tortori (3).

As leis da evolução explicam como sendo, a principio, conglobado em um mesmo todo ou universalidade legislativa, o complexo das instituições civis e commerciaes; com o correr dos tempos se desdobraram em códigos distinctos; e nestes ultimos tempos, tendem a harmonisar-se em um só corpo de disciplinas legaes, sem as largas cintas separativas de códigos rivaes.

Com effeito, segundo Herbert Spencer (4) pela lei da evolução, a homogeneidade indefinida e incoherente se transforma em heterogeneidade definida e coherente, a essa lei subordinando-se os phenomenos physicos, e bem assim os superorganicos.

(1) Em 18 de Agosto de 1896, para entrar em vigor em 1 de Janeiro de 1900.

(2) Em 10 de Maio de 1897.

(3) *Sociologia e diritto commerciale tom. I pag. 172.*

(4) *First Principles* ns. 127 e 145.

Puro arrojo de imaginação é a hypothese de uma idade de ouro do direito, em que os seus principios brotavam espontaneos, como os fructos da arvore da experiencia, que para colhel-os bastava que o homem estendesse a mão; não, a historia do direito começou por uma idade de ferro, impondo penosas luctas, arduos trabalhos intellectuaes; cumprindo oppôr a prosa severa da historia ao idyllio do crescimento organico do direito, como bem reflecte von Ihering (1).

O *jus civile* dos romanos era o plexo austero da sua vida autonómica; nelle não era contemplado o commercio, no sentido vulgar, relegado para as practicas inferiores, proprias dos escravos; e, sómente, quando as concessões pretorianas, provocadas pela expansão do direito, foram se tornando uma realidade, foi que o commercio logrou conquistar os fóros de cidade, fazendo introduzir no direito romano o elemento cosmopolita por excellencia, como observa von Ihering (2).

Com o desenvolvimento da sciencia economica, por outro lado, e com a maior aproximação dos homens pelo trabalho, propiciador da riqueza e da industria mercantil, verdadeiro traço de união entre o productador e o consumidor, levantaram-se, ao lado

(1) *L'Esprit du Droit romain* trad. par M. Maunier tom. IV pags. 2 e 6.

(2) Obra citada tom I pag. 232.

das instituições do direito civil, as disciplinas jurídicas das relações commerciaes, embora todas ellas elaboradas no mesmo *substractum*, o direito privado.

Assim que, as regras do commercio, a principio envoltas no direito, chamado *commum*,—periodo da homogeneidade indefinida, desagregaram-se depois,—periodo da heterogeneidade coherente e definida, com a actual tendencia de figurarem em uma só codificação das relações do direito privado.

Manifesta-se assim a lei geral formulada por Worms (1): «a fusão dos seres só se opera após a sua divisão»; donde inferiu elle as seguintes transformações:—unidade complexa, divisão, volta á unidade pela formação de individualidades mais complicadas que as primeiras:—eis as vissicitudes dos organismos e sociedades originarias. Nascimento, scisão, fusão:—eis os tres phenomenos caracteristicos da sua existencia *commum* primitiva.

Notaveis escriptores pugnam pela nova phase da codificação unica do direito privado; entre elles distinguem-se: na Italia, Pisanelli, Ellero, Carle, E. Cimbale, Bolaffio, Mortara, d'Aguanno, Srafa, Lebano, Cesare Vivante; na Allemanha, Endemann, Dernburg; na Suissa, Memzinger; na França,

(1) René Worms—*Société et Organisme*, pag. n. 265.

Alauzet e Yseux; na Hespanha, Pedro Dorado; no Brazil o dr. Brazilio Machado.

Bem allude este ultimo escriptor ao direito inglez, norte-americano e suiso, quando falla da tendencia unificadora do direito privado (1).

Si o direito commercial pôde figurar no mesmo circulo das relações do direito privado; tambem em absoluto não ha razão para em um mesmo código, separar-se o commercio marítimo do commercio terrestre, fluvial ou dos rios e canaes; pois, não é fundamental a differença entre elles, apenas se distinguindo, quanto ao meio em que se desenvolvem; determinando esse meio modalidades differentes, relativamente ao transporte e aos respectivos interventores ou medianeiros. (2)

O dr. Alves de Sá (3) proficientemente discute si, com effeito, ha um commercio de terra e um commercio de mar, fazendo as seguintes considerações:

« Todo o commercio *externo ou interno*, tanto pôde ser feito pelo mar, como por terra. Da praça de Lisbôa negocia-se *pelo mar* com a praça do Porto,

(1) Da Unificação do Direito, Lição inaugural do curso de 1897, pag. 17. Não contemplamos neste movimento o dr. Augusto Teixeira de Freitas, porque este illustre jurisconsulto, no plano que offereceu ao Governo Imperial em 20 de Setembro de 1867, pensava em formular dous códigos, um geral e outro civil; e o que assignalamos cogita de um só código.

(2) Endara — *Derecho Mercantil*— lecc. 63.

(3) Primeiras explicações do *Código Commercial Portuguez* vol. I n. 38.

e, todavia esse commercio é *commercio interno*, segundo as theorias dominantes. Da praça de Lisbôa tanto se pôde fazer commercio para a praça de New-York propriamente pelo mar, *por navios*—como por telegrammas expedidos por cabos submarinos.

E legislação alguma regula a materia de telegrammas por cabos submarinos no capitulo do direito maritimo.

A lettra commercial saccada em *terra* numa praça da Europa é acceita em *terra* numa praça da America, e tanto como o telegramma a lettra atravessa o mar.

Contractos do mar, especialmente taes, afinal só se veem nas legislações modernas, o seguro maritimo, o fretamento, o contracto de risco, a hypotheca maritima — e todos elles são celebrados em terra.

Mas quantos contractos ha dos que são tidos por *terrestres*, que se referem aos navios e que têm, sobre estes, privilegios maritimos, que sob o titulo de commercio maritimo são regulados?

Assim, é certo que não ha propriamente um commercio de terra e outro do mar. O commercio é só um, os seus agentes são os homens, e o campo de suas operações são todos os em que se pôde exercer a actividade humana.

Quando esta se exerce *sobre o mar* os instrumentos empregados para esse fim, e as relações dos homens sobre as aguas dão lugar a regras especiaes de direito que constituem o *direito maritimo* publico, e o direito commercial maritimo ou privado.

Neste é que entram as materias de *embarcações, avarias, abalroamentos, etc.*

Mas não é forçoso que esta classificação meramente doutrinal, entre e se contemple para *formar* um codigo.

A sciencia do Direito é diversa da arte da legislação.

Fazer um codigo não é o mesmo do que elaborar um programma de estudos scientificos do direito commercial, ou do direito geral

A perfeição do methodo e classificação das materias num codigo estará alcançada, no momento em que, com toda a correcção logica, se obtenha a distribuição dellas mais clara, mais ao alcance de todos e mais propria para não haver repetições, nem antecipações de materias; isto é, que a sua *successão* seja progressiva e lisa— sem escabrosidades nem saltos, nem lacunas.

Tudo o mais são metaphysicas viciosas e inuteis ».

Realmente é mais geographica do que juridica a distincção do commercio de terra e do

de mar; e a materia estudada e legislativamente regulada, como direito commercial maritimo, bem póderia ser comprehendida nas differentes disciplinas do commercio chamado de terra.

Em materia de seguros, por exemplo, nem um inconveniente pratico ou theorico ha para que não sejam comprehendidos no mesmo capitulo o seguro terrestre e o maritimo, havendo-se respeito ás modalidades, que militam, mais accidentaes do que substanciaes

Em fretamentos de navios, semelhantemente, as regras directoras das respectivas relações juridicas obedecem á theoria geral dos contractos de transportes; e nada obsta a que no mesmo capitulo se tracte do congenere assumpto, sempre tendo em vista a variante concreta da instituição.

Com igual raciocinio, chega-se a simplificar a codificação de assumpto de tanto momento.

Esta concepção está nas linhas geraes das ideias do notavel jurisconsulto von Ihering (1), na sua lucida doutrina da simplificação quantitativa e qualitativa que elle explica do seguinte modo:

A simplificação quantitativa tende a diminuir a massa dos materiaes, sem prejuizo dos resultados esperados: fazer o mais possivel com

(1) Obra citada tom. I pag. 42, tom. III p. 22 e segg.

o menor numero possível de elementos; porque, quanto mais reduzido fôr o material, tanto mais facil é manejal-o: é a lei da economia; a jurisprudencia que ignora esta lei é esmagada, cahindo sob o peso da propria riqueza, que neste caso é signal de fraqueza, porque denuncia a impotencia da força digestiva intellectual e a ausencia da precisa força para extrahir a quint'essencia logica das regras e convertel-as em carne e sangue.

Entre outros elementos da simplificação quantitativa contempla o illustre professor de Goettingen a classificação systematica da materia, que não é a simples distribuição local de noções scientificas ao serviço da oportunidade, e sim uma synthese concreta da sciencia especial, isto é, uma indicação, em fórmula de quadro, do objecto e de como se relaciona com todo o organismo scientifico: é a arvore genealogica das noções. Aquelle que classifica mal um objecto em qualquer categoria, como seja um passaro entre os mamiferos, erra e desafia muitos outros erros perigosos; comprehender não é sómente considerar o objecto em si e por si mesmo, é tambem ter em conta sua correlação com outros objectos. O elemento qualitativo é a disposição interior, a symetria, a unidade do objecto, fitando o mesmo alvo. O direito é qualitativamente simples, quando elle é de um

jacto, quando as suas partes, exactamente limitadas e separadas, reúnem-se entretanto harmonicamente em uma só unidade, permittindo que o olho alcance facilmente tanto a parte como o todo.

Os differentes codigos de commercio estrangeiros têm consagrado uma parte de suas disposições legaes ao commercio maritimo, precisamente como fez o legislador brasileiro no nosso codigo commercial, cuja segunda parte é concernente especialmente ao commercio maritimo. E porque assim procedeo esse codigo, é que estudamos, nesta obra, as respectivas disciplinas legaes.

CAPITULO I

DO COMMERCIO, NA SUA ORIGEM ETYMOLOGICA,
NAS SUAS ACCEPÇÕES E DIVISÕES.

SECÇÃO I

1. Sem prestar á palavra o culto exaggerado de primitivos tempos, nem ligar á etymologia a significação supernaturalista, a que allude Hovelacque (1); temos, entretanto, como aproveitavel a discreta lição que nos offerece a philologia, no estudo dos vocabulos.

A morphologia analytica mostra que a raiz é, em cada palavra, o essencial e irreductivel elemento que contem a ideia geral, em redor da qual agrupam-se outros elementos, formativos da palavra, e cuja alma, por assim dizer, é a sua raiz (2).

(1) *La Linguistique*, 2^o éd. § 5.

(2) Guardia et Wierzeyski, *grammaire de la langue latine d'après la méthode analytique et historique* pag. 27.

A linguagem, mediadora das intelligencias, precioso aparelho de analyse, forma-se de palavras; e estas, na expressão de seu valor atomico, muitas vezes concorrem já para elucidar o texto da lei, já para reconstruir a intenção dos pactuantes, quando o uso, o costume geral ou as sugestões da equidade não devam merecer preferencia ao interprete: *verba inspicienda sunt* (1); justamente porque, a palavra, como define Bain (2), é o signal ligado a um objecto, em ordem a que delle se possa fallar.

2. E' de proveniencia latina a palavra commercio, *commercium*, que se forma de *cum* e *merx*. A preposição *cum*, quanto ao tempo, exprime coincidência, simultaneidade (3); e *merx* traduz-se por mercadoria, dahi o verbo *mercor*, *aris*, mercar, que dá a entender a actividade daquelle que exerce o trato de mercador, comprando e vendendo (4).

SECÇÃO II

3. Em trez accepções differentes pôde ser tomado o vocabulo commercio :

- a) na geral,
- b) na economica, e
- c) na juridica.

4. Geralmente considerado, o commercio abrange as relações communicativas de qualquer especie. Neste senti-

(1) Mailher de Chassat, *Traité de l'interprétation des lois*-l. I §§ VIII a XI; Saredo, *Trattato delle leggi* ns. 539 e 541; dr. Paula Baptista, *Hermeneutica Juridica* § 9; Dig. l. 129 *de verb. sign.*; Código do Commercio arts. 131 - I e 673—III.

(2) *Logique déductive et inductive-trad. par Compayré* l. 1. c. 1 n. 4.

(3) *Guardia et Wierzeyski* cit. pag. 533.

(4) Dr. Fr. Domingos Vieira, *Dicc. vb. mercar*; Moraes, *Dicc. vb. mercar*.

do, empregam-se as seguintes locuções: commercio de amizade, de ideias, da vida diaria. E' assim que Virgilio põe na bocca de Eneas a phrase - *Belli commercia* (1), e que Scaccia (2), na palavra commercio, comprehende a propria materia religiosa, dizendo: - *celeste commercium . . . commercium admirabile*.

5. Economicamente considerado, o commercio é um ramo da industria; esta é extractiva, manufactureira ou commercial; conforme extrahe do solo ou haure da natureza materias primas, com ou sem cultura, tranforma as materias primas, applicando-as ás necessidades humanas ou põe as cousas produzidas ao alcance dos consumidores, transportando-as, distribuindo-as (3).

Sob o aspecto economico, ha ainda a notar, com Endara (4), que o qualificativo economico applica-se ás cousas, ás pessoas e aos processos do trabalho; dizendo-se, nessa conformidade, que uma cousa é economica, quando o respectivo gasto de producção ou custo é reduzido em relação á natureza da necessidade a satisfazer; que uma pessoa é economica, quando não despende mais do que lhe é estritamente necessario; e que um processo de trabalho é economico, quando, com esforço menor, alcança-se o mesmo resultado.

6. Sob o ponto de vista juridico, o commercio pôde ser tomado em dois sentidos: no lato e no restricto.

(1) *Æncidos*, l. 10 v. 532.

.....belli commercia Turnus
Sustulit ista.....

(2) *De commerciis*, § 1 quæst. 1. n. 4 — Vide Massé, *Le droit commercial* t. 1 n. 3.

(3) J. B. Say, *Cours complet d'économie politique* c. 7 p. 49

(4) *Derecho mercantil*, lección 2ª.

No sentido lato, os jurisconsultos distinguem as cousas que estão no commercio das que estão fóra d'elle ; sendo aquellas todas as que podem ser objecto de contractos e estas as que não podem ser apropriadas ou possuidas exclusivamente, nem oneradas.

Ao primeiro destes conceitos, é que se pôde filiar a definição que do commercio dêu Ulpiano (1) : *commercium est emendi vendidique invicem jus* ; attributo do *jus civitatis* ou *civitas romana*.

No sentido restricto, o commercio tem um valor tecnico, abrangendo tudo quanto concerne á profissão mercantil e suas variadas disciplinas ; em definil-o, não estão de acôrdo os escriptores.

Assim que, Straccha (2) vê no commercio o officio de permutas e compras : *exercetur in permutandis emendisque frequenter mercibus* ; Scaccia (3) descobre a actividade mercantil na compra, para revender com intuito lucrativo, *causa lucrandi emit, postea immutatam (rem) revendit*; Verri (4) ponderando que todo o contracto visa a transferencia da propriedade, pensa que o transporte das mercadorias é o que accentúa o commercio *physicamente considerado*.

Estas noções são incompletas ; porque limitam por demais a vastissima zona, em que se agita a vida commercial, olvidando a nota característica do commercio — a mediação, a qual, segundo Vidari (5) foi Romagnosi, quem primeiro salientára.

(1) *Fragmenta regularum* tit. 19 § 5.

(2) *De mercatura* — part. 1 n. 71.

(3) *Tractatus de commerciis* § 1, quest. 1 ns. 12 e 13.

(4) Citado por Visiari, *Corso di diritto commerciale* t. 1 n. 4.

(5) *Corso de Diritto commerciale* T. I n. 5.

Goldschmidt (1) diz que commercio é a actividade applicada á mediação, na circulação dos bens : *Handel ist die der Vermittelung des Güterumlaufs zugewendete Thätigkeit.*

Thaller (2) acceita e desenvolve a theoria de Goldschmidt, livrando-a de seu character abstracto, causa, segundo elle, de seu mallogro na Allemanha e na Italia : o commercio é a circulação dos productos ; reside no conjuncto dos actos que, desde o seu lugar de origem, fazem avançar o producto até que chegue ao consumidor.

O commercio accrescenta o illustre professor é synonymo de trafico, e esta expressão, como os termos correspondentes da lingua allemã *Umlauf, Verkehr*, traz consigo uma ideia de andar, convem ao mesmo tempo á exploração por via ferrea, o mais visivel facto de circulação, assim como a todos os actos, de que se compõe o commercio, no seu conjuncto.

Endemann (3), sob o ponto de vista economico, diz que o commercio é o conjuncto do movimento dos bens de qualquer especie, é por assim dizer o liame entre a producção e o consummo, definindo mais especificamente o commercio — a actividade que se destina a produzir a circulação dos bens, fitando a industria.

Brancaccio (4) entende por commercio a mediação entre a procura e a offerta, com o fim de especular : *intermediazione tra la domanda e l'offerta nello scopo di speculare.*¹⁰

(1) *Handbuch des Handelsrechts* § 1.

(2) *Annales de Droit commercial* —n. 4—Aôut, 1895 pags. 183 e 185.

(3) *Diritto commerciale maritimo*.—*Versione italiana degli* Avv. Carlo Betocchi e Alberto Vighi t. 1 Int. ns. 1 e 2.

(4) *Dello Stato di commerciante* n. 12.

Esta ultima definição é preferivel por dar do definiendo mais exacto conhecimento.

SECÇÃO III

7. As divisões do commercio obedecem a um criterio classificador, dependente do lugar, do tempo e do objecto.

Com relação ao lugar, o commercio é terrestre, marítimo, fluvial ou lacustre, conforme tem por campo de sua principal actividade a terra firme, o mar, rios ou lagos.

Deixando de parte outras divisões geraes, destacaremos o commercio marítimo, para acompanhal-o nas suas subdivisões.

8. O commercio marítimo, por sua vez, pôde ser estudado quanto ao lugar, ao tempo, ao objecto e ao modo.

No que concerne ao lugar, o commercio marítimo divide-se em nacional e estrangeiro; o primeiro, tambem chamado de cabotagem, faz-se no littoral de um mesmo paiz, o segundo, em geral conhecido tambem por commercio de alto mar, faz-se entre nações differentes.

Quanto ao tempo, o commercio marítimo pratica-se entre nações que estão em paz, observados os preceitos reguladores da policia aduaneira, sanitaria e preventiva; ou tem lugar entre nações belligerantes ou entre neutras e belligerantes, é o commercio — em tempo de guerra.

Em razão de seu objecto, o commercio marítimo subdivide-se em tantas especies, quantos os ramos explorados, taes como: o commercio de seguros, de emprestimo a risco, de fretamentos, etc.

Finalmente, no que respeita ao modo, o commercio marítimo subdivide-se em directo e indirecto. O directo faz-se entre o paiz productor e o consumidor; podendo ser de importação, em relação ao paiz do consummo, o que recebe as mercadorias, e de exportação, em referencia ao paiz productor, o que as expede. O indirecto, de escala ou em transitio existe quando as mercadorias passam por pontos differentes entre os da producção e os do consummo.

CAPITULO II

SYNTHESE HISTORICA DO COMMERCIO MARITIMO, SUA
UTILIDADE, LIBERDADE E RESTRICÇÕES.

SECÇÃO I

9. O inicio do commercio maritimo remonta á mais alta antiguidade.

Ninguem sublimou tanto o valor das investigações historicas, como Dufour (1) quando escreveu estas memoraveis palavras : — para honra do espirito humano ha uma logica mysteriosa que preside ás suas successivas concepções. Investigue-se bem : em philosophia, em litteratura, em todos os ramos do estudo, emfim, o dia de hoje não continúa a obra de hontem ? Não nos privemos, pois, voluntariamente de um dos

(1) *Droit maritime*, tom. I n. 23.

meios mais efficazes na consecução dos verdadeiros principios. Transportemo-nos sempre que convier até ao primeiro anel desta cadeia que cada época tem entretecido sem interrupção alguma. *Antiquam exquirite matrem*, como diziam os oráculos de Virgilio (1), divisa profunda que a sciencia inteira póde colher nas ficções da poesia !

Infelizmente, porém, o passado está envolvido em tão densa escuridão, que perscrutal-o é desafiar muitas vezes os perigos, que as syrtes e as cerrações deparam aos mais impavidos e experimentados mareantes.

Aos phenicios, os chananêos (2) da Escriptura, na antiguidade, se devem os primeiros commettimentos do commercio maritimo, foi-lhe berço o Mediterraneo, recebendo aclamações de primasia Tyro, a appellidada — rainha dos mares, sem esquecer entre outras, Carthago, Sidon, Rhodes, Coryntho e Athenas.

Alastrando-se cada vez mais as relações do commercio maritimo, a historia registra na edade média o florescimento de Genova, de Veneza, das cidades hanseaticas, que pelo assiduo e crescente cultivo do commercio maritimo, tornaram-se ricas e poderosas.

A passagem para as Indias Orientaes, pelo Cabo da Bôa Esperança e o descobrimento da America, que tanto opulentaram o commercio, o invento da bussola e outros instrumentos, propicios á navegação, proporcionaram ao commercio maritimo mais pujante elasterio, collocando-o no elevado pedestal, em que hoje se vê contemplado e admirado.

(1) *Aeneidos*, l. 3^o, v. 96.

(2) Chananêo, em lingua oriental, quer dizer mercador; Catullo attribuiu á docta Tyrus a invenção da arte nautica: Azuni *Droit maritime de l'Europe*, tom. I, p. 20.

SECÇÃO II

10. E' intuitiva a utilidade do commercio maritimo, desde que se considerar que a elle se deve a solidariedade entre as nações, no convivio da civilisação, e o cosmopolitismo, que assegura a permanencia dos beneficios da paz internacional.

Graças ao desenvolvimento do commercio maritimo, o credito pôde firmar-se em base mais solida, activando assim o systema arterioso da riqueza publica.

Dando conta dos proficuos resultados do commercio, disse Henry Richelot (1), que delle proveio, a divisão do trabalho, a principio, entre os habitantes do mesmo lugar; mais tarde, entre lugares vizinhos; e depois, entre as differentes regiões da terra.

A divisão do trabalho, applicada ao globo inteiro, faz de todos os homens outros tantos associados na officina universal, em que elabora-se o crescente bem ser da humanidade, como bem reflectio Bain (2).

Não é só o mundo economico, que recolhe os prodigiosos beneficios do commercio maritimo, as sciencias, as artes tambem dilatam as fronteiras de seus dominios, na medida da expansão do commercio.

Bonissimos conceitos externou von Ihering (3), quando escreveu que a permuta dos objectos da propriedade appro-

(1) *Cyclopedia of political science*, edited by John J. Lalor, tom. vb. *commerce*.

(2) *Ob. cit.* tom. II, pag. 74.

(3) *L'Esprit du droit romain*, trad. par Meulenaere, tom. I pag. 232.

xima os povos isolados ou inimigos : apoz o soldado, portador da guerra, vem o mercador que busca a paz... Foi o commercio que, sem embargo de exclusivismo das ideias nacionaes, introduziu e desenvolveu no direito romano o elemento cosmopolita ; o primeiro desbravador da civilisação foi um negociante commissario ; o qual pelo escambo dos bens materiaes fez nascer a dos intellectuaes e abriu os caminhos da paz, que foram-se multiplicando pela maxima parte do mundo conhecido.

Feliz inspiração teve a theogonia dos gregos, quando antevendo por ventura a predestinação do commercio, o symbolisou no deus mensageiro de chapéo e pés alados, celero e intrepido arauto da civilisação.

SECÇÃO III

11. A liberdade é o grande postulado do commercio maritimo ; porque, do mar a ninguem é licito assenhorear-se, por ser cousa commum, cujo inexhaurivel uso, entretanto, obedece a certas normas.

Cousa admiravel, exclama Cresp (1) fallando do mar, aquillo que parecia dever separar os homens e as regiões, tornou-se o meio mais activo, prompto, facil e economico de communicação e de permnta para o genero humano.

Longe, pois, de separar os homens, como pensou o celebre poeta (2) o mar, este caminho que move-se e por si

(1) *Cours de droit maritime*, tom. I pag. 19.

(2) Horacio, ode 3^o liv I.

.....*Deus abscondit*
Prudens Oceano dissociabili
Terras.....

mesmo repara-se (1), é a mais limpida affirmação da vida collectiva dos povos.

12. Nem sempre a liberdade dos mares foi recebida como principio universal.

Nos seculos XVI e XVII, Portugal pretendeu ter o uso exclusivo dos mares de Guiné e Indias Orientaes, estabelecendo na Ordenação do liv. 5^o tit. 107, prohibição e severas penas contra os que, nacionaes ou estrangeiros, fossem á aquellas paragens, de sua conquista, para *tratar, resgatar, fazer guerra, sem a competente licença e autoridade*, sob pena de morte e confisco.

A Inglaterra tambem aspirou a propriedade dos mares que banham as suas costas; a Hespanha pretendeo vedar ás nações do mundo o uso do Mar Pacifico; a Hollanda quiz prohibir a passagem pelo cabo da Bôa Esperança.

Dois publicistas notaveis, Grotius e Selden escreveram dois trabalhos sobre este assumpto; o primeiro, jurisconsulto hollandez, publicou em 1609 o *Mare liberum*, sustentando a liberdade dos mares: . . . *permissum cuilibet in mari navigare, etiam a nullo principe impetrata licentia*.

O intuito de Grotius foi combater as pretenções de Portugal e Hespanha.

Selden, jurisconsulto inglez, no livro que intitolou *Mare clausum* e publicou em 1635, sustentou que o mar é susceptivel de ser objecto de propriedade, comtanto que esta seja exercitada pela Inglaterra, pondo ao serviço de seus temerarios conceitos vastissima erudição.

Toda essa discussão travada na imprensa e mantida pelos canhões, em guerras declaradas, tem hoje mero interesse ^{AH}

(1) Bentham, *Œuvres*, trad. par Dumont tom. 4, pag. 333.

historico, não havendo já quem ouse impugnar a liberdade dos mares, como principio.

Não ha muito, a proposito da pesca de phocas no mar de Behring, foi suscitada uma questão internacional, em que o celebre thema da liberdade dos mares não foi esquecido.

Com effeito, é sabido que ha bastante tempo, entre a Inglaterra e os Estados-Unidos da America do Norte, pendiam contestações, acerca da pesca naquelle mar.

Nas aguas que banham as ilhas Pribyloff, situadas no mar de Behring, é que as phocas de pelle ou lontras marinhas reúnem-se no verão e procream.

Navios de pesca da Colombia britannica concorriam com uma companhia americana neste genero de industria; dahi provieram conflictos de interesses que provocaram a reciproca intervenção dos governos da Inglaterra e dos Estados-Unidos.

O ultimo destes governos pretendia que tendo a Rússia jurisdicção sobre cem milhas das aguas do Pacifico, a contar das respectivas costas, por força de um ukase de 1821; e havendo por um tractado de cessão de 1867, passado para os Estados-Unidos a excepcional jurisdicção, esta subsistia; por isso que, o mar de Behring não tinha sido previsto nem comprehendido nos tractados de 1824 e 1825, nos quaes se tinha reduzido a seus limites ordinarios a jurisdicção da Rússia.

Para resolver a pendencia, foi constituido um tribunal arbitral, composto de sete membros, nomeados pela Inglaterra dois, pelos Estados-Unidos dois, a França, a Italia e a Suecia e Noruega tambem nomearam o seu.

O tribunal arbitral reuniu-se em Paris e proferiu a competente decisão em 15 de Agosto de 1893, respondendo aos cinco quesitos propostos e formulando um regulamento sobre o assumpto.

Dessa decisão arbitral resulta a condemnação do *Mare clausum*, do qual Mr. Blaine dos Estados-Unidos se fazia paladino.

O tribunal, si por um lado, dêu satisfação aos interesses dos Estados-Unidos ; por outro lado, reivindicou o grande principio da liberdade dos mares.

Assim que, a industria americana pôde tirar das pelles das phocas todas as utilidades economicas em uma zona de protecção, igual a sessenta milhas geographicas, em volta das ilhas Pribyloff, sendo suspensa a pesca de 1 de Maio a 31 de Julho de cada anno.

Merecem ser aqui relembradas algumas das palavras do presidente do tribunal, o Barão de Courcel, o qual, ao encerrar os trabalhos, disse :—esforçamo-nos por manter intactos os principios fundamentaes deste augusto direito das gentes, que se estende, como a aboboda dos céos, acima de todas as nações e toma as leis da propria natureza para proteger os povos da terra uns contra os outros e indicar-lhes as prescrições de mutua complacencia... Até hoje as nações estavam de acôrdo em deixar fóra da legislação privada o vasto dominio dos mares... entretanto, a terra já se tornou pequena para os homens que, semelhante ao heróe Alexandre e não menos ardente pelo trabalho do que elle pela gloria, se agitam em um mundo muito estreito. A nossa obra é um primeiro ensaio de partilha dos productos, até hoje indivisos do oceano, uma regulamentação applicada a bens que escavavam a toda a lei, que não fosse a do primeiro occupante (1). 15

(1) Vide - *The Times* de 16 de Agosto de 1893 ; *Revue Encyclopédique* de 1 de Outubro de 1893, pag. 973 ; *Jornal do Commercio* de 17 de Setembro e de 29 de Outubro de 1893.

SECÇÃO IV

13. A liberdade dos mares não é absoluta, soffrendo algumas restricções.

Na verdade, se em alto mar não ha soberania constituida e, portanto, não ha restricções impostas por jurisdicção alguma; todavia, cumpre reconhecer certas limitações que, na paz e na guerra, restringem aquella liberdade.

14. Uma primeira limitação decorre do direito que as nações exercitam sobre suas aguas territoriaes.

Tem-se entendido que ás nações assiste o indisputavel direito de exercer actos de soberania nas aguas que banham o respectivo territorio até uma linha ficticia, que forma a fronteira maritima para cada uma dellas: — *Mare est cujus est terra, — Terræ dominium finitur, ubi finitur armorum vis*: eis os principios recebidos na materia.

Entretanto, varios systemas existem para medir a extensão das aguas territoriaes.

Loccenius (1) indicava como fronteira maritima a linha, até onde chegasse o navio, após dous dias de viagem; Valin (2) dava como limite do mar territorial o ponto onde se podesse achar fundo; Casaregis (3) propôz que as aguas territoriaes fossem até cem milhas e Targa (4) até sessenta; Gerard de Rayneval (5) suggerio a ideia do horisonte real, estabelecendo como extremo ponto da fronteira maritima, o mais distante ao olho do observador, collocado na praia;

(1) *De jure maritimo*, l. 1 c. 4 § 6.

(2) *Sur L'ord. de 1681* l. 5 t. 1.

(3) *Discursus legales de commercio*, d. 136 n. 1.

(4) *Ponderazioni marit.* c. 2 n. 3.

(5) *Inst. de droit de la nature et des gens* l. 2 c. 9 § 10.

finalmente, Grotius (1) estabeleceu que a extensão do mar territorial é a que pôde ser medida pelo tiro do canhão, disparado de terra firme.

De todos estes modos de opinar o que assenta em base menos arbitraria e menos vacillante é o de Grotius, que mais se conforma com o *terrae dominium finitur, ubi finitur armorum vis*; pois, jurisdição sem o poder de tornal-a effectiva, não é jurisdição, é simples phantasma.

E' certo que com os progressos da balística, o alcance dos canhões muito tem ganho; recentemente, na Exposição de Chicago circulou uma monographia que tracta de um canhão das officinas de Krupp, em Essen, cujo projectil pôde ser lançado a uma distancia de cerca de vinte kilometros, fazendo o seu trajecto em setenta segundos (2).

Entre os differentes respeitadores do deus *terminus* : — *Omnis erit sine te litigiosus ager* (3), está o Alvará de 4 de Maio de 1805 § 2', no qual se lê o seguinte : .. « mares territoriaes e adjacentes, em tanta distancia, quanta abranger o tiro de canhão, ainda que não haja bateria em frente... porque a sua existencia se presume para este unico caso da reciproca immunitade.»

Varios tractados internacionaes têm sido celebrados para definir a extensão dos mares territoriaes, fitando fins diversos, quaes : — a pesca, a repressão dos crimes a bordo dos navios, os interesses aduaneiros.

Estas convenções só obrigam as partes que nellas figuram ; para as outras nações, a prorrogação de suas fronteiras¹⁶ depende da lei, costume, usos ou praticas observadas.

(1) *Droit de la guerre et de la paix* L. 2 c. 3 §§ 13 e 14.

(2) *La Nature, Revue des Sciences* n. 1055, 19 Août 1895.

(3) Ovidii, *Pasti* 11, 655.

Uma primeira e generica restricção, pois, a dos mares territoriaes, dá-se em relação ao commercio maritimo.

Outras restricções existem em relação ao tempo de paz e em tempo de guerra.

15. Em tempo de paz ha as seguintes :

1.º As restricções impostas pelas leis aduaneiras e consequente fiscalisação por agentes do poder publico. Daqui vem que o capitão do navio é obrigado a fazer declarações no porto em que entra, a depositar o manifesto das mercadorias embarcadas no navio de seu commando : decreto n. 2.647 de 19 de Setembro de 1860, Consolidação das leis das Alfandegas.

2.º Os impostos de ancoragem, que são direitos a que estão sujeitos os navios pelas vantagens que auferem dos pharóes, boias, praticos & : dec. cit. ; salvo o caso de arribada forçada : dec. cit. art. 663 § 2 (1).

3.º As exigencias das leis sanitarias, como sejam as quarentenas.

As quarentenas, sob este ponto de vista, são de duas especies : a) de observação, b) de rigor.

A' quarentena de observação é sujeito o navio, que não traz carta limpa, isto é, que sahe de um lugar, onde grassa uma doença epidemica ; neste caso, e não tendo havido obito á bordo, durante o trajecto, o navio fica de observação por certo tempo ; si, porém, houve obito suspeito á bordo, os

(1) O aviso n. 323 de 21 de Julho de 1865 declarou que a contribuição para as casas de caridade, de que resa o art. 698 do cit. dec. se bem que rec-hia sobre a equipagem, qualidade do navio e liquidos espirituosos por elle importados e despachados para consummo, não se póde chamar com propriedade imposto de navegação, pois que é lançado para o tractamento da equipagem, que por ventura tenha de ser recolhida aos hospitaes. Vide a tarifa estabelecida na Consolidação das leis das Alfandegas e mesas de renda art. 607 e seguintes disposições, arts. 608 a 611.

passageiros são conduzidos a um lazareto por tempo determinado, até ser purgada a quarentena de rigor.

4.º A visita da saúde, da policia e da alfandega, para os fins respectivos, na ordem em que fica dicto: avisos n. 442 de 1866 e n. 535 de 1877, decreto n. 8.277 de 15 de Outubro de 1881 dec. n. 9312 de 31 de Outubro de 1884, dec. n. 1.558 de 7 de Outubro de 1893, Consolidação das leis das Alfandegas.

5.º O bloqueio pacifico.

O bloqueio, este meio de interromper as relações de uma cidade ou de um porto, assediando-o, tanto tem lugar em tempo de paz, como em tempo de guerra.

Aventou-se ultimamente na Inglaterra a questão de poder ser notificado um bloqueio sem declaração de guerra. Os precedentes, e não poucos, são pela affirmativa; a propria Inglaterra em 1850, 1862 e '863 o praticou; a França, a Allemanha, a Austria, a Russia, a Italia e outros paizes assim tambem têm procedido, em differentes emergencias.

O bloqueio, diz Calvo (1) nem sempre é medida de guerra, tendo-se empregado durante a paz, ora como medida de represalias, ora como meio compulsorio e preventivo de novas violações do direito das gentes; e até tem sido posto em pratica para desaggravos e soluções de difficuldades internacionaes, para cuja satisfação o meio diplomatico houver sido inefficaz.

Tem tambem sido objecto de disputa, a questão de ser ou não licito o apresamento de navios neutros que tentem romper o bloqueio pacifico; sustentam uns a regularidade da presa, são as praticas inglezas; outros o contestam, como o autor de uma carta inserta na gazeta *Köln*.

(1) *Dict. de diplomat. et droit intern. vb. blocus.*

6.º O arresto ou embargo do principe é tambem acto que, ainda sem declaração de guerra, tolhe o commercio marítimo ; porque, importa a prohibição da sahida do navio do porto em que molha, por ordem do governo.

16. Em tempo de guerra, tambem occorrem limitações notaveis, em relação ao commercio marítimo, quaes são :

1.º O direito de visita por parte dos belligerantes, com o fim de reprimir o contrabando.

2.º A angaria, tambem denominada requisição para transporte, é meio consistente na obrigação imposta por um governo aos navios de qualquer nacionalidade, que estão em suas aguas, para transportar, por sua conta e ordem, soldados, munições bellicas, mediante paga.

3.º A presa marítima, recahindo em tudo que pôde ser considerado contrabando de guerra ou meio hostil.

4.º Em geral todas as molestações, consequentes da declaração de guerra, como o bloqueio respectivo e outras medidas, determinadas pela triste necessidade da guerra, em desagravo de offensas, que escapam a qualquer jurisdicção ; porque, não se exercita sobre estas nações livres e independentes, em suas soberanias : *par in parem non habet imperium*.

17. Releva notar que além destas restricções, consideradas mais particularmente sob os pontos de vista internacional e administrativo, ha tambem medidas de ordem judiciaria, quaes são o embargo ou arresto e a venda judicial do navio, que de algum modo influem sobre o commercio marítimo, impedindo a viagem do navio (1).

(1) Vide *infra* — Arresto e venda de navio.

CAPITULO III

DIREITO MARITIMO, SUA DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO. DIREITO COMMERCIAL MARITIMO, SEU OBJECTO E HISTORIA. ELEMENTOS ACTUAES DA RESPECTIVA LEGISLAÇÃO.

SECÇÃO I

18. O direito maritimo, em sua significação mais generica, regula as relações juridicas da navegação maritima; podendo receber a triplice classificação seguinte :

- a) direito maritimo internacional,
- b) direito maritimo administrativo,
- c) direito maritimo privado ou direito commercial maritimo.

O direito maritimo internacional tracta da liberdade dos mares, em principio, dos direitos e obrigações entre belligerantes e neutros, assim como das questões connexas.

O direito marítimo administrativo regula a policia dos portos, a inscripção marítima, as instituições da marinha mercante, o regimen sanitario e contribuições marítimas.

O direito marítimo privado ou direito commercial marítimo occupa-se com os contractos marítimos e instituições que a elles se prendem ; materia esta que é o proposito desta obra (1).

SECÇÃO II

19. E' objecto de discussão si o direito commercial é pessoal ou real. E. Thaller (2) discutindo esta questão, em seu aspecto geral, faz as seguintes ponderações :

«Será um direito pessoal, se o applicarem sómente ás pessoas que exercem profissionalmente o commercio e na medida do exercicio da respectiva profissão. Neste systema, actos semelhantes, praticados accidentalmente por um não commerciante—, não serão regidos pelo direito commercial. Tal parece ter sido, em substancia, a regra do antigo regimen, o do estatuto, formando os commerciantes uma classe á parte ; a esta concepção, é de notar, volveu o novo codigo do commercio allemão de 1897, apesar de parecer abandonada no correr deste seculo. O direito commercial será pelo contrario real ou objectivo, si deve governar todos os actos que entram no circulo do commercio, sem considerar a profissão ou o estabelecimento, ainda que praticados

(1) Vide Pardessus, *Cours de droit commercial* t. 2 n. 597 ; Lyon Caen et Renault *Traité de droit commercial* t. 5 n. 34 ; Endemann — *Diritto commerciale versione degli Av. Betocchi e Vigghì* t. 4 n. 1.

(2) *Traité Élémentaire du droit commercial* n. 5.

transitoriamente por agentes não commerciantes, estes actos serão regidos pela legislação do commercio : é o systema consagrado pelo codigo francez : o direito commercial applica-se a toda a pessoa commerciante ou não, conforme sómente a natureza do acto (exemplo : a compra para revender)».

Raoul de la Grasserie (1) diz que o direito, no seu conjuncto e nos seus elementos é ou objectivo e não fungivel ou subjectivo e fungivel ; justificando a sua classificação assim : coisa fungivel ou considerada tal é a que pôde ser substituida por outra, especialmente pelo numerario, intermediario de todas as cousas ; e não são só as cousas que são fungiveis, pois tambem o pôdem ser as pessoas, sujeitos ou objectos de direito, exemplificando com o effeito de commercio, pagavel a terceiro desconhecido, no acto de sua formação ; e neste caso, pôde-se dizer que o credor ou sujeito do direito é pessoa fungivel : o mesmo effeito de commercio é muitas vezes o residuo de um contracto e até de contractos diversos ; as obrigações resultantes da venda, da locação etc. traduzem-se tambem por um bilhete unilateral ; e por esta conversão usual, todas as causas de obrigação commercial, tornam-se, por sua vez, fungiveis ; e tractando-se de cousas que pôdem ser substituidas indifferentemente por dinheiro, já não se encaram mais os objectos em si, mas sómente em seu valor. . . . donde resulta que o direito, perdendo de vista o objecto, tornou-se puramente subjectivo ; concluindo que o direito commercial é subjectivo e fungivel por excellencia.

Si a tendencia moderna da sciencia juridica é para a unificação do preceito e generalisação do direito até imprimir-lhe a fungibilidade de que cogita o auctor da citada

(1) *De la classification scientifique du Droit* p. 7

inovação ; todavia cumpre reconhecer que o momento actual não consente na affirmação do operoso escriptor.

Pelo que toca ao direito brasileiro, releva dizer que si elle sujeita á legislação commercial os actos praticados pelos que fazem do commercio profissão habitual (Cod. do Com. art. 4, tit, 1, arts. 17 e 18, Reg. n. 737 de 1850 art. 10), é tambem certo que elle exige que, além de serem as partes ou uma dellas commerciantes, deve a divida ser commercial (Reg. 737 de 1850 art. 11), estabelecendo, outrosim, que certos actos por si só sujeitam os seus agentes à legislação commercial, independente da qualidade de commerciantes (Cod. do Com. tit. 1. art. 19, Reg. 737 de 1850 art. 20) ; sem excluir finalmente os actos de commercio pela theoria do accessorio.

Donde se segue que o direito commercial brasileiro é mixto ; porque, si contem abundantes elementos objectivos ou reaes, tambem não exclue outros elementos, não menos abundantes, pessoaes ou subjectivos, do que dá amplo testemunho o direito commercial maritimo, como seguimos a enumerar.

20. Multiplo e complexo é o objecto do direito commercial maritimo, conforme a enumeração que segue :

I O mar. O mar é antes theatro do que objecto deste ramo do direito ; entretanto, são tão extensas as relações juridicas que emergem do uso do mar, é tão proeminente o seu papel nos movimentos rythmicos do commercio, que delle tira o qualificativo, que em geral é considerado como o primeiro e mais vasto objecto do direito commercial maritimo.

II Os navios ;

a) quanto á sua acquisição e armação,

b) quanto ás pessôas de bordo,

c) quanto aos contractos para transportes de mercadorias (fretamento, conhecimentos) e de pessoas, e para outro qualquer uso.

III As avarias ;

IV Os contractos de seguro ;

V Os contractos de risco ou cambio maritimo ;

VI Os creditos maritimos ;

VII As instituições que se ligam aos differentes assumptos, antes enumerados, no fundo e na fórma.

SECÇÃO III

21. Averiguar o ponto de irrupção historica do direito commercial maritimo, é tarefa, até hoje, superior ao esforço humano.

Sem embargo do muito que floresceu o commercio maritimo dos mais antigos povos, as suas disciplinas naturalmente por constarem, em sua maxima parte, de usos e costumes, só são conhecidas pelas referencias de legislações e compilações posteriores.

(*) LEIS DE RHODES. E' este o monumento legislativo da mais remota época, datando de alguns seculos antes de Jesus Christo.

Ha divergencias sobre a authenticidade dessa legislação nautica, que contem duas partes, das quaes uma encerra preceitos penaes e outra, disposições policiaes.

A excellencia da legislação dos rhodios foi proclamada por Cicero (1) quando disse. . . *Rhodium, quorum usque ad* (2)

(1) Pro lege Manilia, XVIII.

(*) As leis de RHODES, originaram-se de uma viagem que varios negociantes fizeram á ilha de RHODES, para estabelecer a paz e a ordem que se havia perdido, e lançando-se a favor do direito de carregamento, e de fidejussão, ficando por em discussão sobre a remuneração dos primeiros e sobre a responsabilidade que se devia ter em terra, com relação ao Rei de ROMA, a respeito das de tal natureza, até por uma vez a remissão para o senado o qual nomeou uma comissão para ir a RHODES para averiguar os usos e costumes e assim, esta comissão, ao seu voltar, foi nomeada organizadora das leis de RHODES, das quaes as que chegaram a nós, foram as compiladas por Justiniano.

nostram memoriam disciplina navalis et gloria remansit; e a melhor apologia que ella mereceu foi a de ser proclamada pelo direito romano a lei dos mares, conforme o frg. 9 do Dig. L. 14 tit. 2—de lege rhodia de jactu ibi: Ego quidem mundi dominus, lex autem maris, lege id Rhodia, quae de rebus nauticis praescripta est, judicetur, quatenus nulla nostrarum legum adversatur. Hoc idem divus quoque Augustus judicavit.

Houve mesmo quem, como Toubeau (1), não duvidasse afirmar que os romanos faziam julgar os seus processos marítimos em Rhodes, para ser-lhes applicada a famosa legislação.

Si o passado não deixou ao presente o legado precioso, em sua integral existencia; comtudo, não é licito duvidar que Rhodes, que tanto celebrisou-se por seu commercio marítimo, não podia deixar de possuir pelo menos usos condignos, que a tradição, por um dos seus vehiculos, transmittiu ás gerações que lhe succederam.

RÔLES D'OLÉRON. Outra collecção de usos e costumes marítimos é a conhecida pela denominação de *Rôles* ou *jugements d'Oléron*; com ella começa o periodo da idade media.

Correm igualmente versões diversas sobre a autoria dessa compilação; a mais corrente a attribue á mulher do rei Luiz VII, Eleonora de Guienna, duquesa d'Aquitaine, a qual fazendo redigir esses usos, revestiu-os de sua auctoridade, ao voltar da segunda cruzada, aonde acompanhara seu marido. (2)

LEIS DE WISBY (cidade da Suecia)—Este direito governou as relações marítimas, que tinham por campo de actividade o mar Baltico. Iguaes hesitações encobrem a data

(1) Citado por Labraque—Bordenave. *Traité des assurances maritimes* n. 5.

(2) Vide Pardessus, *Collection de lois maritimes* t. I c. VIII; Azuni, *Droit maritime de l'Europe* art. 10.

de sua publicação, que uns dizem ter sido no seculo XIII e outros no subsequente.

Estas leis foram inspiradas, em grande parte, pelos principios consagrados nos já conhecidos *Jugements ou Rôles d'Oléron*, e tinham este titulo: *Ordenanças, que os mercadores e patrões de navios formaram antigamente na magnifica cidade de Wisby.*

Esse adjectivo, com que se sublimou essa cidade, não era por certo uma demasia, considerando-se que, alli, ao norte da ilha de Gothland, na Suecia, o commercio maritimo logrou constituir o emporio mais opulento daquelles tempos.

CONSOLATO DEL MAR. Este documento foi conhecido na idade media, sem que até hoje tenha-se conseguido conhecer o seu auctor, nem o tempo certo de sua appareição, sabendo-se que era escripto em lingua catalã, e teve por berço o Mediterraneo; pois, foi publicado em Barcelona ou Marselha. Creem uns que os reis d'Aragão mandaram colleccionar esses preceitos, outros attribuem aos Pisanos a idéa dessa compilação.

O que é licito asseverar é que a denominação *consolato* foi suggerida pela denominação de consules, que se davam a certos magistrados, aos quaes cabia conhecer e julgar de processos commerciaes maritimos; consules esses que com igual missão existiram em Portugal, como se vê da provisão de 30 de Outubro de 1592, e do regimento de 13 de Maio de 1688, para « determinação da justiça das causas, que correrem entre mercadores e homens de negocio, que consiste mais em uma resolução abreviada e bem entendida dos daquella profissão, que em pontos de direito e na delação dos processos e termos largos. » (1)

(1) Vide Ferreira Borges. Seguros maritimos. vb. *casa de seguros*

Essa instituição nada tinha de commun nem com o consulado de Roma republicana, nem com os funcionarios que modernamente o governo das nações civilizadas nomêa, para, em paizes estrangeiros, protegerem as operações commerciaes, as pessoas e bens de seus nacionaes, assumpto entre nós regulado pelo decreto n. 4.968 de 24 de Maio de 1872.

JUS HANSEATICUM MARITIMUM. Na segunda metade do seculo XIII, conforme alguns pensam, ou do seculo XII, segundo outros, as cidades de Lubeck, Brunswick, Dantzick e Koeln formaram uma associação (hansa-teutonica) para proteger o seu commercio no mar baltico e no oceano germanico, tendo agencias em Londres, Berghen (Noruega) Nowgorod (Russia) e Bruges (Flandres). Ulteriormente outras cidades se alliamam a esta associação, que attingiu tal grão de importancia que organisaram a sua legislação (*recessus*), que foi pela primeira vez publicada em Lubeck, em 1591 ou 1597, até que em 1614 depois de revista e augmentada foi publicada sob titulo — *Jus hanseaticum maritimum* (1).

TABOA AMALFITANA. Fallam os escriptores das leis da cidade de Amalfi, na Italia, cidade essa que registrou verdadeiro engrandecimento, por seu florescente commercio maritimo.

Pardessus (2), sem contestar a importancia dessa cidade, dá como desconhecidos o texto e o tempo, em que vigoraram essas leis.

Entretanto, diz Boistel (3), que, perdida, havia muito, a taboa de Amalfi, foi esta achada em 1844, na bibliotheca

(1) Vide Ferreira Borges, Seguros marítimos Hansa teutonica; Pardessus, *Collection des lois maritimes* t. 2 int.

(2) Vide Pardessus, *Collection des lois maritimes* t. I pag. 145.

(3) *Précis de droit commercial* n. 10.

imperial de Vienna e publicada no anno de 1845 em Napoles, tendo sessenta e seis artigos, alguns em latim antigo e moderno e outros em italiano correcto.

GUIDON DE LA MER. E' do seculo XVI este documento e foi publicado em Rouen, sendo ignorado o seu auctor.

Nelle tracta-se principalmente do contracto de seguro, com grande clareza; e com elle fecha-se o periodo medieval.

ORDENANÇA DE AGOSTO DE 1681 DA FRANÇA. Começa o periodo moderno com este monumento, devido aos esforços de Colbert, reinando Luiz XIV, de quem era ministro.

Logo que foi conhecida, passou a servir de modelo para quasi todas as outras nações, exercendo assim notoria influencia sobre as relações do commercio maritimo, em geral.

Valin, Emérigon e Pothier commentaram a celebre Ordenança, considerado o primor legislativo do tempo de Luiz XIV.

Em 1807 foi promulgado o codigo do commercio da França, para dar melhor satisfação aos interesses, sempre palpitantes e crescentes do commercio, servindo de panhal ás reformas iniciadas depois em outros paizes.

22. A legislação commercial maritima do Brazil, na epocha da sua independencia foi a mesma de Portugal, conforme determinou a lei de 20 de Outubro de 1823, constando de algumas disposições das Ordenações do Reino e poucas leis complementares, especialmente depois de 1750.

Em 1833, a regencia, pelo ministerio da Justiça, nomeou uma commissão, a qual incumbiu de formular um projecto do codigo commercial (1).

(1) Era ministro o Visconde de Sepitiba e serviram na commissão José Clemente Pereira, José Antonio Lisboa, Ignacio Ratton, Lourenço Westin (consul da Suecia) e Guilherme Midosi

O projecto foi apresentado ao governo em 6 de Agosto de 1834, e na exposição de motivos ponderava a commissão o seguinte: « duas idéas capitaes occorreram á commissão ao encetar os seus trabalhos: primeira, que um codigo de commercio deve ser redigido sobre os principios adoptados por todas as nações commerciantes e que estejam em harmonia com os grandes usos commerciaes que reúnem debaixo de uma só bandeira os povos do novo e velho mundo; segunda, que um codigo do commercio deve ser ao mesmo tempo accommodado ás circumstancias especiaes do povo para quem é feito » .

Tractando do direito commercial maritimo, eis como se exprimiu a commissão: « as bases essenciaes do direito maritimo datam a sua origem da legislação dos primeiros povos que conheceram a navegação; e depois que o seculo de Luiz XIV os reduziu a systema, a sua formosa Ordenança de 1681, tornou-se o codigo universal do direito das gentes de todos os povos commerciantes. Nem um redactor dos codigos commerciaes, depois della publicados, ousou até hoje alteral-os; fôra um crime na commissão se ousasse tomar a iniciativa para fazer innovação em principios que têm em si a essencia da immutabilidade; copiou fielmente artigos que todos os codigos têm copiado daquella fonte tão pura : era este o seu dever, ella o cumpriu » .

Confessou ainda a commissão: « ter achado no fôro inglez a precisa pratica dos principios exactos que anhelava, levantando sobre esta illustração os titulos de seguros e avarias » .

As peripecias por que passou esse projecto na camara dos deputados e no senado, tendo sido sujeito ao estudo de differentes commissões, fizeram com que, depois de emen-

dados, fosse adoptado como lei, que é a que figura na collecção das leis brasileiras sob n. 556, com a data de 25 de Junho de 1850, a qual como código do commercio só começou a vigorar no dia 25 de Dezembro do mesmo anno, tendo sido expedidos para sua execução os decretos regulamentares ns. 737 e 738 de 25 de Novembro de 1850.

O código do commercio tem sido alterado em varias de suas disposições, desde a sua promulgação; entretanto, na parte que governa as relações do direito commercial marítimo, insignificantes modificações têm se operado em seus preceitos.

SECÇÃO IV

23. O preceito, que governa as relações jurídicas, nesta materia, emana de fontes:

- a) primarias,
- b) subsidiarias e
- c) complementares.

24. O principal elemento, como fonte primaria do nosso dogma juridico-commercial-marítimo, é o código do commercio, parte 2^a, arts. 457 a 796, regulamentado pelos decretos ns. 737 e 738 de 25 de Novembro de 1850.

Além disso, ha outras disciplinas legais, que pertencem á mesma cathgoria de fonte primaria, quaes são, entre outras: o decreto n. 447 de 19 de Maio de 1846, que mandou pôr em execução o regulamento para as capitánias dos portos; o decreto n. 4.968 de 24 de Maio de 1872 (regulamento consular); a lei n. 2.348 de 25 de Agosto de 1873 art. 11 § 5, regulamentado pelo decreto n. 5.585 de 11 de Abril de 1874, concernente á marinha mercante,³³

industria de construcção naval e commercio de cabotagem ; a consolidação das leis das alfandegas e mesas de rendas, cuja ultima edição é de 1894, lei n. 123 de 11 de Novembro de 1892 sobre a navegação de cabotagem ; prorogada a sua execução pela de n. 227 A de 1 de Dezembro de 1894, só entrou em execução em 5 de Dezembro de 1896 *ex-vi* do dec. n. 2.304 de 2 de Julho de 1896.

25. As fontes subsidiarias são :

- a) os usos commerciaes,
- b) as leis civis: (1).

26. A Instituta (2) diz: *diuturni mores consensu utentium comprobati, legem imitantur.*

O uso é o instrumento da evolução no direito, e por elle a homogeneidade incoherente se torna heterogeneidade coherente, para usar da linguagem de Herbert Spencer.

O uso traduz o resultado da lucta pela existencia, adaptando-se ao meio social a concepção mais nitida da disciplina juridica triumphante.

Mas, para que o uso tenha uma consagração juridica, cumpre que o revistam certos caracteres.

Assim que, o uso deve ser: (3).

- a) geral,
- b) constante,
- c) diuturno,
- d) uniforme,
- e) harmonico com as leis expressas,
- f) conforme o sentimento moral.

(1) O Decr. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 2 diz: Constituem legislação commercial o codigo do commercio e subsidiariamente os usos commerciaes e as leis civis.

(2) L. 1 t. 2 § 9 *De jure naturali, gentium et civili.*

(3) Decr. n. 738 de 25 de Novembro de 1850 arts. 25, 26 e 27.

Já o alvará (2º) de 16 de Dezembro de 1771 no § 3 dizia que «as decisões dos negocios mercantis costumam depender menos da sciencia especulativa das regras de direito e das doutrinas dos jurisconsultos, do que do conhecimento pratico das maximas, uso e costumes do commercio»; e o antigo regulamento da casa de seguros de 30 de Agosto de 1820, no art. 40 estabelecia: « Os casos omissos nesta nova regulção serão decididos pelos estylos da praça de Lisbõa, e subsidiariamente pelos estylos e regras mais geralmente adoptadas nas praças da Europa a que os louvados se conformarão nas suas decisões».

Salientando o valor dos usos do commercio, Silva Lisbõa (1) não duvidou escrever: «deixem de parte as subtilezas dos jurisconsultos e os apices de direito, examinem o uso, e julgem pelo uso; não lhe toquem, não o destruam, porque destroem nelle a prosperidade publica» .

27. Os usos commerciaes dividem-se em internos e externos.

Os usos internos concernem ao que se passa no territorio brasileiro; os externos respeitam as leis nacionaes do estrangeiro, quanto a sua idade, estado, capacidade contractual e fórma de contractos ajustados em paiz estrangeiro (2) .

28. Os usos estão sujeitos á averiguação de uma competencia estabelecida.

E' competente actualmento a Junta Commercial do Rio de Janeiro, a qual deve proceder ás investigações²⁴

(1) Diccionario juridico commercial vb. uso.

(2) Dec. n. 737 de 1850 art. 3 §§ 1 e 2.

necessarias afim de verificar a existencia das praticas commerciaes, que possam ser estabelecidas como usos. (1)

29. E' dupla a funcção do uso commercial, porque:

a) serve para interpretar a vontade dos contractantes (2);

(b) suppre o silencio da lei. (3)

30. Além dos usos commerciaes, de que temos tractado, ha praticas mercantis que são verificadas pelas praças de commercio (4); o costume geral, á que é remissivo o codigo do commercio em differentes circumstancias, pode ser averiguado por qualquer genero de prova. (5)

Entre estas differentes praticas commerciaes milita a seguinte differença: contra o assento da Junta Commercial não é admissivel impugnação que não verse sobre a identidade do caso; contra as attestações fundadas em informações das praças de commercio é admissivel qualquer genero de prova; (6) e todas ellas, em guardada proporção juridica, servem para esclarecer o animo dos julgadores.

31. As leis civis constituem outra fonte subsidiaria da legislação commercial e são ellas as seguintes: (7)

As Ordenações do Reino de Portugal,

(1) Dec. n. 738 de 1850 arts. 11, 22, 23, 24 e 25.

O Decreto legislativo n. 2.684 de 23 de Outubro de 1875 e o Dec. n. 6.142 de 10 de Março de 1876 estabeleceram a competencia do Supremo Tribunal de Justiça para tomar assentos para intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, sendo esses assentos incorporados á collecção das leis. Com a transformação desse Tribunal, passou de novo essa competencia para a Junta Commercial do Rio de Janeiro, conforme o acto do governo provisório, n. 596 de 19 de Julho de 1890 art. 12 § 6.

(2) Codigo do Commercio arts. 131 § 4, 673 § 4.

(3) Dec. n. 738 de 1850 arts. 12.

(4) Dec. n. 737 de 1850 art. 218.

(5) Dec. n. 737 de 1850 art. 221.

(6) Dec. n. 737 de 1850 art. 219.

(7) Lei de 20 de Outubro de 1823.

As leis extravagantes,

As leis posteriores á independéncia do Brazil.

32. Os usos commerciaes e as leis civis não são indifferentemente consultados como direito subsidiario. O Dec. n. 737 de 1850 art. 2.º dá preferéncia aos usos commerciaes em questões sociaes e nos casos expressos no código do commercio, como sejam os dos arts. 154, 169, 176, 186, 201, 254, 291, 424.

Tem preferéncia o direito civil na formação, extincção e dissolução dos contractos em geral, salvo as modificações do código do commercio, como neste é disposto nos arts. 121 e 428.

O processo civil é subsidiario do processo commercial nos casos omissos, segundo determina o Dec. n. 737 de 1850 art. 743 (1).

33. LEGISLAÇÃO COMPARADA:

O código geral do commercio allemão (*allgemeines deutsches handelsgesetzbuch*) anterior ao de 1897, art. 1.º

(1) Um decreto ao governo provisório sob n. 848 de 11 de Outubro de 1890, art. 387 mandou guardar como direito subsidiario também e especialmente os casos de *Common Law* e *Equity* que regem as relações jurídicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte.

Não faremos aqui a critica de semelhante disposição: apenas diremos que *The Common Law* é uma vasta collecção de precedentes judiciarios desde os mais remotos tempos da historia da Inglaterra, augmentados no periodo colonial dos Estados Unidos, contidos em centenas de volumes. *The System of Equity* ou *The Chancery Law* são outros precedentes judiciarios, compendiados em cerca de 1.500 volumes

The Common Law é o direito no seu rigor, *The System of Equity* é a modificação desse rigor pelas suggestões da equidade.

Tractando dessas collecções de casos julgados, Walker, professor no Cincinnati College, em Boston, mostra o herculeo esforço que precisa-se empregar para conhecer a materia dessa *rudis indigestaque moles*; diz elle: *it would be a herculean labour to master the contents of so many volumes*; e a razão disto é triplíce ao ver do illustre professor; 1—a linguagem empregada, composta de termos antiquados, mixta de normando, saxonio, francez e latim; 2—a falta de livros adequados; 3—a carencia de noções exactas. Eis o indicado monumento subsidiario!

determinava:—Em materia commercial, os usos do commercio e, na sua falta, as regras geraes do direito civil são applicaveis, no silencio deste codigo. O de 1897 supprimeo este artigo.

Na França, o codigo commercial art. 18 e o civil art. 1873 mandam applicar o direito civil ás sociedades commerciaes, no silencio das leis commerciaes; o codigo civil no artigo citado manda recorrer aos usos em assumpto social.

O codigo commercial da Italia no art. 1.º diz: Em materia de commercio, observam-se as leis commerciaes; onde estas não dispõem, observam-se os usos mercantis prevalecendo os usos locaes aos geraes; e na sua falta applica-se o direito civil.

O codigo do commercio hespanhol no art. 2.º estabelece: Os actos do commercio regem-se pelas disposições do codigo, na sua falta pelos usos do commercio geralmente observados em cada praça, e na falta dessas regras pelo direito commum.

O codigo commercial do Mexico no art. 2.º manda applicar aos actos de commercio as regras do direito commum, não havendo disposições no codigo.

O codigo commercial de Portugal de 1888, artigo 3.º dispõe: Si as questões sobre direito e obrigações commerciaes não puderem ser resolvidas nem pelo texto da lei commercial, nem pelo seu espirito, nem pelos casos analogos nella previnidos, serão decididos pelo direito civil.

No projecto apresentado ao poder legislativo de Portugal, os usos eram admittidos, como direito subsidiario, antes do direito civil; mas, da renhida discussão, havida no

parlamento portuguez, resultou voto contrario aos usos, que foram eliminados do art. 3.º (1).

(1) São dignas de leitura as palavras proferidas pelo deputado Pinto dos Santos e os apartes dados, reproduzidos pelo illustre Dr. Alves de Sá, na sua interessante obra intitulada «Primeiras explicações do código commercial portuguez de 1888»; á pagina 272 disse aquelle deputado:

«Estudando-se o relatório da commissão, podem reduzir-se a quatro os argumentos em que se fundou para não chamar os usos mercantis como direito subsidiario.

Rejeitou esta doutrina, em primeiro lugar, por lhe «parecer contraria aos bons principios.» Acha esta razão de todo o ponto destituida de fundamento.

Se attendermos á evolução historica do direito commercial, vejo que se foi formando pelos usos á medida que se alargava e desenvolvia o commercio. Nos seculos XVI e XVII é que o direito commercial começou principalmente a constituir-se pelos trabalhos dos juriconsultos italianos, trabalhos que foram condensados nas Ordenanças francezas de Colbert de 1673 com respeito ao commercio de terra e de 1681 relativa ao commercio maritimo. Depois d'estes diplomas legislativos publicou-se o código commercial francez de 1807, em que se deu corpo de doutrina a todos os usos commerciaes. Posteriormente a essa codificação, fizeram-se novas descobertas, crearam-se outras instituições, alargou-se a area do commercio, modificando-se assim as relações commerciaes e appareceram novos usos consentaneos com o modo de ser de todos esses progressos realizados. Esses usos dispersos foram a seu termo codificados. Assim entre nós publicou-se em 1833 o código de Ferreira Borges, que satisfazia completamente ás necessidades dessa época e que foi reputado um padrão de gloria para seu autor. Passados trinta annos, já se sentia a necessidade de o reformar porque estava em desacôrdo com muitas das nossas instituições e era perigoso para muitos casos frequentissimos no fóro. Si só agora se reforma o código vigente, foi por as commissões não terem apresentado os seus trabalhos. Vé-se, pois, que ao lado das leis se vão formando usos que se transformam a seu tempo em leis, e que assim continuará successivamente.

Portanto, numa nova codificação não se póde nem se deve acabar com os usos mercantis como direito subsidiario.

Um código não é uma lei de occasião, é uma lei organica que ha de vigorar por um largo periodo; não póde estar a ser modificado a todos os instantes. É preciso, pois, pôr na lei os usos como uma especie de correctivo, como uma valvula de segurança, para se não crearem peias á formação de novo direito commercial.

E mostraremos a confirmação disto em exemplos apontados pelo Sr. ministro da justiça no relatório que presede á sua proposta. Assim S. Ex. regulou a conta-corrente, contracto frequentissimo, a que o uso tem dado um caracter especial e effeitos peculiares e que não estava no nosso código.

Da mesma forma regulou uma operação hoje muito frequente e que actualmente constitue um contracto *sui generis* com regras proprias, conhecido sob a denominação de reporte, e que é praticado usualmente sem haver lei que o regule até hoje.

Como estes, podiam apontar-se mais exemplos de actos e contractos que se dão todos os dias na pratica, que são regulados émente pelos usos e que nenhum commerciante se recusa a cumprir com o fundamento de não serem leaes.

A comissão, acabando com os usos mercantis como subsidiarios, embarçou com esta função innovadora dos usos que ia regulando successivamente as novas invenções como o telegrapho, o telephone, etc, emquanto a lei não providenciava sobre o caso.

A determinação da comissão não tem só este inconveniente.

Supprimindo os usos como subsidiarios acabou tambem com a função *interpretativa* que elles exercem nos diversos actos do commercio

Mas tão extraordinaria é esta doutrina, que o Sr. Vicente Monteiro, respondendo agora ao Sr. Julio de Vilhena, viu-se na necessidade de confessar que ficam ainda em vigor alguns usos indispensaveis para interpretar certos contractes.

Essa transacção que S. Ex. já fez connosco admittindo...

(INTERUPÇÃO DO SR. VICENTE MONTEIRO)

O artigo 3º que regula os casos omissos e o direito subsidiario não falla em usos. Não acho nelle nada que auctorise o emprego dos usos.

O SR. VICENTE MONTEIRO—Acha-o pelo codigo adiante.

O ORADOR—Acha-o pelo codigo adiante !?

Nesse caso o que noto é a contradicção do artigo que analysamos com os outros que admittirem os usos.

INTERUPÇÃO DO SR. VICENTE MONTEIRO

Então o que são os usos, se não são subsidiarios ?

S. Ex. não lhe dá a força de direito subsidiario, logo, onde os não mandar observar por lei expressa, não pôde recorrer-se aos usos, ainda que seja como elemento de interpretação, porque o art. 3º não falla d'elles. É uma falta irremediavel, o direito mercantil fundado na boa fé, não pôde ser tão explicito como o direito civil.

Os contractos no commercio são muito laconicos e carecem de interpretar-se pelos usos e estylos das praças e das localidades em que são feitos.

Tudo quanto tenho dito com respeito á função interpretativa dos usos em materia commercial, é o que se encontra em qualquer commercialista e nomeadamente nos commentadores do codigo italiano.

Não tenho feito mais do que reproduzir a doutrina por elles sustentada, e com a qual estou plenamente de acôrdo.

Para concluir a resposta ao primeiro argumento da comissão, devo ainda ponderar que os usos até foram respeitados pelo codigo civil.

No art. 684 diz-se : « E' nullo o contracto, sempre que dos seus termos, natureza e circumstancias, ou do uso, costume, ou lei, se não possa deprehender qual fosse a intenção dos contrahentes... »

No art. 704 diz-se : « Os contractos obrigam tanto, ao que nelles é expresso, como ás suas consequencias usuaes e legaes.

Ora, se em direito civil, que é muito diverso do direito commercial, pois que se reforma muito mais lentamente e exige muito mais numero de formalidades, se admittem ainda os usos como elemento interpretativo, por que não havemos de consignar esse principio no codigo commercial ?

O Sr. Vicente Monteiro diz que cá fica, e eu digo que não fica, porque o direito consuetudinario deixou de ser um elemento subsidiario pelo art. 3º do projecto.

(INTERUPÇÃO DO SR. VICENTE MONTEIRO)

Parece-me, portanto, que o primeiro argumento apresentado pela comissão nada prova, porque os bons principios estão do lado do uso e não contra o uso.

E, se assim não é, diga-nos o Sr. relator quaes são os bons principios offendidos, visto que a commissão teve todo o cuidado em não nol-os indicar no seu relatorio.

Do que expuz, parece-me poder concluir que os bons principios estão consignados no art. 3.^o da proposta do Sr. ministro da justiça.

O segundo argumento em que a commissão se baseou para não admittir os usos mercantias como subsidiarios, foi por virem modificar sem vantagem, e antes com inconvenientes, o estado actual do nosso direito patrio.

Permitta-me S. Ex. que lhe diga que segundo o nosso direito, os usos commerciaes estavam em vigor pelo nosso codigo do commercio como subsidiarios.

S. Ex. citou o art. 1.^o do codigo onde se considera como subsidiario o direito civil; mas se vir o art. 3.^o do decreto que poz em vigor o codigo commercial, S. Ex. encontrará que se revogaram sómente os usos e costumes que forem contrarios á lei ou ao espirito della.

Portanto, parece-me que se não póde dizer que não estão ainda em vigor pela nossa jurisprudencia actual os usos, logo que não vão de encontro á lei. E antes do codigo commercial muitas disposições havia, que eu não cito agora para não fatigar a camara, nas quaes se mandavam observar os usos e estylos commerciaes.

Como eu conhecia estes diplomas, notei que o Sr. Oliveira Martins, publicando um brilhante artigo sobre o codigo commercial, fora menos exacto, defendendo os usos como subsidiarios, mas desistindo da sua opinião por lhe parecer que era uma innovação no nosso direito e por entender que os codigos não são azados para fazer propaganda.

Não era innovação nem propaganda, era simplesmente a conservação do direito actual, que devia continuar a subsistir.

Supponhamos, porém, que os usos não são considerados subsidiarios pelo nosso direito actual. Quem ha ahi que tenha pratica do commercio, que possa dizer de boa fé, que nos nossos tribunaes se não está julgando pelos usos e costumes?

Si isto assim e, si os usos conseguem triumphar, apesar da prohibição da lei, facilmente se conclue a sorte que espera o art. 3.^o do projecto. As leis não se respeitam, quando não estão em harmonia com as necessidades que regulam:

Tornam-se obsoletas.

Proibir os usos equivale a remar contra a maré.

E tanto estas considerações são geralmente acceitas, que os recentes codigos commerciaes da Allemanha, da Italia e da Hespanha respeitam os usos como subsidiarios, e admittem-nos em primeiro lugar, recorrendo-se á lei civil sómente na falta dos usos. E acho razoavel esta preferencia dada aos usos.

Si os actos commerciaes—como pondera Mancini—se afastam da lei commum, é porque esta regra foi reconhecida *inadequada e insufficiente* para regular, e é porque o uso corresponde melhor ás necessidades do commercio.

Si o direito commercial se separou do direito civil por uma evolução gradual, visto que a natureza dos actos que regula, se ia diversificando successivamente, como é que os principios de direito civil hão de poder applicar-se a casos de direito commercial?

Se o direito commercial maritimo não tem nenhuma ligação com o direito civil, que subsidios póde este dar para a interpretação daquelle?

Pondere-se, além disto, que no direito commercial ha uma grande boa fé, que dispensa grandes formalismos, e que ha necessidade de muita rapidez para se não entorpecer o desenvolvimento do commercio.

Sendo assim, applicando-se aos actos commerciaes os principios geraes de direito civil, pódem succeder flagrantes injustiças.

Exemplo :

As letras não sendo protestadas em tempo útil, não têm valor como obrigações commerciaes, e valem apenas como titulos de obrigações civis.

Si uma letra nestas condições fór do valor de 1:000\$, como se ha de cobrar civilmente, se o codigo civil não admite para prova das dividas de mais de 400\$000, senão as escripturas publicas?

Em todo o caso, o uso supplantou tudo e essa letra é paga integralmente, apezar das disposições da legislação civil.

A terceira razão encontra-se no seguinte periodo do relatorio : «... si os usos tivessem de prevalecer em commercio ao subsidio do direito commun e geral, consignado no codigo civil, indispensavel seria formar o codigo de commercio, não só com as disposições da especialidade ou excepção que o constituem, mas com todas as outras, que á maneira dos mais codigos especiaes, não repete por estarem na regra e como regra serem de cumprir ».

Este argumento não tem força nenhuma. Não é necessario reproduzir no codigo commercial os principios geraes que estão consignados no codigo civil, porque esses principios não são peculiares de um ou de outro codigo; são principios geraes de *direito privado*.

Si se encontram no codigo civil, foi por este direito se formar primeiramente. E, desde que estão consignados num codigo, desnecessario é trazel-os tambem para o outro.

Si esses principios geraes se codificassem primeiro no codigo commercial, não era preciso trazel-os para o codigo civil.

O ultimo argumento da comissão é a difficuldade que ha em se saber o que deve entender-se e a que deva satisfazer esse uso para se considerar estabelecido, difficuldade que « deixa o arbitrio arvorado em lei ». Se a comissão se mostra tão hostile ao arbitrio, devia ter eliminado a segunda parte do art. 2º e marcar taxativamente os actos commerciaes, para não surgirem na pratica nenhuma difficuldades.

E qual o modo por que pretende acabar com o arbitrio?

Qual é a substituição que apresenta para acabar com os usos subsidiarios? São os principios geraes de direito civil que são variaveis para cada magistrado, porque cada um entende as cousas por seu modo, visto que taes principios são extremamente vagos.

Mas ainda ha mais, segundo o relatorio da comissão, fica em vigor o art. 16º que regula os casos omissos no codigo civil e que manda attender aos « principios do direito natural, conforme as circunstancias do caso. »

Pois haverá cousa mais vaga, mais arbitraria do que os principios de direito natural?

Não são esses principios diversos, conforme o escola philosophica em que cada um se filia?

Esta imperfeição do codigo civil não devia introduzir-se no codigo commercial.

Deixar os principios de direito natural como subsidiarios, é uma arbitrariedade tão grande, que cada juiz pôde interpretar a lei como quizer e fazer o que quizer.

Disse o Sr. Julio de Vilhena e repito eu :

Pois não é o uso alguma cousa mais palpavel do que estes principios?

O uso não é a suggestão de qualquer negociante, é a pratica seguida e conhecida no commercio. Os usos são factos que podem provar-se e não são theorias de philosophia que admittem controversias interminaveis.

Se o uso pôde dar logar ao arbitrio, o que ha de dizer-se dos principios de direito natural e dos principios geraes de direito civil?

Parece-me ter demonstrado que as razões allegadas pela comissão nada provam contra os usos, e que ficaria melhor o codigo, se tornasse a ser substituido este artigo pelo artigo apresentado pelo Sr. ministro da justiça ».

34. Constituem fontes complementares :

- a analogia,
- a equidade,
- a jurisprudencia dos tribunaes,
- a legislação dos povos cultos,
- a sciencia do direito.

35. Varro dá esta noção da analogia : é a verdade, a razão, oriunda da semelhança : *veritas et ratio, quæ a similitudine oritur* (1).

Já a lei 12 do Digesto—*de legibus* dizia—. . . *ad similia procedere atque ita jus dicere debet*.

Mas, este modo de supprir as omissões legislativas, *secundum argumentum legis*, tem uma limitação logica, concernente ás regras do direito singular, em relação ao qual, prevalece o princípio da lei 14 do Digesto—*de legibus*:—*quod contra juris rationem receptum est non est producendum ad consequentias*.

Assim que, a razão da lei é guia seguro para sua extensão analogica, na mesma ordem ou cathegoria de factos ; cessando de predominar nos casos restrictivos : *in odiosis et correctoris non fit extensio a casu ad casum, a persona ad personam*.

Roussel (2) acha notavel differença entre—a applicação analogica e—a interpretação da lei. A applicação analogica da lei é do juiz, que na sua missão não é tanto interprete como substituto do legislador ; o interprete só tem por fim apoderar-se do pensamento legislativo e servilmente obedecer-lhe.

(1) Vide Mailher de Chassat—*Traité de l'interprétation des lois* § 139.³⁸

(2) *Encyclopédie du droit* § 64.

O citado escriptor distingue duas especies de analogia e, portanto, dous modos de applicação analogica das leis: a analogia de facto e a de direito; a primeira dá-se, quando existe grande semelhança entre dous factos, dos quaes um é previsto pelo legislador e o outro, não; a segunda tem logar, quando ha paridade de motivos, em relação a uma disposição legal e a um caso que a lei não previu. Si a applicação da lei pela primeira destas analogias implica uma comparação material; a segunda analogia envolve uma comparação juridica, esta aproxima-se da interpretação sem com ella confundir-se, porque o interprete não investiga sómente a paridade dos motivos possiveis da parte do legislador, mas tambem da paridade de vontade; em quanto, a applicação analogica da lei suppõe a ausencia deste ultimo elemento (1).

Quer se tracte de uma, quer de outra das duas analogias assignaladas, o certo é que domina-as o fundamental criterio — *ubi eadem ratio ibi idem jus debet esse*, da lei 12 do Digesto — *de legibus*.

36. A equidade não deve ser considerada como suggestão de benevolencia arbitraria.

Si atravéz dos tempos a noção da equidade teve uma significação accomodada ao estado das relações de direito, quer isto dizer que essa significação nem sempre foi a mesma.

Si Cicero comprehendia a equidade como applicação de leis iguaes a cousas iguaes, *quæ paribus in causis paria jura desiderat* (2); si Celso e Ulpiano (3), definiram o direito *ars*

(1) Roussel *op. cit.* § 76.

(2) *Topica* — IV.

(3) Digesto, l. 1 pr. *de justitia et jure*.

boni et æqui; si para Paulo (1) é direito *quod semper ac bonum est*; todavia, a equidade significava o contraste do *strictum jus* dos romanos e era invocada contra os rigores que o *summum jus summa injuria* traduzia; e « toda a historia do direito romano, como observa Miraglia (2), consiste neste movimento progressivo do *legitimum* para o *bonum æquum*, no qual não pequena parte cabe ás *fictiones*, formas de analogia, capazes de modificar a substancia do direito, mantendo-se inalteravel na apparencia; e certamente ao *jus edicendi* muito deve o direito romano em sua progressiva evolução ».

Na Inglaterra e nos Estados Unidos da America do Norte tambem existe a *Equity*, tão preponderante nas relações de direito.

Nesses paizes a *Equity* tem dous sentidos: o lato, synonimo da justiça natural, *portion of natural justice* e o technico, que tem estreita e diferente significação, formando regras especiaes, sem confusão com a *common law* (3).

A *Equity* forma uma collecção de precedentes que estão reunidos em centenas de volumes, figurando na legislação ingleza e norte-americana ao lado dos precedentes que formam a *common law*, constante de outras centenas de volumes.

De sorte que as creações do pretor romano, assim como as disciplinas juridicas do *Chancellor* inglez obedeciam a regras de orientação então corrente, modificando a severidade da lei *commum*.

(1) Digest. l. 11 — *de just. et jure*.

(2) *Filosofia del diritto*, pag. 112.

(3) Vide: *A Manual of Equity Jurisprudence* by Josiah Smith, Trustram; *A Concise Guide to Modern Equity* by Arthur Underhill; *Introduction to American Law* by Walker, lect. IV n 38; n. 33 nota (1) p. 39 supra desta obra.

Em um paiz de responsabilidades organisadas, a equidade não pôde estear-se no olvido do que a lei determina : *conscientia legis vincit conscientiam hominis* ; o Codigo do commercio no art.21 diz: « Todo o tribunal ou juiz que conhecer de negocios ou causas de commercio, todo o arbitro, experto ou perito que tiver de decidir sobre objectos, actos ou obrigações commerciaes é obrigado a fazer applicação da legislação commercial aos casos occorrentes ».

Eis aqui porque o Reg. n. 737 de 1850, art. 680 § 2º annulla a sentença proferida contra a expressa disposição da legislação commercial e a lei criminal pune o juiz que transgride o preceito legal.

Geralmente os casos da equidade estão previstos na lei ; entre elles pôde ser citado o do art. 131 n. 5, que na duvida manda decidir a favor do obrigado, o do art. 494 que permite o abandono liberatorio e outros ; podemos, pois, dizer com P. Cogliolo (1) *fuori di questi e dei simili casi l'equità é il tarlo del diritto ; la vera equità sociale vuole che il diritto trionfi sopra l'equità individuale.*

A lei n. 1.350 de 14 de Setembro de 1866, que derogou o juizo arbitral necessario, estabeleceu no art. 1 § 2º o seguinte preceito : « Podem as partes auctorisar os seus arbitros para julgarem por equidade independentemente das regras e formas de direito. » A mesma disposição foi reproduzida no decreto regulamentar n. 3.900 de 26 de Junho de 1867 art. 10 § 4.

De algum modo os arbitros exercem uma certa função

(1) *Filosofia del diri o privato*, § 11. Este escriptor allude a materia que por sua natureza escapa a preceitos geraes e preventivos, permittindo a lei ao juiz que tenha em conta certos factos como acontece com as circumstancias attenuantes nos delictos, na avaliação do damno quanto á culpa civil, nas questões da vontade contractal ou testamentaria.

legislativa, são, por assim dizer, os ministros da equidade, na linguagem dos oradores que sustentaram a discussão do código commercial da França (1).

E' difficil comprehender a equidade modificando a lei : *non sunt judicandæ leges.*

Fons (2) invocando o celebre dicto de d'Argentree — *stulta videtur sapientia quæ lege vult sapientior videri*, diz— o juiz não pôde preferir a equidade ao direito ; a lei falla e basta, não tem outros oráculos ; o magistrado não pôde dizer : — tal disposição legislativa é desarrazoada, injusta, iniqua, cumpre afastal-a ou modificál-a ; aconselha-m'o a minha razão, ordena-m'o a equidade, fôra constituir-se juiz da lei quando jurou servil-a.

Fôra do juizo arbitral voluntario, não ha razões de decidir que não provenham do direito escripto, empregados os processos da hermeneutica ; e mesmo nesse juizo as considerações da equidade jámais poderão degenerar naquelle estado amorfo de sentimental e romantica aspiração, que Cogliolo (3) profliga mui justamente.

37. A jurisprudencia dos tribunaes é outra fonte complementar : *optima legum interpres est consuetudo* — lei 37 do Digesto *de legibus*.

O assento n. 358 de 10 de Junho de 1817 diz que a pratica é o melhor interprete das leis. E' o direito consuetudinario, formado pelo concurso dos requisitos que a lei de 18 de Agosto de 1769 § 14 estabeleceu, isto é :

- a) que não seja contrario á lei nem ao seu espirito,
- b) que tenha mais de cem annos de existencia.

(1) *Motifs et discours par les divers orateurs du Conseil d'Etat et 3^o Tribunal, dis. 1.*

(2) *Aphorismes de droit n. 21.*

(3) *Ob. cit.* § 13

Sem estes requisitos ha julgados, ha opiniões consagradas e operando effeitos em uma especie ventilada no fôro ; mas, não ha o costume prestigiado, imagem da lei, nem a *rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas* (1).

38. A legislação dos povos cultos é perenne fonte de instrucção na investigação da verdade juridica.

A citada lei de 18 de Agosto de 1769 no § 9 mandava «recorrer, em caso de necessidade, ao subsidio proximo das leis das nações christãs, illuminadas e polidas, onde resplandece a boa, depurada e sã jurisprudencia. »

39. A sciencia do direito é tambem preciosa fonte complementar.

O direito não é simples agglomeração de leis ; o bom senso só não basta para comprehender e applicar o direito ; á intuição juridica cumpre alliar a educação juridica, (2) sem o que essa sciencia jámais será lealmente consultada como subsidio.

Seus órgãos são os jurisconsultos, *cujus merito quis sacerdotes appellet veram philosophiam non simulatam affectantes* (3), que deixam, nas obras que escrevem, o evangelho da sabedoria juridica, em que os elementos theorico e pratico, habilmente combinados, offerecem solução a muitos dos complicados problemas que o commercio da vida juridica suscita, quando o legislador não previo a regra applicavel, nem outros subsidios mais proximos existem ; pois a experiencia tem demonstrado, como pensa von Ihering, (4) que o direito é fonte inexgottavel, onde a pratica e a theoria

(1) Digesto L. 38 de leg....

(2) Von Ihering, *L'Esprit du droit romain trad. par Meulenaere* T. III pag. 7.

(3) Digesto — Lei I § 1 de *Justitia et jure*.

(4) *L'Esprit du droit romain*, Ob. cit. T. 1, § 3 pag 33.

constantemente haurem regras subjectivamente novas, isto é, até então ignoradas, e as formulas de todos os tempos têm até hoje se mostrado susceptíveis de desenvolvimento e aperfeiçoamento.

Os jurisconsultos, diz Pietro Cogliolo (1) tiveram entre todos os povos grande importancia e por isso eram tidos em grande apreço, tanto maior quanto mais pronunciada era em cada um delles a tendencia para o direito. Precisamente para os romanos o direito foi aquillo mesmo que a religião foi para os hebreos ou a arte para os gregos: Roma expulsou os artistas, fechou as portas aos philosophos, tolerou os sacerdotes, mas honrou com popular favor os jurisconsultos, *sacerdotes justitiæ* e pomposamente chamou a jurisprudencia *rerum divinarum atque humanarum notitia, justis atque injustis scientia* e seus cultores *oraculum totius civitatis* (Cic. *de*³¹ *Orat.* I 45).

(1) *Filosofia del Diritto privato* § 4.

CAPITULO IV

RELAÇÕES DO DIREITO COMMERCIAL MARITIMO COM OUTRAS
SCIENCIAS CONVENIENCIA DA UNIFORMIDADE INTERNA-
CIONAL DO DIREITO COMMERCIAL MARITIMO; MEIOS
EMPREGADOS PARA SUA REALISAÇÃO.

SECÇÃO I

40. O direito commercial marítimo entretém relações de afinidade mais ou menos proximas não só com os diferentes ramos da vasta sciencia do direito, como tambem com varias outras categorias do saber humano.

41. Já que os codigos e os tractados têm adoptado a classificação do direito commercial em terrestre e marítimo; não nos podemos dispensar de mostrar, embora em synthese, como das mesmas raizes logicas nascem e ramificam-se as respectivas disciplinas leaes.

Assim, e em regra geral, ao regimen das sociedades commerciaes se adapta o uso commum do navio (1); as dis-³²

(1) Cod. do Comm. art. 485, Vide *infra* ns. 145, 219 e 221.

posições legais sobre mandato, locação, deposito recebem accommodada applicação na posição juridica do capitão (1); os preceitos reguladores do endosso regem a negociação dos conhecimentos, dos instrumentos de cambio maritimo e das apolices de seguro (2); as normas sobre pagamentos e prescripções da parte I do Codigo do Commercio são observadas nos assumptos congeneres da parte II do mesmo Codigo, *servatis servandis*.

Como estas, outras razões de semelhança convencem das mais intimas relações entre o direito commercial terrestre e o maritimo (3).

42. O direito civil, como ficou dicto (4), é subsidiario da legislação commercial; mas, cumpre ter em vista de um lado a indole dos dous direitos e de outro lado as suas relações de harmonia e interdependencia.

A lei commercial e a lei civil têm sido consideradas como duas leis, ao mesmo tempo, speciaes e geraes; especiaes, porque regem distinctas classes de phenomenos juridicos; geraes, porque dominam os actos e contractos que giram nas respectivas zonas; nada mais erroneo do que dizer-se que o direito civil é commum e o commercial excepcional (5).

O discurso preliminar da commissão (6) que apresentou o codigo commercial da França, caracterisando as cousas do commercio, disse: é a facilidade das operações, a rapidez da circulação e a segurança do credito que fazem o poder do commercio; o legislador deve curar de tornar faceis as

(1) Cod. do Comm. arts. 226, 515, 519, 535; Vide *infra* cap. XII.

(2) Cod. do Comm. arts. 360 á 364, 587, 635, 675; Vide *infra* contracto de seguro maritimo.

(3) Vide *supra* Introducção.

(4) Vide pagg. V a VII.

(5) Vide Delamarre et Le Poitvin—*Traité de droit commercial* t. I ns. 19 e 25, Goldschmidt—*Handbuch des Handelsrechts* § 1.

(6) Vide Loaré *Cod. de Commerce* (t. XVII) pag. 30.

operações, determinando-lhes fórmulas e efeitos de um modo simples e positivo, dar ao credito uma garantia inviolavel e desembaraçar a circulação dos obstaculos que podem atrazar-lhe a carreira.

Coincide com este sentimento o de Vidari, quando diz que o direito commercial, mais do que o direito civil, precisa de muita *liberdade, rapidez e vigor*; de muita liberdade, facilitando-se os meios de prova; de muita rapidez, proporcionando-se o livre e menos solemne giro dos valores; de muito rigor, no cumprimento dos compromissos mercantis.

Fazendo a distincção entre o direito civil e o commercial, Thaller (2) descobre no direito civil os seguintes caracteres: 1) muito conservador, pouco propenso á propagar-se; 2) habito de traduzir sua exteriorisação sob formas mais ou menos sacramentaes; 3) dupla base historica: a familia e a propriedade immovel, e fraca tendencia contractual; 4) uma economia organica essencialmente social; em quanto que, reconhece no direito commercial, em opposição ao direito civil, as seguintes accentuações:—1) o elemento progressivo, 2) o consensual, 3) a fertilidade em combinações de trafico, 4) e o individualismo.

Raoul de la Grasserie (3) enuncia os caracteres differenciaes do direito commercial (e portanto do commercial maritimo) e do direito civil, do seguinte modo:

1º. O direito commercial occupa-se com a riqueza, em via de formação; emquanto que a riqueza adquirida e a sua con-³³

(1) *Corso di Diritto Commerciale* t. I, n. 27.

(2) Vide o excellente livro de Thaller, intitulado—*Le la place du commerce dans l'histoire générale*.

(3) *De la classification scientifique du droit* pag. 5, 133 a 137.

servação formam o objecto do direito civil; podendo-se dizer que os elementos que formam o *abstractum* do direito commercial são do estado dynamico e os do civil são do estatico. Segundo este escriptor, o direito pôde ser encarado no estado estatico, no dynamico e no estatico-dynamico; o primeiro exprime o direito em isolamento e repouso; o segundo significa o direito na acção que exerce e na reacção que soffre; o terceiro dá a conhecer o direito na acção e reacção reciprocas, é todo o direito em sua vida inteira; e para tornar clara a sua ideia, exemplifica assim: o exame separado da pessoa ou da cousa, que entram na composição de um direito, pertence ao estado estatico; o contracto synallagmatico é a expressão viva e usual do direito no estado dynamico; emfim, a acção do sujeito sobre o objecto em presença de uma causa fórma um direito no estado estatico-dynamico e pôde crear uma obrigação.

2.º No direito commercial, todas as cousas são fungiveis entre si ou tendem a sel-o e a confundirem-se em um terreno commum, o valor; no direito civil, as cousas propriamente, e não o seu valor, é que são encaradas.

3.º No direito commercial, as pessoas tornam-se anonymas e, assim como as cousas, fungiveis, confundindo-se o anonymato com a fungibilidade, exemplificando com a sociedade, onde o socio é muitas vezes anonymo, portador da acção de tal numero, tornando-se fungivel a pessoa, como acontece com o titulo ao portador, com o deposito das mercadorias dos armazens geraes, a pessoa torna-se impessoal; no direito civil, o dono do immovel é inscripto em um registro, o do movel detem-no, o credor e o devedor são denominados, a cessão é nominativa, não ha pessoa anonyma nem fungivel.

4.º O direito civil, cujo fim é conservar ou permutar a riqueza, valor por valor, é pouco mudavel, os seus modos de transmissão são lentos; o direito commercial, tendo por fim formal-a, fazel-a circular, permutar incessantemente os seus elementos em formação, deve ser rapido.

5.º O direito commercial é essencialmente não formalista e equitativo, como o exigem a rapidez e a commodidade do commercio; pois, o commercio praticando-se entre as nações, fôra impossivel observar as regras formalistas de todas as nações, é um direito espontanea e inteiramente evolucionista e por isso mesmo progressivo, é elle que primeiro realisa o que depois passa para o direito civil.

6.º O direito commercial serve de transição entre o direito individual directamente e o internacional, sem passar pelo cadinho do direito nacional; foi elle que desde o principio tornou menos hostis as relações entre as nações, cabendo no futuro ás consequencias logicas do commercio e não á victoria das ideias humanitarias — a abolição da guerra.

7.º Emfim, o direito commercial differe do direito civil, quanto á sua distribuição entre o estado estatico e o dynamico; no direito civil, o estado estatico é o primeiro estadio, o dynamico é o segundo e a passagem de um para outro estadio é o resultado de uma lenta evolução, a qual, emquanto deixa o estado estatico como apparição esporadica, transforma o dynamico em dynamico de dupla face, porque permanecendo dynamico entre as partes, torna-se estatico em frente de terceiros, como se dá no desenvolvimento do regimen hypothecario; no direito commercial, esta evolução não tem tido lugar, este direito está sempre no estado estatico a respeito de terceiros; pôde-se até acrescentar que este estadio ganhou ³⁴

a dianteira e que tal direito, até certo ponto de vista, tornou-se estatico mesmo entre as partes.

Alludindo a estes criterios que distinguem a lei commercial da lei civil, postos em relevo por—de la Grasserie, Alfredo Tortori (1) diz que elles nada augmentam nem diminuem á questão da autonomia de um direito sobre o outro, não prejudicando a questão da unidade do direito privado; pois, os mais importantes criterios que distinguem o direito civil e o commercial, quaes a fungibilidade dos objectos e sujeitos do commercio, na prevalencia do estado dynamico sobre o estatico e a tendencia do dynamico em tornar-se estatico entres as partes, não são elementos sufficientes para determinar a distincção dos dois direitos, com differentes normas, characteres esses inferidos do estado actual do direito positivo e portanto inferidos do convencionalismo e do preconceito; do convencionalismo que confunde sciencia e direito, não separando do conteúdo positivo do direito o principio racional, de que é elle formado; do preconceito, que descansa no direito constituido, como na melhor manifestação da consciencia juridica e contenta-se com o mediocre, na duvida de poder achar o peor; sendo que o direito reforma-se segundo os dictames da doutrina.

Com effeito, essas notadas differenças não destroem os laços de affinidade dos dous direitos, que pódem ser traduzidos por uma só codificação, como expressão das relações de um só direito, o direito privado, que é o seu almo fundo de analogia (2).

(1) *Sociologia e diritto commerciale t. I. n. 66.*

(2) Vide supra pags. I. a V.

E uma vez que o direito civil e o commercial têm existencias legaes separadas, é de vêr que suas relações de harmonia persistem.

E' assim que, as embarcações só podem ser vendidas por escriptura publica, cujos preceitos estam escriptos na lei civil (1); o capitão do navio em viagem escreve e approva testamentos, preside e registra actos do estado civil, como nascimentos, obitos, casamentos *in articulo mortis* etc., que são regidos pelo direito civil (2); o que por certo mostra as proximas affinidades dos dous direitos.

43. Relaciona-se tambem o direito commercial maritimo com o direito criminal; porque, é nos preceitos deste ultimo direito que se encontra a sancção punitiva dos factos criminosos, infractores dos preceitos que regulam os direitos e obrigações do commercio maritimo.

44. O direito administrativo, organisando as instituições da marinha mercante e suas attinencias, entretem, por isso mesmo, harmonicas relações com o direito que nos occupa neste livro.

45. O direito constitucional, a lei matriz, aquella de encontro á qual se quebra impotente outro qualquer direito positivo, que não emanar de uma assembléa legislativa constituinte, é o direito, com o qual não só se harmonisa o direito commercial maritimo, como tambem lhe presta preito, por ser a instituição fundamental, á qual deve, por assim dizer, o baptismo social, na phrase de Roussel, verdadeira paraphrase

(1) Cod. do Com., art 468; Ord. L^o 3 tit. 59 e dec. n. 79, de 26 de Agosto de 1892.

(2) *Vide infra* cap. XII.

das palayras de Bacon — *Jus privatum latet sub tutela juris publici* (1).

Com effeito é na lei fundamental de uma nação que se assegura a liberdade da industria, a garantia da propriedade, a livre locomoção e outras disciplinas do direito privado em geral (2).

46. O direito judiciario, comprehendendo a organização do poder judicial e as leis do processo, vive em estreita alliança com o direito commercial maritimo ; porque, traduz a efficacia dos direitos.

Uma agremiação sem juizes recorda a agglomeração ciclopica que tinha no arbitrio o fundo e a fôrma das relações juridicas ; uma sociedade politica sem processos não é mais do que a expressão do periodo somatico da humanidade.

47. O direito internacional entretem com o direito maritimo commercial ligações beneficas.

Com effeito, quer se considere o complexo de relações internacionaes que se manifestam entre os differentes paizes, no seu prodigioso convivio civilizador, durante a paz ou emergindo a fatal calamidade da guerra, já entre belligerantes, já entre estes e neutros ; quer se tenha em vista as relações juridicas, sob o influxo do denominado (3) direito

(1) *Encyclopédie Juridique* § 119.

(2) A const. de 24 de Fevereiro define a competencia nas questões de direito maritimo (art 60) e tracta da cabotagem nacional (art. 13 § unico).

(3) Releva fallar aqui do interessante livro de Eduardo Cimbale denominado — *Di una nuova denominazione del cosiddetto Diritto internazionale privato e dei suoi effetti fondamentali* ; no qual o illustre escriptor conservando a denominação de direito internacional privado para actos que lhe são proprios, visto que as nações podem comprar, vender, permutar, doar territorios não habitados etc., emfim praticar actos contractuaes, o que é objecto do que se pôde chamar direito internacional privado; acha entretanto esta expressão inexacta quando se applica ao direito privado do estrangeiro, ou quando se submitt: este ao regimen repressivo, propondo a seguinte denominação — *direito privado universal do estrangeiro e direito penal universal do estrangeiro* ; por que, o objecto do direito internacional são estados e não homens.

internacional privado ; é sempre certo que com este complexo assumpto tem muito que ver o direito commercial marítimo.

Na verdade, já mostramos (1) as restricções do commercio, determinadas por motivos internacionaes, veremos ulteriormente o influxo dessas relações já em tempo de paz, já em tempo de guerra, quanto aos differentes ramos da industria mercantil marítima.

Não é também sem influencia o complexo de principios, geralmente conhecidos como direito internacional privado, quanto ao fundo e á fórma dos actos e contractos governados pelo direito commercial marítimo, sob o aspecto do conflicto de direitos entre os que exercem a profissão mercantil ou a servem como auxiliares, objecto de tantas controversias, especialmente quando se discutem as theorias de assimilação do pavilhão, fretamentos, avarias, seguros, empréstimos a risco marítimo etc., de que tractaremos no correr desta obra.

48. A philosophia do direito tem no direito commercial marítimo a mais limpida de suas irradiações; e qualquer que seja a tendencia da escola naturalista, jamais conseguirá ella eliminar os dados scientificos dessa sciencia integradora, que vela incessantemente pela coordenação dos principios que se concretisam sempre, sem desconhecer as condições de relatividade inherentes á coexistencia humana e suas naturaes evoluções.

Além destas sciencias afins, ha outras que são de preciosissimo auxilio para o direito commercial marítimo.

49. Indicaremos em primeiro lugar, a economia politica.

(1) Vide *supra* ns. 13 á 17

Vidari (1) enunciou uma profunda verdade, dizendo que os factos economicos cahem sob a alçada do direito, quando poem duas ou mais pessoas em relações juridicas; e para que estas relações possam ser bem definidas, é indispensavel que o seu objecto seja completamente conhecido; do mesmo modo por que não se póde conhecer a propriedade chimica dos corpos, sem conhecer-lhes a estrutura, a natureza, a qualidade physica; assim como tambem para conhecerem-se as leis physiologicas, cumpre conhecer a morphologia e o organismo do corpo humano.

Béchaux (2) mostrou as intimas connexidades do direito e dos factos economicos, ponderando que a sciencia economica exerce sobre o direito uma influencia real e, por sua vez, o direito reage sobre a economia politica, sem a qual, entretanto, o seu estudo é esteril.

A economia politica tem por objecto o util; e o direito, o justo; e, como disse Bordas-Demoulin (3), o util é o aspecto pratico do justo e o justo é o aspecto moral do util.

A theoria da permuta, sua natural evolução para a venda, o valor, o preço, o credito, os transportes apparecem na coexistencia dos homens como phenomenos economicos, mas tambem alimentam extensas relações reguladas pelo direito commercial.

Eis por que Laveleye (4) reconhece a existencia de um direito *economico*, concorrendo com outros direitos, para o maior aperfeiçoamento da especie humana.

(1) *Corso di Diritto Commerciale* t. 1 ns. 30 e 32.

(2) *Le droit et les faits économiques, introd.*

(3) Citado por Laveleye, *Element d'économie politique* § 3.

(4) Laveleye ob. e l. cit.

Assim tambem, Ferdinando Puglia (1) espera que a lucta pelo direito no campo economico torne-se fervida e que cêdo possa instaurar o imperio das leis juridicas sobre bôa parte dos phenomenos economicos, conclusão a que chega depois de invocar a opinião de varios escriptores, entre os quaes, Fimolusi Guelfi, o qual escreveu: —o direito, como determinação universal da acção etica de um como de todos os individuos e como garantia da realisação da suprema ideia do homem, protege e garante todas as relações da vida, que se baseam na expressão etica do mundo moderno, carece de opportunas normas juridicas para regular tambem essas relações da vida que se denominam, relações economicas, e que devem ser codificadas, em bem da harmonia entre as varias disposições legislativas e com maxima vantagem social.

E então figurará na sciencia juridica mais um dos seus frondosos ramos — o direito economico.

50. Além da economia politica, a historia universal, a geographia, a estatistica, a biologia, a anthropologia, a paleographia, a diplomatica prestam muita luz na elucidação de varios problemas do vastissimo campo do direito commercial maritimo.

SECÇÃO II

51. A natural expansão do commercio, suas ramificações por todas as regiões do mundo, os usos que necessidades communs originam, imprimem-lhe um certo character³⁷

(1) *Il Diritto nella vita economica*, cap. IX.

de cosmopolitismo, toante com a universalidade de suas praticas.

Querendo assignalar a universalidade do direito marítimo, Cresp (1) allude ao curioso factó seguinte: logo depois das guerras da revolução e do primeiro imperio, todas as nações vizinhas da França importaram as leis civis e commerciaes francezas; quando porêm bateu a hora da separação, os povos vencidos ou subjugados apressaram-se em adoptar de novo as suas antigas leis ou estatutos civis; ao envez do que occorreu com as leis commerciaes, as quaes si umas nações conservaram, outras mantiveram com modificações: o que fizeram, porque os francezes levaram-lhes com redacção differente o que ellas já possuíam.

Muitas tentativas têm sido realisadas para levar a effeito a ingente obra da uniformidade do direito commercial marítimo.

52. Alludindo ao movimento em bem da uniformidade das leis commerciaes marítimas e à esperanza de, em não afastado provir, ser ella uma realidade si não de todas, ao menos, das principaes daquellas leis, Berlingieri (2) diz que essa uniformidade obedece a uma lei da propria natureza; é por isso que o direito destinado a regular as relações que existem sobre o mar, não póde deixar de ter caracteres correspondentes aos do mar.... O mar é uno e universal por excellencia: uno, porque é constituído por uma unica e immensa superficie que, atravez de estreitos e das sinuosidades da terra, não perde jámais a continuidade universal

(1) *Droit maritime—Prolegomènes* tom. I cap. I § 3. Vide a excellente monographia do Dr. João Monteiro — Da universalisação do direito.

(2) *Delle Avarie, Prefazione*—pag. VII e VIII.

porque abraça tudo quanto fórma o globo no qual vivemos; uno e universal, pois, deve ser o commercio marítimo e uno e universal, o direito oriundo das necessidades de tal commercio.

Na Belgica foi organizado um congresso internacional de direito commercial pelo respectivo governo, sob proposta de M. Beernaert, então presidente do conselho; a primeira sessão teve lugar em Anvers em 27 de setembro de 1885 e durou até 3 de outubro do mesmo anno.

A secção de direito marítimo tractou do complexo assumpto, formulando um questionario sobre conflictos de leis em materia de seguros, avarias, fretamentos, credits privilegiados, abalroamentos, assistencia, tendo-se pronunciado a respeito as notabilidades que constituiram o congresso.

A segunda sessão foi em Bruxellas de 30 de setembro a 6 de outubro de 1888, proseguindo no grandioso commettimento.

O congresso internacional de direito marítimo de Genova, convocado pela municipalidade desta cidade para celebrar o centenario de Christovão Colombo, foi aberto em 26 de setembro de 1892 e fechado em 7 de outubro do mesmo anno.

Neste congresso tractou-se em quatro secções: I do credito marítimo; II de avarias e conhecimentos; III de seguros marítimos; e IV de abalroamentos, assistencia marítima e salvados.

Em 1892, a real academia de jurisprudencia e legislação de Madrid, para solemnisar o quarto centenario do descobrimento da America, convocou o congresso juridico ibero-americano, cuja sessão inaugural foi em 25 de outubro de 1892, e ahi discutiu-se assumpto relativo a interesses³⁶

internacionaes da Hespanha, Portugal e Estados Ibero-Americanos, sendo adoptadas as resoluções do congresso de Anvers e Bruxellas, do congresso sul-americano de Montevideo de 1889 e do congresso juridico de Lisbôa tambem de 1889.

Em setembro e outubro de 1898, teve lugar a conferencia de Anvers, onde foram resolvidas varias questões ficando outras adiadas para outras reuniões já marcadas para 1899 em Londres; para 1900 em Paris e para 1901 em Hamburgo (1).

(1) Vide *Revue Internationale du droit maritime* par F. C. Autran.—
ns. V e VI—nov. e dec. de 1898 pag. 427.

CAPITULO V

NAVIO, SUA ESTRUCTURA PHYSICA, SUA CHARACTERISAÇÃO E NATURESA JURIDICA

53. Desde a mais remota antiguidade, o navio tem sido objecto de multiformes conceitos.

Em Rhodes, os navios eram guardados por uma magistratura especial. Os gregos admiravam nos ceos o navio Argo. Os athenienses, por muitas centenas de annos, conservaram a celebre galera Salaminiana, na qual eram conduzidas as oblações destinadas ao templo de Delos. Era no *navio sagrado* que Carthago mandava annualmente suas offerendas á Tyro. A Diana, representada na lua, deusa do mar, enviavam os antigos um navio, pela primavera—como primicias da navegação maritima.

Nas guerras de 1778, a França respeitou o navio do famoso capitão Cook, illustre navegante inglez.

Ao culto dos tempos tradicionaes succederam mais tarde lammações de emprehendimente mais felizes, já celebrados

por Horacio, quando, alludindo aos navios que sulcam os mares truculentos, exclamou — *nihil mortalibus arduum est* (1)

SECÇÃO I

54. O navio tem uma conformação physica e uma estrutura juridica.

Em sua significação physica o navio pôde ser considerado em dois sentidos ; no amplo e no restricto.

No sentido amplo, o navio é qualquer construcção de madeira ou de ferro, apta para andar sobre a agua, movida por qualquer força locomotriz, como vento, vapor, electricidade ; no sentido restricto, é a mesma construcção para receber em seu bordo mercadorias ou pessoas e transportal-as ou para qualquer outro uso.

E' por demais estreita a noção do eminente professor Vidari (1), quando no segundo sentido, comprehende o navio destinado ao transporte por mar de mercadorias e pessoas.

Duas observações occorre fazer á doutrina do notavel commercialista ; a primeira é que si mais commumente o navio é utilizado para o transportê de passageiros e de cargas por mar ; todavia, esse transporte pôde dar-se tambem em rios e lagos navegaveis, como no Brazil, cujo territorio é cortado, entre outros rios, pelo prodigioso Amazonas ; no mesmo territorio espraiando-se as aguas da lagôa dos Patos ; e nem uma razão milita para que as disciplinas legaes, consagradas á navegação maritima, deixem de estender-se

(1) *Opera*, Ode 3^a.

(2) *Corso di diritto commerciale* t. 5 n. 2.807

á navegação dos rios e lagos. O jurisconsulto Ulpianus (1) assim o comprehendeu quando disse : *navem accipere debemus, sive marinam, sive fluviatilem, sive in aliquo stagno naviget sive schedia sit.*

A segunda observação é que o navio não é empregado sómente para transportar passageiros e cargas, podendo tambem servir para viagens scientificas ou recreativas, para pontão, para hospital, para deposito de inflammaveis e para outros destinos (2).

55. A estructura physica do navio deixa ver duas partes distinctas : o casco e os accessorios, formando o seu corpo.

56. Casco é a quilha com o costado do navio, despido dos seus apparatus ; accessorios são, os apparatus indispensaveis, para que o navio possa navegar, quaes são : mastros, velas, ancora, lanchas, machinismo, munições, etc.

57. Não são uniformes as opiniões acerca do que deve ser tido como accessorios do navio.

O jurisconsulto Alfenus (3) manifestou-se do seguinte modo : *scapham non videri navis esse nec quidquam conjunctum habere : nam scapham ipsam per se parvam naviculam esse : omnia autem, quæ conjuncta navi essent veluti gubernacula, malus, antemnæ, velum, quasi membra navis esse.*

O jurisconsulto Labeo (4) concordava dizendo : *scapha navis non est instrumentum* ; divergia, porém, o jurisconsulto

(1) Digesto, l. 1 § 6, *de exercit. act.* (14—I)

(2) Vide Lyon-Caen et Renault, *Traité de dr. com.* t. 5 n. 619 de Valroger, *Dr. marit.* t. 2 n. 666 ; Desjardins *Traité de dr. com. marit.* t. 2 n. 327 ; Boistel, *Précis de dr. com.* n. 1.232 ; de Courcy, *Questions de dr. marit.* t. 1.

(3) Digesto, L. 44, *de evict.* (21—I).

(4) Digesto, L. 29, *de inst. vel. instrum. legato* (33-VII).

Paulus (1), como refere o mesmo Alfenus — *Paulus : imo contra.*

O notavel Emerigon (2) adoptou o sentir de Paulus, que tem prevalecido.

As munições dividem-se em munições de bocca e de guerra ; as primeiras são, em geral, os viveres, os meios de subsistencia, e são verdadeiramente accessorios do navio ; porque são essenciaes á navegação, certo como é, que os tripulantes carecem de alimentação para que possam prestar os serviços nauticos a que são chamados.

Parece, entretanto, a Lyon-Caen et Renault (3) ser preferivel admittir a opinião diversa, salvo convenção em contrario, por entenderem que taes munições não servem á exploração do navio.

Mais accentuada discordancia se observa, quanto ás munições de guerra.

Boulay-Paty (4) pensa que a artilheria não deve ser comprehendida entre os *quasi membra navis*, porque não se póde dizer que o navio seja inutil sem a artilheria. Pardessus (5) distingue entre o canhão e outras munições de guerra, admittindo o primeiro como accessorio do navio, excluindo as outras ; abundam nesta opinião Alauzet (6) e Bedarride (7).

Dufour (8) faz a seguinte distincção : ou a artilheria foi posta a bordo accidental e temporariamente, para uma

(1) Digesto, L. 29 citada.

(2) *Traité des assurances* t. 1 cap. VI sec. 7. 2.

(3) *Ob. cit.* t. 5 n. 97.

(4) *Cours de dr. com. marit.* t. 1 tit. 2 sec. 4 p. 193.

(5) *Cours de dr. com.* t. 2 n. 599.

(6) *Commentaire du code de com.* t. 4 n. 1.627.

(7) *Dr. com. marit.* t. 1 n. 41.

(8) *Dir. marit.* t. 2 n. 527.

viagem, por exemplo, que exija essas precauções; ou, pelo contrario, a artilheria está permanentemente no navio e para todas as suas viagens; no primeiro caso, não hesita em dizer que a artilheria não é accessorio; porque, por sua natureza não o é; no segundo caso, accêita a opinião de Valin, admittindo que os canhões e as munições não são tão indispensaveis á navegação como as ancoras, os cabos, as correntes; mas, desde que fôr averiguado que o dono do navio os poz a bordo deste, para seu uso permanente, esses objectos são accessorios.

Cresp (1) Laurin (2) sustentam que as munições de guerra são accessorios do navio.

Vidari (3), considerando com Straccha que *navis paratur ut naviget*, comprehende entre os accessorios do navio, em geral, tudo quanto serve para o seu uso permanente, ainda que deste temporariamente separado, como as munições, as victualhas, sem as quaes o navio não pôde provêr á sua defesa, nem á conservação do pessoal de bordo, indispensavel para alcançar-se o esperado resultado.

Na verdade, embora o navio seja favorecido pelo vento, pelo vapor, pela electricidade, ou por outro meio, não pôde, entretanto, prescindir de agentes para suas manobras, que o dirijam, no rumo que leva ou o mantenham no fim a que serve; portanto, sem o elemento propulsor, por excellencia — a gente de bordo, e, conseguintemente, sem os viveres, as victualhas, em uma palavra, — sem os meios de subsistencia da tripulação do navio, este não pôde navegar; donde se segue que as munições de bocca são accessorios do navio.⁴¹

(1) *Cours de dr. marit.* t. 1 c. 3 § 1.

(2) *Annot. á obra cit.* nota 7.

(3) *Ob. cit.* t. 5 n. 2.808.

As armas á bordo tambem obedecem a uma necessidade ou mister da navegação ; porque, ha signaes que são manifestados pelo tiro do canhão, ha emergencias afflictivas e molestadoras, em que as munições de guerra servem para defesa, quando, por exemplo, o navio é atacado por piratas.

Releva, porém, advertir que as munições, tanto de bocca, como de guerra não devem ultrapassar os limites do uso normal e indispensavel, jámais devendo degenerar as victualhas em carregamento e as armas em guarnição de uma praça fluctuante de guerra.

No exame analytico, que nos occupa, o frete do navio não póde ser considerado seu accessorio; porque, o navio póde estar aparelhado para navegar e estar ancorado em um porto, sem emprego ; e, portanto, sem vencer frete ; póde mesmo navegar, quando nelle viaja o seu dono, sem haver frete. O accessorio de que aqui tractamos é aquelle que se torna indispensavel ou util para o uso a que o navio é destinado. O frete é o producto de um acto industrial, é o resultado do emprego do navio a qualquer dos multiplos usos a que elle póde prestar-se ; é o fructo *civil* do navio ; e só faz parte do navio, na ordem de relações juridicas, expressamente previstas pela lei, como fez o nosso Codigo Commercial nos casos dos arts. 469, 494 e 759.

E' intuitivo que a carga não póde ser havida como accessorio do navio e para differençal-a deste, costuma-se chamar *faculdades* as mercadorias carregadas no navio ; e *corpo* é a denominação dada ao navio.

No art. 468 o nosso Codigo do Commercio dispõe : « Todos os aprestos, aparelhos e mais pertencas existentes a bordo de qualquer navio, ao tempo de sua venda, deverão entender-se comprehendidos nesta, ainda que delles se não

faça expressa menção ; salvo havendo no contracto convenção em contrario ».

A latitude desta disposição permite considerar como accessorios do navio não só as lanchas, botes, chalupas, como tambem as munições de bocca e de guerra, contanto que se achem a bordo do navio.

58. LEGISLAÇÃO COMPARADA :

O Codigo do Commercio da Italia no art. 480 determina: « Fazem parte do navio as embarcações, os aprestos, os aparelhos, as armas, as munições, as provisões, e, em geral, todas as cousas destinadas ao seu uso permanente, ainda que delle temporariamente separadas. »

O de Portugal, art. 485, paragrapho unico estabelece: « Fazem parte do navio os botes, lanchas, escaleres, aprestos, aparelhos, armas, provisões e mais objectos destinados ao seu uso; e se o navio é movido a vapor, a sua machina e os accessorios della » .

O da Hespanha no art. 576 considera sempre comprehendidos na venda do navio o aparelho, sobresalentes, petrechos e machinas se fôr a vapor, exceptuando as armas, as munições de guerra, os viveres e o combustivel.

O do Mexico art. 644 e do Chile art. 831 comprehendem como accessorios todos os aparelhos do navio *los aparejos i petrechos*, salvo convenção em contrario.

O da Allemanha (de 1897) no § 478 diz: « Accessorios de um navio são os botes. Na duvida, os objectos constantes do inventario do navio são considerados como seus accessorios ».

O da França no art. 200, enumerando o que deve conter a acta que lavra o official publico (*huissier*), encarregado da apprehensão judicial (*saisie*) do navio, contempla a enun-⁴²

ciação e descripção das chalupas, botes, apparelhos, utensilios, armos, munições e provisões.

Quanto ao direito inglez, consignaremos a opinião de alguns de seus legistas, como Crump (1) que baseado no Estatuto 53 Geo. 3 e 159 diz: tudo quanto está á bordo de um navio para o objecto da viagem ou apprehendimento a que tem de servir, pertencentes a seu dono, constitue parte do navio e suas dependencias. Lowndes (2) affirma que o carvão, as machinas, as provisões para a tripulação fazem parte do navio, o que Lord Ellenborough resume em duas palayras—*hull and outfit* (casco e despezas de equipamento).

Nos Estados Unidos da America do Norte prevalecem as seguintes idéas.

Parsons (3) depois de ponderar que não se pôde positivamente determinar por uma definição o que seja navio ou navio e seus accessorios (*appurtenances*), invoca as opiniões de Stowell e Abbott, os quaes, fundados no citado Estatuto inglez, expendem o mesmo que escrever o tambem citado Crump.

Lord Stowell adverte que a palavra accessorios (*appurtenances*), envolve ampla extensão não podendo ser comprehendida em mera referencia á idéa abstracta e isolada do navio, porque o que fôra demasiado em um caso torna-se indispensavel em outra emergencia, devendo olhar-se para a relação em que se acham os objectos para com o serviço, na occasião reclamado pelo navio: *You must look to the relation they bear to the actual service of the vessel* (4).

(1) *The principles of the law relating to marine insurance* n.º 419.

(2) *A practical treatise on the law of marine insurance* § 65.

(3) *A treatise on maritime law* t. 1 l. 1 cap. 3 sec. 5 n.º 2.

(4) Vide, na nota 3 e no logar citado da obra de Parsons, a interessante referencia a casos e opiniões a este respeito.

59. O estudo da unidade physica do navio, depende ainda do conhecimento de algumas de suas partes integrantes, sem o que muito deixará a desejar o conhecimento da relação jurídica que, em circumstancias especiaes, pôde despertar a attenção do legista.

O navio tem uma prôa, é a sua parte anterior; tem pôpa, é a parte posterior; tem quilha, é a viga collocada no fundo e em todo o comprimento do navio; tem convés que é a arca da primeira coberta; tem escotilhas, são aberturas no convéz que dam passagem para a carga etc.

A medida de unidade do navio é a tonelada; chama-se arqueação a sua medição; e porte a sua capacidade.

O navio pôde ser á vela, quando é movido pelo vento; a vapor, quando é o vapor que imprime-lhe o movimento; e mixto quando é á vela e á vapor, sem excluir o elemento propulsor da electricidade e quantos outros o progresso possa no futuro proporcionar.

Os navios mercantes recebem varias denominações, como — galera, escuna, patacho, hiate, cutter, lúgar, barca, etc. conforme a respectiva armação.

SECÇÃO II

60. O navio é caracterizado, por sua individualidade, por sua identidade e por sua nacionalidade.

61. O navio tem uma individualidade, manifestada pelo nome que recebe e é inscripto na sua pôpa e por sua⁹³ capacidade ou tonelagem.

Varias disposições legais exigem que o navio tenha um nome (1); e por vezes, este nome lhe é dado em acto de baptismo.

O Código do Commercio art. 461 n. 2 exige que se declare no registro do navio a sua capacidade em toneladas; a operação pela qual se verifica essa capacidade, chama-se arqueação, a qual é feita pelo stereometra da repartição das Alfandegas e Mesas de Renda. O systema adoptado para a arqueação é o de Moorson (2).

Além do nome e da verificação da sua capacidade, o navio tem, como cunho de sua individualidade, um domicilio, que é o porto da sua matricula, o que tudo deve constar do respectivo registro: Código do Commercio arts. 460 e 461.

62. A identidade do navio não desaparece pelo facto de nelle operarem-se concertos, ainda os mais radicaes.

Já o direito romano consagrava o principio:—*navem, si adeo saepe reflecta esset, ut nulla tabula eadem permaneret, quæ non nova fuisset, nihilo minus et andem esse existimari* (3)

O jurisconsulto Alfenus, a quem se deve este fragmento, na mesma ordem de idéas, ponderava que uma legião é sempre a mesma, ainda que muitos daquelles que a compunham estejam mortos e tenham sido substituidos por outros; o povo é sempre o mesmo hoje como ha cem annos passados, ainda que não exista agora nem um dos que então viviam.

(1) Cod. do Comm. arts. 462, 464, 467, 567—I, 575, 634—III, 667—II, dec n. 3.334 de 5 de Julho de 1899 art. 282.

(2) Dec. n. 2.647 de 19 de Setembro de 1860 arts. 143 e 670; decisões do Ministerio da Fazenda n. 156 de 28 de Agosto de 1878, n. 882 de 9 de Dezembro do mesmo anno; Nova Consolidação das Alfandegas e Mesas de Renda, arts. 628 § 2 e 629; dec. reg. n. 2.304 de 2 de Julho de 1896 art. 12; dec. n. 3.334 de 5 de Julho de 1899 art. 264.

(3) Digesto—*de judiciis*, l. 76; *de legatis* I, l. 30: *quibus modis usuf...* l. 10 § 7.

Emerigon (1) recorda que os athenienses conservaram a galera salaminiana por mais de mil annos, desde Theseo até Ptolomeo Philadelpho. E' tambem o caso do Bucentauro, de que se serviam os doges de Veneza para as festas dos desposorios do mar. Pondera ainda o notavel commercialista :—ainda que pela successão dos tempos, todos os membros ou partes de um corpo tenham mudado, entretanto, por effeito da sub-rogação, o corpo presume-se ser sempre o mesmo: é sempre o mesmo povo, o mesmo senado, a mesma legião, o mesmo edificio, o mesmo rebanho, o mesmo navio, etc.

Confere o aphorismo *genus nunquam perit*.

A identidade do navio é de grande importancia, especialmente quanto á transferencia da propriedade e á efficacia das preferencias, de que o navio póde ser objecto.

63. O navio tem uma nacionalidade symbolisada pelo pavilhão que traz á bordo.

A nacionalidade do navio encerra as seguintes vantagens assignaladas por Cresp (2) :

- 1 Ter a protecção dos agentes diplomaticos da nação, cujo pavilhão hasteia no seu mastro ;
- 2 Interessar á nação a protecção de sua marinha mercante e navegação, fonte de riqueza e de influencia no mundo ;
- 3 A ficção do prolongamento do territorio da nação, a que pertence o navio ; graças á qual, o navio gosa de uma atmospherá nacional que tem por medida o tiro do canhão, é uma especie de teritorio neutro onde

(1) *Traité des assurances* t. I cap. 6 § 4.º

(2) *Ob. cit.* § 3 pag 65.

quer que esteja ; de sorte que, qualquer navio perseguido que se ache na linha do alcance do tiro do canhão, ahí encontra abrigo.

Geralmente concordam os publicistas que no alto mar os navios mercantes são considerados porções fluctuantes do seu paiz, comquanto os inglezes combatam essa ficção como arbitraria. (1)

Funk-Brentano e Albert Sorel (2), depois de distinguirem a nação do estado, definindo a nação—a reunião de homens, tendo os mesmos costumes e tradições historicas ; e o estado—o complexo das instituições pelas quaes as nações chegam a organizar suas forças e a manter a ordem publica nos limites de suas fronteiras ; accrescentam :—um navio mercante é a nação, um navio de guerra é o estado, que se locomove.

Releva, entretanto, notar que quando o navio mercante molha nas aguas de paiz estrangeiro, fica sujeitô ás leis deste paiz ; porquanto, como pondera Bluntschli (3) os navios estrangeiros, como os estrangeiros viajantes, não pôdem subtrahir-se á soberania do Estado em que se acham, soberania essa que se faz sentir tanto no mar territorial como em terra firme ; não havendo motivo para conceder immunidades a navios estrangeiros.

Nem sempre esteve em observancia o uso do pavilhão expressivo da nacionalidade, porque as antigas cidades

(1) Vide: Heffter — *Le droit international, trad. par Bergson* ; Calvo — *Dict. dipl. et de droit internat. vb. navire* ; Wheaton — *Le droit internat. § 9* ; Phillimore — *Commentaries upon internat. law, tom. I § 343* ; Bonfils. — *Manuel de dr. internat. pub. ns. 624 a 628*

(2) *Précis du droit des gens l. I c. I §§ II e III l. 3 c. 2 § 1.*

(3) *Le droit international codifié ns. 317, 318 e 319.*

livres Bremen, Hamburgo, Lubeck possuíam grande numero de navios, que navegavam apenas com uma bandeira commercial.

Ha exemplos de navios que arvoraram o pavilhão de nação differente da que concedia a matricula, mediante prévia autorisação, comtanto que não visassem fins fraudulentos ; certo como é que o uso indevido do pavilhão, expõe o seu autor á justa repressão.

Um paiz central que não tem meio de communicação com o mar, pôde ter marinha mercante e autorisar o uso da bandeira nacional em navios construidos ou comprados fóra de seu territorio? Na Suissa, varios suissos, estabelecidos em diversas cidades maritimas, apresentaram em 1864 á Assembléa Federal uma petição, pretendendo ter navios com o pavilhão suisso, prevalecendo-se da sua posição de neutros ; mas, não foram attendidos. Assim que, esses negociantes recorrem a um Estado maritimo que possa autorisar o uso de seu pavilhão. Esta pratica deu logar ao seguinte incidente : o navio *La Palme*, pertencente a negociantes suissos, trazia arvorada a bandeira allemã e foi apresado pelo cruzador francez ; mas, o conselho de Estado da França julgou má a presa, attendendo a que os suissos recorreram a Allemanha, para terem bandeira á bordo e não se confundirem com piratas, visto não lhes ser permittido hastear a bandeira da Suissa (1).

Tractando deste assumpto, Bluntschli (2) pensa e não sem razão, que nada obsta em direito á que os Estados, que não são situados á margem do mar, tenham uma marinha⁴⁵

(1) Vide : Calvo—*Le droit international théorique et pratique* pag. 427.

(2) Ob. cit. n. 325.

e um pavilhão especial ; só podendo ser objecto de discussão sua utilidade pratica.

SECÇÃO III

64. Conhecida a caracterisação do navio, cumpre examinar a sua natureza juridica.

E' conhecida a classificação geral de bens em moveis e immoveis ; são moveis os bens que se podem transportar de um lugar para outro, em prejuizo de sua essencia ; são immoveis os que, sem este prejuizo, não podem mudar de logar.

A qual destas cathogorias pertence o navio ?

Evidentemente o navio não é immovel ; porque, fluctua, transporta-se de um para outro lugar, permanecendo sempre o mesmo.

O navio tem todos os caracteres das cousas moveis, conforme o têm proclamado juriconsultos e legisladores.

O juriconsulto Paulus (1) considerava coisa movel o navio:— *navi... mobili tamen* ; e esta é a opinião professada pelos escriptores classicos, como Straccha, Loccenius, Stypmanus, Kuricke.

65. LEGISLAÇÃO COMPARADA :

Differentes codigos têm consagrado a natureza movel dos navios, como o da França (art. 190), da Italia (art. 480) de Portugal (art. 485 pr.) da Hespanha (art. 585) do Mexico (art. 665) do Chile (art. 825), do Brazil (art. 478).

(1) Dig. l. 20 § 4—*Quod vi aut clam* (l. 4 t. 324).

Entretanto, varios codigos ligando ao navio certa importancia, considerando-os, por ventura, prorogações do territorio nacional, submettem-no a formalidades concernentes aos immoveis.

De Valroger, (1) fallando do direito francez, diz:—estava no espirito do nosso antigo direito pô todos os elementos importantes da fortuna dos particulares sob a protecção das regras conservadoras, estabelecidas para os immoveis : esta ideia foi applicada aos navios.

66. Entre nós mesmo o citado art.478 do Codigo do Commercio, ainda que repute bens moveis as embarcações ; contudo, nas vendas judiciaes destas, manda guardar as solemnidades das arrematações dos bens de raiz; e o regulamento n. 737, de 25 de Novembro de 1850 art. 512 *in fine* não teve duvida em dizer que — «entre os immoveis comprehendem-se as embarcações», palavras estas destituídas de valor juridico, por que contradizem o preceito da lei, que regulamenta, além de ferir o rigor scientifico da theoria ; cumprindo notar que nas alienações extrajudiciaes dos navios, o citado Codigo no art.468 exige substancialmente que as vendas sejam feitas por escripturas publicas, operando assim uma restricção notavel na livre disposição das cousas do commercio, muitas das quaes se vendem e se transferem por mera tradição, e não poucas se vendem por escripturas particulares.

67. Si é certo que o navio tem todos os caracteres das cousas moveis ; não é menos certo que em torno do navio agrupam-se certos predicados que não o deixam confundir com a generalidade das cousas moveis ; com effeito, o navio tem um estado civil ; porque, tem nome, domicilio, registro, viaja⁴⁶

(1) *Droit maritime* t. 1 n. 1 pag. 79.

com passaporte, tem uma nacionalidade, está sujeito a formalidades próprias dos immoveis, não pôde ser arrestado senão em certas circumstancias (1), não está sujeito ao principio --a posse vale titulo, das cousas moveis.

Si, pois, o navio tem elementos anatomicos que o separam das cousas moveis em geral; é forçoso reconhecer, com Vidari (2), que o navio é um movel *sui generis*.

Um navio, diz Estasèn (3) não é sómente uma cousa material, é tambem uma cousa juridica; porque, representa um conjuncto de direitos e obrigações, tem nome e matricula, constitue uma individualidade distincta da madeira, do ferro, das ferragens, de mastreação, da enxarcia, do velame, da machina, de todas e de cada uma das peças que o compõe e de todos os materiaes que entram na sua construcção; juridicamente fallando, um navio é sempre o mesmo ainda que mude de nome e de apparelho; porque, no todo ou em parte, pôde estar sujeito a responsabilidades; não ha objecto algum no mundo que na esphera do direito tenha mais semelhança com o homem, ser capaz de direitos e obrigações, nem dê lugar a mais extensas relações juridicas, como os navios.

Raoul de la Grasserie (4), classificando os moveis em fixos e correntes, contempla entre estes, as cousas fungiveis, o numerario, o que se consome *primo usu*, às mercadorias, emfim tudo quanto pôde desaparecer e ser transmissivel pela tradição; considerando fixos os moveis que não se pôdem fazer desaparecer, ainda que não fixados, como os navios que em toda a parte se acham. Este mesmo escriptor, no seu interes-

(1) Cod. do Com. arts. 480 e 481, Reg. 737, de 1850 art. 338.

(2) Ob. cit. t. 5 n. 2813.

(3) *Instituciones de Derecho mercantil* t. IV. pag. 196.

(4) De la Réforme Hypothécaire pag. 30.

sante estudo sobre os princípios da publicidade (1), distingue quatro categorias de pessoas: *a)* as physicas, *b)* as moraes, *c)* as representadas, e *d)* as personificadas. Sob o ponto de vista activo, acha exemplo palpavel nas servidões prediaes, sendo o immovel dominante, que é o sujeito, o titular do direito como o seria a pessoa; podendo o immovel personificar-se como sujeito e como objecto do direito. Certos moveis fixos tambem considera elle personificaveis, exemplificando— com o fundo de commercio, que se comporta como uma pessoa, é credor e devedor, paga e recebe, contrahe compromissos particularmente, e— com o navio que tambem tem seus creditos, suas dividas, seus contractos, seus mandatarios, independentemente do patrimonio geral dos seus donos.

Já o congresso de Genova (2), que se reunio em 26 de setembro e foi até 7 de outubro de 1892, considerou o navio como pessoa juridica, com responsabilidade limitada até a importancia do seu patrimonio.

Quando tractarmos do navio, como objecto de propriedade singular e collectiva, voltaremos a este assumpto.

(1) *Bulletin mensuel de la Société de législation comparée* ns. 10, 11 e 12 de 1898 pagas. 493 e 494.

(2) Vide *Bulletin mensuel de la société de législation comparée* n. 1 de 1893

CAPITULO VI

NAVIO NACIONAL E ESTRANGEIRO. FAVORES OUTORGADOS
AO NAVIO BRAZILEIRO

SECÇÃO I

68. O principio da nacionalidade do navio, conduz naturalmente á classificação do navio em nacional e estrangeiro.

De dous criterios classificadores se póde lançar mão para reconhecer a nacionalidade do navio:

- a) o lugar de sua construcção;
- b) a tripulação

Na antiguidade, a arte de construir navios era rodeada de extremas cautelas; sendo severamente punidos os que ensinavam aos barbaros essa arte; *his qui conficiendi naves incognitam ante peritiam Barbaris tradiderint, capitale judi-*⁴⁸

cium proponi decernimus, diziam os Imperadores Honorio e Theodosio ao Prefeito do Pretorio (1).

O estatuto marítimo de 1255 de Veneza, sob n. 93, reproduzindo uma lei mais antiga, já existente em 1232, estabelece regras sobre a construção de navios, e ali encontrou Pardessus (2) a origem histórica da nacionalização dos navios.

O Estatuto de Genova de 24 de setembro de 1330, no cap. 92, que se inscreve, *ne naves in distractu Januæ per extraneos construantur*, prohibia, com sanção penal, construção náutica fóra das condições por elle estabelecidas; uma lei, porém, de 28 de fevereiro de 1602 permitia-o, precedendo autorização do Senado (3).

De sorte que o exclusivismo do primeiro criterio, predominante nos primitivos tempos, abriu espaço ao segundo combinado com o primeiro, que é a regra corrente, salvo as restricções que consultam os interesses das respectivas nações.

69. Comecemos pelo exame do que se passa no Brazil.

A legislação patria tem atravessado diferentes vicissitudes, quanto á caracterisação do navio nacional.

O Codigo do Commercio, no art. 457, define os caracteristicos do navio ou embarcação brasileira, quaes são:

- a) pertencer a brasileiro;
- b) ter o dono domicilio no Brazil.

A lei n. 2.348, de 25 de agosto de 1873 art. 11 § 5 n. 4, regulamentada pelo decreto n. 5.585, de 11 de abril de 1874

(1) Codice, l. 25 *de panis* (9. 47).

(2) *Collection des lois maritimes* p. 54 e nota (1).

(3) Pardessus ob. cit. t. 4 pag. 518.

art. 1, eliminou a segunda destas condições, permittindo ao proprietario brasileiro do navio ter domicilio fóra do Brazil.

A lei n. 123, de 11 de novembro de 1892 art. 3 exige as seguintes condições, para que um navio possa ser considerado nacional :

- 1 Que seja propriedade de cidadão brasileiro ou de sociedade ou empresa com séde no Brazil, gerida exclusivamente por cidadãos brasileiros.
- 2 Que seja navegado por capitão ou mestre brasileiro.
- 3 Que pelo menos dous terços da equipagem sejam brasileiros.

Depois de adiado o cumprimento desta lei, por duas vezes, entrou em execução no dia 5 de dezembro de 1896, conforme o art. 1 das disposições provisórias do decreto regulamentar n. 2.304, de 2 de julho de 1896.

Este decreto, no art. 5, reproduz a disposição do art. 3 da lei n. 123 de 1892, quando define o navio nacional ; e nos §§ 2 e 3 declara o que se deve entender por cidadão brasileiro e por sociedade nacional, para os effeitos da materia que regula ; confere o dec. 3.334 de 1899 art. 258.

No § 1.º, o dec. n. 2.304 diz que pela expressão — cidadão brasileiro — se entende :

- a) As pessoas de ambos os sexos e de qualquer idade ;
- b) A mulher casada com estrangeiro, si, pelo contracto ante-nupcial, além de não haver communhão de bens, lhe couber a administração pessoal ou directa dos que lhe forem proprios.

No § 2.º considera nacional:

- a) A sociedade em nome colectivo, em commandita simples, ou de capital e industria, constituida no⁴⁹

Brazil, não podendo fazer o commercio de cabotagem se não fôr brasileiro o gerente.

- b) A sociedade em nome colectivo ou em commandita simples, constituída só por brasileiros fóra do Brazil, si neste tiver o contracto social archivado e firma social inscripta, tendo alem disso gerente brasileiro.
- c) A sociedade anonyma ou em commandita por acções, constituída em paiz estrangeiro, quando obtida a autorização para funcionar no Brazil, transferir sua séde para o Brazil e forem brasileiros os seus directores ou gerentes.

O titulo da nacionalisação de navio brasileiro é expedido em nome do governo e assignado pelo ministro da fazenda; póde porêm a capitania do porto á vista do registro, dar um titulo provisório por quatro mezes, para não prejudicar a embarcação em quanto o seu dono promove a obtenção do titulo definitivo : dec. n. 3.334 de 5 de Julho de 1899 arts. 269 e 270.

70. LEGISLAÇÃO COMPARADA :

Para determinar a nacionalidade dos navios, as legislações dos diversos paizes têm fixado varios elementos, nem sempre concordantes.

Assim, nos Estados Unidos da America do Norte se tem em conta para ser considerado nacional o navio, que este seja construido alli ; comtudo, é admissivel a nacionalisação do navio estrangeiro, devendo ser cidadãos americanos os seus donos, assim como os officiaes e dous terços da equipagem. Na Inglaterra o navio póde não ser de construcção ingleza, mas deve pertencer a inglezes.

Na Allemanha, desde 1871 só uma condição characterisa o navio nacional — a de ser possuida por allemães.

Na França, o navio é francez quando, pelo menos, metade de seus donos, os officiaes e tres quartos da equipagem são francezes.

Na Belgica, o navio póde pertencer a belgas assim como a estrangeiros autorizados a alli terem domicilios.

Em Portugal, diz o art. 468 do novo codigo do commercio : « São havidos como nacionaes, para os effeitos deste codigo, os navios que, como taes, se acharem matriculados nos termos do acto especial de navegação » ; entretanto, o codigo de 1833, no art. 1.317, dizia : « Sómente serão registrados, como portuguezes, os navios e embarcações de construcção portugueza; os legitimamente apresados e julgados bôa presa e os estrangeiros comprados por subditos portuguezes, depois de pago o competente direito »; assim tambem na Hespanha.

SECÇÃO II

71. O navio brasileiro gosa de certos favôres, por lei assegurados, que seguimos a enumerar:

- 1 O uso do pavilhão nacional, e, com isto, o direito á protecção dos agentes diplomaticos brasileiros ;
- 2 Gosar da ficção do prolongamento das fronteiras⁵⁰ nacionaes (1).

(1) Vide *supra* n. 63—3.

- 3 Isenção do imposto de ancoragem nos portos brasileiros, decreto n. 2.647 de 19 de setembro 1860 art. 663 § 1.
- 4 O commercio de cabotagem (1), com certas isenções de praticas aduaneiras (2).
- 5 Ter seu dono, quando o haja construido no Brazil, um premio na razão de 50\$000 por tonelada, desde que a respectiva arqueação exceder de cem toneladas : lei n. 2348 de 1873 art. 11 § 5 n. 2.
- 6 Ter a sua marinha matricula gratuita por cinco annos a contar de 5 de dezembro de 1896 (3).
- 7 Isenção do recrutamento militar em favôr dos brasileiros pertencentes ao effectivo serviço da tripulação, os quaes só em caso de guerra poderão ser obrigados a servir na marinha militar : lei n. 2348, de 1873 art. 11 § 5 n. 10, decreto n. 5585, de 1874 art. 2 § 4.

72. Ao lado destes favôres, a lei acautelou os abusos possiveis.

E' assim que o Codigo do Commercio no art. 457, após haver estabelecido que estrangeiro algum possa ter parte ou interesse em embarcação brasileira, diz : «Fovandose que

(1) Este commercio era exclusivo do navio brasileiro, pela lei n. 2.647 de 1860 art. 486; este decreto, porém, foi suspenso pelo de n. 3.631 de 27 de março de 1866, que permittiu a concurrencia dos navios estrangeiros. A constituição politica de 24 de Fevereiro de 1891 art. 13 paragrapho unico diz que, « a navegação de cabotagem será feita por navios nacionaes » ; a Nova consolidação das leis das alfandegas e mesas de renda art. 414. A lei n. 123 de 11 de Outubro de 1892 e o decreto regul. n. 2.304, de 2 de julho de 1896, confirmam assim como o de n. 3334 de 1899.

(2) Vide art. 566 e seguintes da citada consolidação; dec. n. 5.585 cit. art. 2 §§ 1, 2 e 3.

(3) Este favôr é outorgado pela lei n. 123 de 1892, cujos effectos foram prorogados por mais 2 annos pela lei n. 227 A, de 1894, até que pelo decreto regulamentar n. 2.304, de 2 de Julho de 1896, art. 1 das disposições provisionaes, fixou para entrar em execução no dia 5 de Dezembro de 1896.

alguma embarcação, registrada debaixo do nome de brasileira, pertence, no todo ou em parte, a estrangeiro, ou que este tem nella algum interesse, será aprehendida como perdida; metade do seu producto applicado para o denunciante, havendo-o e a outra metade a favor do cofre do tribunal do commercio (1) respectivo » .

O irritante preceito do Codigo não alcança os estrangeiros, accionistas de companhias possuidoras de navios brasileiros; porque, a sociedade anonyma é uma sociedade de capitaes, propriamente fallando, o accionista é um socio que dorme, na expressiva linguagem dos inglezes — *sleep-partner*; e uma vez que a sociedade por acções é um ser juridico inteiramente independente de cada um dos membros que a constituem (2), o que cumpre investigar é se essa entidade juridica é constituída nos termos da legislação vigente e está revestida dos caracteres que a investem da feição de uma pessoa juridica brasileira ; isto averiguado, a sociedade por acções não póde deixar de ser considerada brasileira.

Que criterio deve ser consultado para verificação desses caracteres, é assumpto, que, comquanto fóra do plano desta obra, não dispensa que lhe dediquemos algumas considerações.

Não é, por certo, a nacionalidade dos associados que constitue a sua definição nacional ; será a séde social, expressiva de seu domicilio, será o theatro da exploração que imprimirá a côr nacional á sociedade ?

(1) Passou a ser da junta commercial, pelo dec. n. 2.647 de 1860 art. 487. Hoje, porém, a competencia é dos arsenaes de marinha e repartições aduaneiras, nos termos do Dec. regul. n. 2.304, de 2 de Julho de 1893 arts. 6 e 12. O processo, depois da apprehensão administrativa e imposição das multas, é da autoridade judiciaria competente: cit. dec. art. 12 § 2 a 5.

(2) Vide Ruben de Coader — *Dict. de dr. comm.* Vb. *société* n. 149 — Lyon Caen e Renault ob. cit. t. 2 n. 1.165. 51

Não se pôde dizer, com certa propriedade, que a sociedade commercial tenha uma nacionalidade como o individuo ; tem sim um domicilio, que serve para indicar a que paiz se acha ligada e portanto a que leis obedece ; mas, o que é que se deve entender por domicilio ? Lyon-Caen e Rénault (1) fazendo estas ponderações, accrescentam : — domicilio de uma sociedade é a séde principal de sua exploração.

Si, com effeito, é no centro da exploração, base normal da jurisdicção, que desenvolve-se a vida activa de uma empresa ; não é menos certo o laço decisivo do lugar que une os associados, onde tem sua séde a sociedade e onde, na maior parte dos casos, se acharão—os accionistas que terão muitas vezes de realisar as suas quotas sociaes,—os administradores,—os livros geraes, em summa, onde permanecem esses elementos demasiado importantes, para que o Estado deixe de exercer a competente jurisdicção (2).

No assumpto que particularmente nos occupa, a solução acertada é a que reconhece, como nacional a sociedade por acções, cuja constituição houver sido feita no Brazil, conforme a legislação vigente, comquanto o ramo de sua exploração tenha por theatro o alto mar e as aguas territoriaes das differentes nações do mundo : é isto mesmo o que dizem Lyon Caen e Renault (3) quando, discutindo esta questão em relação a seu paiz, expendem:—uma sociedade constituiu-se na França para entregar-se ao commercio maritimo ; conformou-se com a lei franceza, tem em França o seu domicilio ; ella é franceza e portanto pôde ser proprietaria de

(1) Ob. cit. t. 2 ns. 1.164 a 1.167.

(2) Vide Jitta — *La codification du droit international de la faillite* § 17 pag. 60.

(3) Ob. cit., t. 5, n. 57.

navios francezes; desejando, entretanto, os citados commercialistas que o legislador francez fosse mais exigente, determinando, por exemplo, como o allemão, que os membros pessoalmente responsaveis, o director ou administrador delegado fossem francezes. Este *desideratum* foi attendido entre nós pela lei n. 123, de 11 de novembro de 1892, art. 3, exigindo, entre outros requ'itos (1), para que seja considerado brasileiro o navio pertencente á sociedade ou empresa, que esta seja exclusivamente gerida por brasileiros.

Tem-se discutido tambem si a brasileira que casou com estrangeiro, póde possuir navio brasileiro; pensamos que não; ainda mesmo que tenha autorização solemne de seu marido para commerciar; porquanto, na censura de direito, a mulher segue a condição do marido (lei n. 1.096, de 10 de setembro de 1860, art. 2), como bem opinou o ministerio da justiça, no aviso n. 1, de 8 de janeiro de 1883.

O decreto regulamentar n. 2.304, de julho de 1896, art. 5 §§ 1 e 2 procurou aplainar as difficuldades aventadas, definindo o que entende por cidadão brasileiro e por sociedade nacional, como já fizemos vêr.

(1) Vide *supra* n. 69.

CAPITULO VII

REGISTRO, MATRICULA E CLASSIFICAÇÃO DO NAVIO

SECÇÃO I

73. Todo o navio destinado a navegação do alto mar, deve ter um registro, é um dos seus papeis de bordo, (1) chama-se na França—*acte de francisation*; na Allemanha—*certifikat*; na Belgica—*lettre de mer*; na Austria—*register brief*; na Inglaterra—, *certificate of registry*.

Seus requisitos são :

- 1º Declaração do logar onde a embarcação foi construída, nome do constructor e a qualidade de seus principaes materiaes;
- 2 Suas dimensões em metros e decímetros e a sua capacidade em toneladas métricas, devidamente⁵³

(1) Cod. do Comm. arts, 466 e 467.

comprovadas, por certidão da a queação com referencia á sua data ;

- 3 Sua armação e numero de cobertas;
- 4 Dia em que foi lançada ao mar ;
- 5 Nome dos compartes e respectivos domicilios;
- 6 Especificação de cada quinhão, se pertencer a mais de um dono, com designação do tempo da aquisição natureza e data do titulo da aquisição : Codigo do Commercio art. 461. decreto n. 2.304, de 2 de julho de 1896. art. 1º.

Si o navio fôr de construcção estrangeira, deverá a matricula conter as seguintes declarações :

- a) A nação a que pertenceu ;
- b) O nome que teve e o que passou a ter, quando se tornou nacional ;
- c) O titulo de aquisição por brasileiro;
- d) O nome do constructor, si fôr conhecido ou constar dos respectivos documentos (Cod. do Com. art. 462; decreto n. 2.304 cit. art. 11.

O registro, a que são obrigadas as embarcações empregadas no serviço de navegação e commercio de cabotagem, é feito :

- 1 Nos arsenaes de marinha das capitães;
- 2 Nas capitánias dos portos, onde não houver arsenaes ;
- 3 Nas alfandegas e mesas de renda, onde não existirem aquellas repartições.
- 4 Nas delegacias do thesouro, onde não houver repartição da marinha de guerra ou aduaneira ;
- 5 Nos consulados brasileiros de Montevideo, Buenos-Aires, Assumpção e Iquitos, sendo adquiridos os navios nos paizes limitrophes.

O registro é feito na Capitania do porto em cuja circumscripção tiver domicilio o proprietario; e havendo mais de um, será feito no nome do que tiver maior quinhão; e sendo iguaes os quinhões, em nome do representante da maioria, previamente escolhido pelos interessados e declarado á autoridade competente em requerimento. Quando o proprietario residir fóra do Brazil, far-se-ha o registro na cidade do Rio de Janeiro. Não tem logar o registro em quanto a commissão de vistorias não julgar o navio em condições de navegar e não fôr verificada a sua arqueação pela alfandega (1),

Cessam os effeitos do registro, sendo cancellado (2):

- 1 Perdendo o navio a sua qualidade de brasileiro,
- 2 Sendo desmanchado,
- 3 Não havendo delle noticia por mais de dous annos.

A transferencia da propriedade do navio, para valer contra terceiros, depende de nova inscripção no registro; assim como a mudança do seu nome (3)

SECCÃO II

74. A matricula do navio deve ser feita de seis em seis mezes, na séde do districto de sua navegação, (4) e visa os seguintes fins :

1. Averiguar a individualidade, a identidade e nacionalidade do navio,

(1) Dec. n. 2.304 de 2 de Julho de 1896 art. 1, 7, 8, 9; dec. n. 3.334 de 5 de Julho de 1899, arts. 260, 261, 262 e 264

(2) Dec. n. 3.334 de 1899 arts. 265, 267, 268 e 270.

(3) Dec. n. 3.334 de 1899 art. 271.

(4) Dec. n. 2.304 de 1896 art. 27; dec. n. 3.334 de 1899 art. 274 ⁵⁴

- 2 Fazer constar a existencia do nome do navio, do seu dono, assim como do capitão : (Cod. Comm. art. 464 e 465).
- 3 Verificar os creditos privilegiados que oneram o navio (Cod. Comm. art. 472).
- 4 Habilitar o navio a navegar; (Cod. Comm. art. 460. dec. n. 3.334 de 1899 art. 27).

75. A matricula proporciona as seguintes vantagens :

- 1 Facilita o conhecimento do navio ;
- 2 Faz distinguir o navio nacional do estrangeiro ;
- 3 Assegura a protecção devida ao navio brasileiro ;
- 4 Auxilia o exercicio dos direitos dos credores sobre o navio ;
5. Habilita o governo a conhecer a situação da marinha mercante.

O abuso da matricula dá logar a multas (Cod. do Comm. art. 463, decr. n. 879, de 1851).

76 A matricula é outro papel de bordo exigido pelo Cod. do Com, art. 466 e pelo dec. n. 3.334 de 1899 art. 275.

A matricula é referente á viagem que o navio tem de emprender e limitada ao tempo da mesma viagem, devendo ser feita no porto do armamento e conter as seguintes declarações :

- 1 Nomes, idades, estado, naturalidade, domicilio e occupação a bordo — do capitão, officiaes e gente da tripulação ;
- 2 O porto da partida e destino e a torna-viagem, si fôr estabelecida ;

- 3 As soldadas, especificando-se como foram ajustadas ;
 4 As quantias adiantadas ou promettidas por conta das soldadas.
 5 A assignatura do capitão e officiaes do navio e mais pessoas de bordo que souberem escrever : Cod. do Com. art. 467.

77. A matricula distingue-se do registro em que :

- a) O registro respeita á individualidade e nacionalidade do navio ; a matricula concerne á viagem que o navio emprehende ;
 b) O registro é feito no domicilio do proprietario ou armador ; a matricula é no domicilio do armador ;
 c) O registro é permanente ; a matricula varia e renova-se semestralmente. (1)

78. LEGISLAÇÃO COMPARADA :

O codigo do commercio allemão, anterior ao de 1897 art. 435, enumerava as declarações que o registro do navio devia conter ; e uma lei de 25 de outubro de 1867 modificou esse artigo exigindo muitas outras enunciações : essa disposição não apparece no codigo de 1897.

Na Italia, está regulada essa materia em decreto separado, ao qual o codigo do commercio faz referencia ; e em Portugal se procedeu semelhantemente, fazendo-se remissão ao *acto de navegação*.

(1) O dec. n. 3334 de 1899 art. 275 diz : «Consiste a matricula no lançamento em livro do nome do navio, seu numero e signal do codigo, nome do proprietario, logar da construcção e quando, material do casco, dimensões, mastreação tonelagem, si á vela ou á vapor, e neste caso o propulsor e o numero de caldeiras e carvoeiras e quantas pessoas de tripulação, conforme o modelo n. 4, o qual é a certidão extrahida do livro, e que deve estar á bordo da embarcação».

Na verdade, este assumpto pertence ao direito administrativo, no ramo dos negocios da marinha mercante, sendo elemento estranho, em um codigo do commercio.

A lei ingleza de 25 de agosto de 1894 — 57 e 58 Vict., cap. 60 — consolidou o registro (*registry*) dos navios inglezes.

SECÇÃO III

79. O commercio maritimo conta hoje a inapreciavel vantagem de possuir seguras informações sobre navios; referimo-nos ás creações do Lloyd em diversos paizes.

Foi no seculo XVIII que teve inicio tão saudavel instituição.

Em Londres, no Lombard-Street, havia um negociante chamado Edward Lloyd, em cujo modesto estabelecimento reuniam-se armadores, afretadores, seguradores, corretores e capitães de navios: era o ponto de reunião em que se discutiam interesses relativos a esses assumptos; dahi veio a idéa de constituir-se uma especie de sociedade, cuja séde foi fixada na Bolsa. Ahi são estudados os problemas da navegação, examinados os dados estatisticos que offerecem as chances da navegação, conhecidos e classificados os navios, graças ás informações que affluem de todas as partes do mundo.

O Lloyd britanico não é uma instituição official, é um centro de operações do commercio maritimo e abundante fonte de informações para o exercicio da respectiva actividade industrial, tendo galgado as eminencias de uma criação prodigiosa.

Além do Lloyd's Register de Londres existem varios outros, como *Austrian Veritas* em Trieste, o *Bureau Veritas* em

Paris, o *Registre Maritime* em Bordeaux, o *Germanischer Lloyd's* em Berlin, o *Registro italiano* em Genova, o *American Lloyd's Register* em New-York, o *Norske Veritas* em Christiania, o *Nddurlandsobe Vercenigingem* Amsterdam (1).

No Rio de Janeiro existe o Registro Marítimo brasileiro, observado pelas companhias nacionaes de seguro (2).

(1) Vide Silva Costa — Seguros Marítimos e Terrestres ns. 44 a 47.

(2) E' este o Regulamento deste registro:

CAPITULO I

Art. 1.º Este regulamento tem por fim estabelecer as bases, segundo as quaes poderão se inscrever e se classificar no Registro Marítimo Brasileiro os navios mercantes nacionaes e estrangeiros.

CAPITULO II

DA CLASSIFICAÇÃO DOS NAVIOS

Art. 2.º A apreciação ou grão de confiança que merecer o navio será expresso do seguinte modo :

1ª classe

§ 1.º Aos navios de boa construção de madeira de lei ou de outras de reconhecida duração, pregados, cavilhados e forrados a cobre ou metal, sen que o seu aparelho e velame nada deixem a desejar, e que tenham menos de doze annos de idade será designado a primeira classe e a primeira cathogoria representada pela letra A 1ª.

A letra A 1ª indica que o navio está classificado na primeira classe, primeira cathogoria, e os algarismos que lhes seguem, querem dizer : o primeiro que a duração naquella classe é de... e o segundo que a classe é dada pelo prazo de...

Quando tiver um só algarismo quer dizer que a duração expira com o termo da classe.

Em conclusão para qualquer das classes em que o navio estiver classificado, os algarismos que se seguem á letra que exprime a classe e cathogoria, indicam, o primeiro a duração e o segundo o termo da classe.

§ 2.º Aos navios cujo prazo da classe A 1ª tiver expirado ; mas que tendo sido examinados, reconhecer-se que pôdem merecer uma prorogação, continuará na primeira classe, porém na segunda cathogoria, expressa pela letra A 2.ª

§ 3.º Aos navios para os quaes tiverem expirado os periodos do tempo concedidos para estarem na primeira classe, na primeira e segunda cathogoria, ou por qualquer outra circumstancia não possam nella continuar, mas que sendo examinados, verifique-se acharem-se em condições de transportar mercadorias sujeitas a avarias de mar, ser-lhes-ha designado a segunda classe, da primeira cathogoria expressa pela letra B 1ª.

§ 4.º Aos navios que tiverem o tempo concedido á segunda classe primeira cathogoria, mas que tendo sido examinados sejam encontrados em estado de poder transportar, em viagens curtas, mercadorias sujeitas a avarias

de mar, designar-se-ha a segunda classe, segunda cathegoria expressa pela letra B 2ª.

Em ultimo logar aos navios que pelo seu estado só possam servir para transportar mercadorias não sujeitas a avarias de mar será designada a terceira classe pela letra C.

CAPITULO III

DO TEMPO DE EXPRESSA DURAÇÃO DOS NAVIOS E DE SUAS CLASSES

Art. 3.º Os navios que forem classificados na primeira classe, primeira cathegoria (A 1ª) serão considerados com a duração de doze annos no maximo, sendo, entretanto, nesta como nas demais classes o tempo de classe designado, conforme entender o perito do Registro.

§ 2.º Os que forem classificados na primeira classe, porém na segunda cathegoria (A 2ª) a duração será de oito annos no maximo.

§ 3.º Os que forem classificados na segunda classe, na primeira cathegoria (B 1ª) a duração será de seis annos no maximo.

§ 4.º Os que forem classificados na segunda classe, na segunda cathegoria (B 2ª) a duração será de quatro annos no maximo.

§ 5.º Os que forem classificados na terceira e ultima classe (C) a duração será de tres annos.

Art. 4.º Nenhum navio poderá conservar-se na classe e cathegoria que lhe forem designados pelo Registro sem se sujeitar a uma vistoria no fundo, de dous em dous annos, sob pena de lhe ser tirada a classe.

Art. 5.º Uma vez expirado o prazo maximo da duração do navio em quaesquer das classes em que tiver sido considerado não poderá permanecer nella sem soffrer um concerto radical sob a vigilancia do perito do Registro.

CAPITULO IV

DISPOSIÇÕES GERAES

Art. 6.º Todo o navio classificado no Registro deverá quando por qualquer circumstancia, tiver de fazer obra, communicar ao Registro, afim de ser a mesma obra tomada em consideração quando terminada a sua classe e quizer prorogal-a.

Art. 7.º Os navios que pretenderem se inscrever a obter classificação do Registro, sujeitar-se-hão ao exame que entender fazer o perito, isto é, farão as aberturas exteriores e interiores que forem determinadas de modo a ser apreciado o cadaste, gio, obras mortas, braços, cavernas, roda de prôa, columnas, buçardas, abotucaturas, etc.

Afim tambem de serem apreciadas as extremidades dos vãos, será levantada uma taboa em todo o comprimento do convéz, e do mesmo modo algumas folhas de cobre para verificar-se o estado do calafeto e pregadura.

Art. 8.º Todo o navio cujo calafeto não exceder de dois annos poderá ser examinado em fluctuação (principalmente se o calafeto tiver sido feito no Rio de Janeiro) salvo, se por qualquer circumstancia, o perito desconfiar do estado do mesmo calafeto do fundo.

A duração da querena será de seis annos para os navios de cabotagem e de cinco para os de navegação atlantica e de novo curso. Se, porém, o navio for encontrado em boas condições o perito poderá conceder mais um anno de

classe, ficando bem entendido que nenhum navio poderá ser classificado, qualquer que seja o seu estado, quando tiver mais de sete annos de calafeto.

Art. 9.º Antes de se dar principio á vistoria, o perito pedirá todos os documentos relativos á data e logar da construcção do navio e bem assim informar-se-ha se o navio tem soffrido concertos e danos, e qual a causa desses danos.

Art. 10.º Os armadores que quizerem inscrever e classificar seus navios no Registro, assignarão ou farão assignar um pedido no escriptorio do mesmo Registr.

A assignatura de tal pedido importa a acceitação das condições que trata o presente regulamento

Art. 11.º O perito do Registro receberá pela primeira vistoria que fizer ao navio que pretender-se classificar a quantia de 40\$000, e pelas subsequentes 20\$000 por cada uma, não podendo, entretanto, receber mais quantia alguma por vistoria, depois da terceira, a menos que não seja por classificação especial de concertos. Perceberá além disso pela classificação de cada navio até 100 toneladas, 50\$000; de 100 a 150, 60\$000; de 150 a 200, 75\$000; de 200 a 250, 85\$000; de 250 a 300, 90\$000. Dahi por diante pagarão mais 200 réis por tonelada que exceder a esta lotação.

Art. 12.º No caso de não ser classificado o navio por facto do armador o perito terá o direito a receber a titulo de indemnização a importancia das visitas que tiver feito na razão da tabella constante do art. 11.

CAPITULO V

DA NAVEGAÇÃO

Art. 13. 1.º Pequena Cabotagem (P. C.)

Esta navegação é considerada de porto a porto, ou de uma só escala no mesmo Estado ao longo da Costa, sem perder a terra de vista.

2.º Grande Cabotagem (G.)

Esta navegação é considerada do Rio de Janeiro para o Sul até o Rio Grande, e para o Norte até o Pará.

Os navios que se destinam a essa navegação deverão ser de mais de 100 toneladas, achando-se munidos dos mesmos sobresalentes que aquelles que se destinam á navegação do Atlantico.

Deverão ser forrados de cobre, metal ou zinco; terão duas bombas com seus necessarios pertences, uma lancha, um bote, uma canna de leme e uma forma do mesmo.

3.º Atlantico (At.)

Esta navegação é considerada de qualquer ponto da America do Sul á America do Norte, Europa, Mediterraneo, Mar Negro e Africa Occidental. Os navios destinados a esta navegação deverão ser de mais de 150 toneladas, forrados de cobre, meta. amarello ou zinco: terão duas bombas de ferro ou cobre com duplas guarnições e competentes arcadas nas mesmas bombas, um jogo de velas novas, vergas, mastarços e cabos de sobresalentes, um páo de bujarrona, cinco peças de lona, quatro de brim e duas de trinzão, fios, tres agulhas de marear, um chronometro, um barometro, dois encerados para cada escotilha, seis folhas de cobre, dois meios de sola, quatro arrosas de estopa, pregos sortidos, uma lancha, tres embarcações miudas, machado, serrote e mais ferramentas necessarias.

4.º Longo Curso (Lc.)

Esta navegação, cuja denominação bem a qualifica, requer que os navios que a ella se destinam, sejam de mais de 250 toneladas, que sejam de 54

construção de primeira ordem, forrados de cobre ou metal, e que sejam munidos de sobresalentes em muito maior quantidade do que os navios para a navegação do Atlantico.

Registro Maritimo

EXPLICAÇÃO DAS ABREVIATURAS

O mappa junto de que trata o art. 13 deste Regulamento, se compõe de 18 columnas com as abreviaturas, segundo os *dizeres* de cada columna.

1.^a COLUMNA

Nesta columna, em cujo alto se lê o dizer — *Fiscalização especial* — signal \boxtimes indica que o navio foi construido sob as vistas do Registro.

2.^a COLUMNA

Nesta columna o numero indica a ordem da classificação.

3.^a COLUMNA

Nesta columna deve figurar em primeiro logar o nome do navio, por baixo o do capitão e por baixo deste, ao lado, a data do certificado, expressa em algarismos, indicando o primeiro o mez e o numero que se lhe segue o anno, exemplo : 9 — 80 quer dizer Setembro de 1880.

4.^a COLUMNA

A armação do navio é indicada pelas seguintes letras : *Bg.*, Brigue—*BB.*, Brigue-Barca — *ct.*, Cutter — *Escr.*, Escuna — *G.*, Galera *Hl.*, Hiate *Lg.*, Lúgar — *Pt.*, Patacho *Pol.*, Polaca — *Sum.*, Sumaca.

5.^a COLUMNA

Esta columna está dividida em duas : a primeira é destinada á classe do navio e a segunda á navegação.

As classes serão designadas do seguinte modo :

A 1.^a Primeira classe, primeira cathogoria.

A 2.^a Primeira classe, segunda cathogoria.

B 1.^a Segunda classe, primeira cathogoria.

B 2.^a Segunda classe, segunda cathogoria.

C Terceira e ultima classe.

A navegação será indicada do seguinte modo :

PC Pequena cabotagem.

G Grande cabotagem.

At Atlantico.

LC Longo curso.

6.^a COLUMNA

Nesta columna, destinada a exprimir a duração e termo da classe, o primeiro numero refere-se á duração maxima da classe do navio, e o segundo aos annos de classe que lhe foram concedidos.

7.^a COLUMNA

A bandeira a que pertencer o navio será designada pelas tres primeiras lettras do nome a que pertencer.

8.^a COLUMNA

Nesta columna, destinada á tonelagem do navio, o numero indica a quantidade de toneladas

9.^a COLUMNA

O logar da construcção do navio será indicado pelas tres primeiras lettras do nome do logar.

A da data se referirá sómente ao anno, escripto por baixo em algarismos.

10.^a COLUMNA

As madeiras, quando forem de lei, serão expressas simplesmente por — *ms. de l* — e quando não forem, pelas tres primeiras lettras de seus nomes.

A pregadura será indicada do seguinte modo: *c*, cobre — *m*, metal — *f*, ferro — *fu*, ferro galvanizado — *z*, zinco — *cf*, cobre e ferro.

Os concertos serão ainda indicados: *r*, reparos — *gr.*, grandes reparos — *pr*, pequenos reparos — *ra*, reparos nos altos — *rf*, reparos nos fundos — *rc*, reconstruidos — *O*, aberto.

11.^a COLUMNA

A immersão do navio indicada em metro será expressa em algarismos escriptos na respectiva columna.

12.^a COLUMNA

O forro será indicado na primeira divisão, do mesmo modo por que é a pregadura.

A data do assentamento se referirá ao mez e anno e será indicada na segunda divisão em algarismos, sendo o primeiro relativo ao mez e o numero que lhe segue ao anno.

13.^a COLUMNA

O nome do armador será escripto, sendo os primeiros nomes com iniciaes, e o appellido por extenso.

14.^a COLUMNA

O porto a que pertencer será indicado pelas tres primeiras lettras do seu nome, ou mais, se possível fór.

15.^a COLUMNA

O logar e data da ultima visita serão indicados do modo por que ficam explicadas as abreviaturas analogas.

CAPITULO VIII

ACQUIZIÇÃO DO NAVIO. DIFFERENTES TITULOS E MODOS DE ACQUIZIÇÃO

80. Os titulos pelos quaes se adquire a propriedade do navio pertencem :

- a) ao direito privado em geral,
- b) ao direito commercial maritimo,
- c) ao direito judiciario,
- d) ao direito administrativo,
- e) ao direito internacional.

SECÇÃO I

81. Como direito privado comprehendemos tanto o direito civil como o direito commercial em geral (1); e sob este ponto de vista, consignaremos todos os meios juridicos translativos da propriedade dos navios—*inter vivos* e *causa mortis*. 59

(1) Vide *supra* n. 42.

Entre os meios *inter vivos* contemplam-se :

I. Ocontracto, exteriorizando :

- a construcção,
- a compra e venda,
- a permuta,
- a doação.

II. A prescripção.

Entre os meios *causa mortis* enumera-se o testamento, manifestando :

- a herança,
- o legado.

Alguns escriptores como Ed. Vermond (1) distinguem os modos de adquirir o navio em—originarios e derivados, considerando originario o modo de adquirir pela construcção e derivados todos os outros.

Os modos primitivos ou originarios são os que transferem a propriedade independentemente do direito de outrem ; e os derivados não a transferem, sem acto translativo do direito alheio. (2).

82. E' livre a construcção do navio, sob a fórma e modo que parecer mais conveniente a seu dono ; mas, navio algum póde ser aparelhado sem que previamente se reconheça, por uma vistoria, que elle se acha em condições de poder navegar e se verifique a sua arqueação. Esta vistoria é feita perante a Capitania do Porto, e conforme os regula-

(1) *Droit maritime* n. 19, 21 e 24.

(2) *Ahrens Cours de droit naturel* t. 2º § 63.

mentos do poder executivo; e a alfandega é que verifica a arqueação (1).

A importancia da propriedade tanto do navio, como dos valores que recebe a bordo e especialmente a vida dos que nelle servem ou embarcam desafiam por certo todo esse cuidado.

83. A construcção do navio pôde ser: *a)* por conta propria, a jornal; ou *b)* por empreitada.

Na construcção a jornal ou por conta propria, o constructor do navio é o seu dono, é quem compra os materiaes e paga os operarios; não é commum construir o navio para fazel-o navegar por conta do constructor, objecto de uma industria especial que reclama, além de variados conhecimentos technicos, *maxime* sendo a vapor, avultados capitães.

A empreitada pôde ser contractada de dous modos:

- 1º. obrigando-se o empreiteiro a fornecer o material e mão de obra;
- 2º. fornecendo o empreiteiro a mão de obra e o dono o material.

As differentes relações de direito que se prendem á construcção do navio encontram preceitos reguladores no Codigo do Commercio arts. 226 e seguintes, que tractam da locação, comprehendida a empreitada.

(1) Cod. do Comm. art. 459; a lei n. 123; de 11 de Novembro de 1892, art. 9, que manda vistoriar os navios nacionaes semestralmente (suspensa por 2 annos pela cit. lei n. 227, A de 1894; edital do Trib. do Comm de 15 de Abril de 1851; Decs. n. 447, de 1846, n. 1.324 de 5 de Fevereiro de 1854, n. 6.419, de 22 de Dezembro de 1876, n. 9.584, de 24 de Abril de 1886, n. 10.411, de 25 de Outubro de 1889, n. 216, de 22 de Fevereiro de 1890, n. 1.362, de 20 de Abril de 1893, dec. n. 3.334 de 60 1890 art. 264.

Quando o navio é construído no estaleiro daquelle que o fabrica, este é seu dono desde o primeiro acto relativo á construcção: é hypothese que, em regra, não envolve complexidade nas questões que se possam originar quanto á propriedade.

84. Entretanto, circumstancias pôdem ocorrer que tornem possíveis relações jurídicas contenciosas; considere-se que alguém emprega, na construcção do seu navio, material alheio; como regular os direitos e obrigações, concernentes a esse material? E' o caso da accessão industrial por simples adjuncção, um dos meios de adquirir a propriedade das cousas moveis: *in omnibus igitur istis in quibus mea res per prevalentiam alienam rem trahit, meam que efficit* (1).

Está claro que se tracta da adjuncção operada sem o acôrdo das duas vontades; porque, verificado este, predominam as estipulações que são a lei dos contractantes; é bem visto, igualmente, que é figurada a hypothese, em que a separação do material alheio não é possível, sem prejuizo do navio; pois, si tractar-se de accessórios como os escaleres, as ancoras pertencentes a outem, nada mais facil do que a retirada desses objectos do navio; e, portanto, são susceptíveis de separação sem detrimento do corpo do navio; quando, porém, assim não acontece, isto é, quando essa separação affecta a existencia do navio, fôra licito invocar a theoria legal dos romanos, que não consente na separação, tractando-se de um predio, construído com material alheio; considerando a lei das XII taboas de interesse publico,

(1) Dig. 1. 23 § 4 de reivindications; L. 20 pr. de acquirendo rerum dominio.

superior ao privado, a conservação dos edificios, salvo a reparação devida (1), doutrina seguida por varios civilistas (2).

Ora, si é de interesse publico que não se demulam os edificios ; não o é menos a conservação dos navios, instrumentos valiosos do commercio maritimo e parte integrante da marinha mercante, em cuja conservação e progressivo desenvolvimento assentam altos interesses de estado (3), além de traduzir o producto do trabalho, que deve ser mantido desde que são feitas as devidas compensações e satisfeita a regra de equidade que não consente que alguém se enriqueça com a fortuna alheia.

Isto posto, releva notar que deve entender-se por principal, *pars prevalentior*, a cousa que estiver em qualquer das seguintes situações : a) poder subsistir por si, ou b) para cujo uso, ornato ou complemento é empregada a outra ; (4) não sendo applicaveis estas regras, a que fôr de maior valor ou tendo o mesmo valor o de maior volume, é a que prevalece.

Assim tambem cumpre reflectir que a importancia da indemnisação do dono do material depende da bôa ou má fé que tiver presidido a essa adjuncção ; com effeito, si houve bôa fé por parte do adquirente, a indemnisação tem lugar, recebendo o dono do material adjuncto a sua importancia ; si houve má fé, além da acção criminal que assiste ao que foi

(1) Dig. L. 1 pr. *de tigno juncto*—Ulp

(2) Pegas — For. 6 cap. 213 ns. 2 e 7 ; — Portugal — *de don.* 1. 3 c. 39 ns. 3 e 4 ; Borges Carneiro — *dir. civ. t.* 4 § 65 n. 3. Almeida e Souza — *Casas* § 49. *Inst. de dir. r.* § 29.

(3) Vide *infra* n. 129

(4) Vide *Cod. civ. franc.* arts 567 ; 569 ; Coelho da Rocha *Dir. civ.* (1) § 420.

privado do que lhe pertencia, cabe-lhe indemnisação a mais completa possível comprehendidos os lucros cessantes e damnos emergentes, os juros simples e compostos e bem assim o preço da affeição, com a garantia hypothecaria dos bens do ledente (1).

Desjardins, aventando esta questão, e depois de dar a opinião de Wedderkop que opina pertencer o navio ao dono do material, quando este foi empregado com má fé pelo constructor e depois de citar o antigo código da Prussia, arts. 1393 e 1394, que reputava dono do navio o que o mandou fazer, ainda sendo nelle empregado material de terceiro, a quem mandava indemnisar o terço,—sustenta que em França, os tribunaes devem conformar-se com os arts. 570 e 571 do código civil e decidir que, em qualquer hypothese, si a mão de obra exceder muito o material empregado é que sómente é licito considerar proprietario o constructor (2).

85. Uma outra questão costuma-se suscitar, e é: um navio reconhecido innavegavel e demolido a aprazimento dos seus compartes, e depois reconstruido por um delles, que aproveita os materiaes velhos, dá lugar á reivindicação lo comparte, que não autorizou o emprego do que lhe pertencia do navio demolido? Bedarride (3) fundado em uma decisão da *Cour* de Rennes de 27 de Janeiro de 1826, pensa que o que fez construir o navio deve embolsar os donos do material empregado do valor proporcional, não havendo copropriedade; este sentimento repugna a Desjardins (4), o qual invocando

(1) Coelho da Rocha O; cit. § 422; cod. civ. fr. arts. 576 e 577; Silva Costa, Estudo theorico e pratico sobre a satisfação do damno causado pelo delicto 2º e d. ns. 63 e seg; Lafayette— Direito das cousas t. I § 41.

(2) Vide Desjardins ob. cit. t. I n. 60.

(3) *Droit Commercial, Du Commerce Maritime* t. I. n. 354.

(4) Ob. e l. cit.

o art. 570 do código civil, entende que si a copropriedade é preferida ao embolso do valor dos materiaes empregados, não ha como impedir a realisação desse voto.

86. O navio pôde tambem ser construido por empreitada, mediante preço estipulado e prazo determinado: Código do Commercio art. 226.

A empreitada pôde ser constituida de dous modos:

- a) O operario fornece sómente a mão de obra: Cod. cit. art. 232.
- b) O operario fornece não só a mão de obra, mas tambem o material: Cod. cit. art. 231.

No primeiro caso, ha uma pura locação de serviços; no segundo caso, pôde ser objecto de discussão, conforme a divergencia que existe entre os escriptores, quando discutem si nesta hypothese ha locação ou venda (1).

Este aspecto da locação, si tem caracteres que confraternizam com os da venda, como dizia Gaius—*locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni* (2); todavia, não é licito considerar venda a locação, manifestada pela empreitada, na qual o empreiteiro fornece o material e mão de obra; esse contracto não perde a sua indole, só porque certos principios de outro contracto possam lhes ser applicados.

87. Muito se discute ainda a quem pertence o navio em construcção.

Para resolver a questão, cumpre distinguir o modo por que a construcção tem lugar: si é á jornal ou por empreitada.

(1) Vide Duranton Droit civil (t. 17 n. 250) que opina pela locação, Troplong Lonagé n. 963 que sustenta ser venda; Aubry et Rau t. 4 § 374 p. 526, pensam que é um contracto mixto, sendo locação até o momento da recepção e venda, realisada esta.

(2) Dig.—L.2 pr.—*Locati conducti*.

Si é á jornal ou por conta do dono, nem uma duvida occorre; pois, pertence-lhe desde que no estaleiro se colloca o primeiro elemento para a fabricaçãõ do navio.

Divergencias, porém, assignalam-se, quando se debate a materia, no caso da empreitada.

E como a empreitada pôde consistir em fornecimento do material e mão de obra por parte do empreiteiro, *per aversionem*, ou da mão de obra sómente, *locatio operis*, daqui vem a conveniencia de distinguir os dois casos, para melhor soluçãõ do problema.

O empreiteiro que apenas fornece a sua industria, é mero locador de serviços; a construcçãõ, á medida que vae progredindo, entra no patrimonio do que encomendou o navio; de sorte que, si o navio, em via de formaçãõ, perece ou é damnificado, salvo culpa do empreiteiro, o prejudado é o dono—*res perit domino*: é esta a doutrina do art. 232 do Código do Commercio.

Quando o empreiteiro fornece os materiaes e a mão de obra, o assumpto reveste maior importancia, pela discordancia que ha entre os escriptores.

O interesse da materia accentua-se particularmente quando, havendo adiantamentos realisados pelo que encomendou o navio, interpõe-se a fallencia do empreiteiro.

Com effeito, si a propriedade do navio em construcçãõ é de quem o encomendou, a obra não pôde fazer parte da massa fallida; si, porém, se entende que é do empreiteiro o navio que elle está construindo para outro, então é arrecadado o navio, no estado em que estiver, pelo representante da massa fallida, sendo considerado credor chirographario, pelas quantias que Louver adiantado, aquelle que encom-

mendou o navio; e, portanto, sujeito a rateio; e si a obra perecer ou fôr damnificada salvo a mora do que fez a encomenda em recebê-la, quem perde é o constructor: Cod. cit. art. 231.

88. Varias opiniões disputam sobre a verdadeira natureza do contracto, neste caso; uns pensam que é uma locação, outros que é uma venda, havendo também quem opine ser uma convenção que participa da natureza da locação e da venda.

Dufour (1) recorda a doutrina romana, mostrando a divergencia entre alguns juriconsultos, quaes Cassius que vio dous contractos na especie: venda de materiaes e locação de industria (Int. L. 3 t. 24 § 4), Gaius (L. 19 t. 2 fr. 2 § 4) Sabinus (18 t. 1 fr. 20) Pomponius (mesmo fr.) e Javolenus (*cod. loc. fr. 65*) que acreditaram haver o contracto da venda, de accôrdo com a Instituta que diz—*placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse*; e comquanto Dufour tenha como incontestavel o sentimento de Cassius, não deixa de reconhecer que ha nessas relações juridicas o cunho da unidade, traduzido por um só preço; e ponderando que para conhecer a natureza das convenções deve-se investigar qual seja o character preponderante, attendendo mais a que o fim principal da convenção na especie é, da parte do armador, ter um navio e da parte do constructor, fazer um navio; conclue que a *finalis et potissima intentio* é a compra e venda de um navio, que é o que characterisa o contracto; acrescentando ser uma venda sob condição suspensiva; pois, a construcção do navio é acontecimento futuro, incerto, do qual depende a transferencia da propriedade.

(1) *Droit maritime* t. 2 ns. 561, e segg.

non transfertur dominium ex contractu conditionali, nisi conditione existente.

Lyon-Caen e Renault (1) contestam a doutrina de Dufour, pensando que esse contracto não é uma venda sob condição, mas uma venda a entregar; segundo estes tractadistas, a condição não é simplesmente um acontecimento futuro e incerto, mas um acontecimento com estes caracteres e dos quaes, além disso, a vontade das partes faz arbitrariamente depender um acto juridico; entretanto, quando se tracta da construcção do navio, a sua realisação é sem duvida um facto futuro e incerto, mas este facto, na operação vertente, nada tem de arbitrario.

Desjardins (2) increpa a Dufour de ter recuado do principio, deante de sua applicação; não prevalecendo a explicação da contradicção em que cahiu, quando soccorreu-se do art. 1178 do codigo civil da França que diz : « A condição é reputada não cumprida desde que fôr o devedor obrigado sob esta condição que impediu o seu cumprimento » e, fazendo reger este artigo a fallencia do empreiteiro, declara que o navio, não acabado por culpa do devedor, deve ser reputado construido; vae nisso um erro manifesto, pensa Desjardins, de accôrdo com Laurin (3). ponderando que, pelo menos, cumpriria que houvesse um navio; si não ha navio pela falta de cumprimento da condição, o credor, até certo ponto, poderá tel-a como realizada, no sentido de poder exigir não só os adiantamentos que houver feito, como tambem a indemnização dos prejuizos, perdas e danos que lhe seriam devidos, como si o navio acabado não lhe fosse

(1) *Traité de dr. com.* t. 5 n. 153

(2) *Ob. cit.*, t. I, n. 62.

(3) *Ob. cit.*, pag. 2^o8.

entregue; mas, o que não poderá fazer é reivindicar um navio que não existe.

89. Estudemos a figura jurídica deste contracto, nos seus fundamentos logicos e na sua significação legal.

Disse muito bem Laurent (1), os principios mais elementares tem sua importancia, desconhecel-os importa necessariamente commetter erros.

Vejamos :

Na empreitada, em que o empreiteiro fornece o material e a mão de obra, ha uma obrigação. Esta obrigação versa sobre a prestação positiva de uma fabricação naval; tracta-se pois de uma obrigação indivisivel, de tracto successivo, visando uma obra consummada e só produzindo utilidade, quando completamente acabada, *nec... fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quæ ex consummatione contingit, non dederit* (2); supportando os riscos e perigos, que possam advir, áquelle a quem possa caber a eventualidade dos proventos (3). Ora, na hypothese vertente, dos dous contractantes aquelle que fita a eventualidade dos lucros da empreitada é o empreiteiro; e, portanto, só este carrega com os effeitos da perda ou damno da obra encomendada.

Eis a theoria que se póde applicar a qualquer ramo da actividade juridica, no amplo dominio da vontade livre ou como diz Giorgi (4) nas varias familias dos contractos, singularmente consideradas.

(1) *Principes de droit civil*, t. 16, n. 196.

(2) Kleyer—*Des obligations divisibles et indivisibles*. Dig. L. 35, t. 2 fr. 80, § 1. *Ad legem falcidiam*

(3) Vide Giorgio Giorgi — *Teoria delle obbligazioni* t. 4 n. 232.

(4) ob. e l. precitadas.

90. Vejamos agora a cogitação do nosso legislador.

O Código do Commercio, no título X da parte I, tracta da locação (arts. 226 á 246); e nestas disciplinas regula a empreitada, quer quando o empreiteiro fornece só a sua industria (art. 232), quer quando obriga-se a prestar a industria e os materiaes (art. 231); expressamente decretando que—« nos ajustes de locação de serviços, si o locador, official ou artifice, se encarregar de fornecer a materia e o trabalho, pecendo a obra antes da entrega, não terá direito á paga alguma, salvo si, depois de prompta, o locatario fôr negligente em a receber».

Donde resulta que perante a lei brasileira— o contracto, de que se tracta, é uma verdadeira locação; não é uma venda condicional, comò quer Dufour, pelas rasões adduzidas por Lyon Caen e Renault; mas, tambem não é uma venda a entregar, comò querem estes; mesmo porque, na venda a entregar, o objecto existe, emquanto que no caso do navio, em construcção, só existe navio, quando fôr acabado.

Para obviar aos inconvenientes resultantes das opiniões divergentes nesta materia, lembram Lyon Caen e Renault (1) o emprego de dous meios: *a*) uma ciansula, na qual se estipule que a propriedade será transferida para aquelle que houver feito adiantamentos, á medida que fôr progredindo a construcção; *b*) a hypotheca feita pelo empreiteiro ao que fez a commenda sobre a obra existente no estaleiro.

Si o primeiro alvitre pôde ser acceito, perante a legislação brasileira; não assim o segundo, pois que não temos a hypotheca maritima, certo como é, que a hypotheca só

(1) ob cit. t. n. 157.

tempor objecto o immovel e seus accessorios (1); accrescendo notar que mesmo em França, pela lei de 10 de Dezembro de 1874 art. 29, não são susceptiveis d'hypotheca os navios de menos de 20 toneladas; de sorte que o segundo meio é incompleto.

Mas, si entre nós a hypotheca do navio não tem lugar, pôde entretanto ser objecto de penhor, não só o navio, como os seus elementos em construcção, contanto que aquelle que o houver encommendado tenha a posse, essencial ao penhor; posse que pôde ser constituída, em favor do dono da encomenda por pessoa que o represente e vá adquirindo a posse, podendo tambem ser constituída esta posse por qualquer acto symbolico : Cod. do Com. arts. 199 e 274.

91. Uma questão pôde ainda ser aventada : como se pôde fazer valer a preferencia que assiste ao operario da construcção do navio ?

Cumpre distinguir : o navio ou é construido pelo dono, e *ab initio* pertence-lhe ; e neste caso, o privilegio do operario recae sobre o navio e por elle responde o seu dono, durante o prazo de tres annos, a contar do dia em que a construcção ficar acabada : Cod. do Com. art. 471 n. 1 ; ou é construido por empreitada, e então o operario só tem acção contra o empreiteiro, e só pôde embargar na mão do dono da obra, si houver em poder deste a quantia devida ao empreiteiro e quanto baste para o pagamento dos seus jornaes: Cod. do Com. art. 239.

Os jurisconsultos francezes muito discutem o assumpto.

(1) E' o que dispõe a lei n. 1.237, de 24 de Setembro de 1864 art. 2.º § 1.º, que nem um acto legislativo posterior revogou. Entretanto, o *dec.* n. 848, de 11 de Outubro de 1890 art. 15 g) dá competencia ao juiz seccional para conhecer da hypotheca do navio !!

Alguns como Valin, Emerigon Baulay-Paty, Dufour, Alauzet e Bedarride distinguem si os operarios estão ou não de bôa fê, isto é, se ignoravam que a construcção do navio era feita por empreitada (*à forfait*); neste caso, pensam que o privilegio dos operarios mantem-se sobre a obra: era o que dispunha o capitulo 54 do *consolato del mare*, incumbindo ao proprietario de dar aviso aos operarios para que não sejam enganados, e na falta desse aviso os operarios *podiam fazer sequestrar o trabalho por elles feito, sequestro que duraria emquanto não fossem pagos os seus salarios, as perdas e os damnos* (1).

COMPRA E VENDA

92. No contracto de compra e venda do navio, ha a considerar:

- a) a legitimidade do vendedor;
- b) a causa determinante;
- c) a comprehensão;
- d) a forma;
- e) o imposto;
- f) os effeitos;

93. LEGITIMIDADE. Quanto á legitimidade, occorre dizer que póde vender:

- a) O dono do navio ou de parte deste, estando na posse e administração dos seus bens, por si ou por seu bastante e especial procurador.

(1) Vide a nota 42 de Laurin á Cresp, ob. cit. pag. 250.

b) O capitão no caso de innavegabilidade provada do navio o do seu commando: Cod. do Comm. art. 531.

94. CAUSA. Quanto á causa determinante, a compra e venda póde ser voluntaria ou coactiva. O primeiro destes modos é o contracto: debatidas e assentadas as condições da aquisição entre comprador e vendedor. O segundo modo verifica-se, quando a venda é imposta ao comparte no caso do art. 487 do Cod. do Comm. ou quando é decretada pela autoridade competente. Destes modos tractaremos, quando fallarmos das relações dos compartes do navio e da aquisição pelos meios do direito judiciario.

95. COMPREHENSÃO. A venda do navio comprehende todos os aprestos, apparelhos e mais pertenças nelle existentes na época do contracto, embora não sejam especificados, salvo convenção em contrario: é o que dispõe o art. 468 do Codigo do Commercio.

A venda póde recahir sobre todo ou parte do navio.

96. Cumpre indagar a quem pertence o frete do navio.

O navio póde ser vendido estando presente, isto é, ancorado, ou estando ausente, isto é, em viagem.

No primeiro caso, não ha frete; mas, no segundo caso, o navio vencendo frete, releva distinguir si o navio chegou ou não a seu destino.

Verificada a chegada do navio a seu destino ao tempo da venda, o frete é do vendedor; si, porém, a esse tempo o navio viaja, o frete que vencer nessa viagem é do comprador: salvo si outra cousa fôr convencionada: esta é a doutrina do art. 469 do Codigo do Commercio.

97. Quando póde ser considerado em viagem o navio, eis o que é objecto de divergencia entre os commercialistas.

Tres systemas se apresentam no assumpto.

1.º systema : o navio viaja enquanto não está no porto de sua matricula : Laurin (1) é o seu sustentador.

Este systema é victoriosamente combatido por Desjardins (2). Com effeito, um navio ancorado no porto, centro da actividade commercial a que serve, ainda que ahi não tenha sido matriculado e que tente em vão fazer-se ao mar, não pôde ser considerado em viagem, seria o caso inconcebivel de viajar sempre o navio sem jámais partir.

2º systema : o navio está em viagem desde que sahe até que regressa ao porto de onde partiu : assim pensa Pardessus (3). E' inaceitavel esta opinião ; porque, podem occorrer circumstancias que obriguem o navio a uma arribada ; e não se pôde admittir que, enquanto o navio está ancorado no porto de arribada forçada, para fazer concertos ou para acudir a outra qualquer contingencia da navegação, esteja em viagem.

3º systema : é o de Valin (4) ; segundo este escriptor, a viagem começa, quando são expedidos os despachos do navio e termina, quando elle chega ao destino da sua expedição.

A esta opinião adhere Desjardins (5). Ferreira Borges (6) não está longe d'elle quando diz : — viagem — são os dous termos principaes da navegação, isto é, o lugar *a quo* e o lugar *ad quem*, ou o lugar da partida e o do destino ; differe do caminho que é a linha, que o navio corre material-

(1) Ob. cit., t. I, p. 279.

(2) Ob. cit., t. I, n. 82.

(3) *Cours de droit Comm.*, t. 2, n. 950.

(4) T. I p. 606.

(5) Ob. e l. cit.

(6) Diccionario Juridico Commercial vb. Viagem.

mente entre os dous pontos extremos da viagem ; este caminho designa-se pelo nome de — rota, derrota, rumo.

Erra quem quizer ligar á palavra viagem uma significação absoluta ; pois, a navegação abre espaço a incidentes dos mais variados, serve a conveniencias das mais diversas ; havendo além disso viagem de ida ou de volta, redonda, isto é, de ida e volta, de longo curso, de cabotagem; de sorte que, sem conhecerem-se as modalidades da expedição marítima, a que serve o navio, não se poderá precisar a significação jurídica da viagem.

Esta materia tem decisiva importancia em ponderosos assumptos do commercio marítimo, especialmente em materia de creditos, seguros, soldadas, fretamentos.

98. Em relação a esta materia, o nosso Codigo no art. 469 limitou-se a fallar do navio em viagem e no porto do seu destino ; — e a legislar sobre a aquisição dos fretes, como ficou dicto.

O codigo commercial da França, regulando as relações dos creditos privilegiados sobre o navio, diz no art. 194 — o navio é considerado ter feito uma viagem por mar, quando sua partida e chegada tiverem tido lugar em relação a dous portos differentes e trinta dias após a partida, quando, sem ter chegado em outro porto, passaram-se mais de sessenta dias entre a partida e a volta ao mesmo porto ; ou quando tendo partido para uma viagem de longo curso, tem estado por mais de sessenta dias em viagem sem reclamação dos credores do vendedor.

99. FORMA. A fórma pela qual se realisa, em sua evidencia externa, o contracto de compra e venda das embarcações brazileiras, é a escriptura publica, na qual deve ser inserto o teor de seu registro e respectivas

anotações, pena de nullidade: é o que determina o art. 468 do Codigo do Commercio.

A competencia que aos corretores de navios dá o dec. n. 806, de 26 de Julho de 1851 art. 28 n. 1, para a compra e venda de navios, não exclue a escriptura publica; de sorte que, o corretor de navio pôde approximar o comprador do vendedor, lançando no seu protocollo as negociações referentes á compra e venda do navio, cuja realisação só se effectua quando fôr lavrada a escriptura publica, exigida *ad substantiam*.

Nos contractos de compra e venda do navio brasileiro fóra do territorio brasileiro, têm os consules brasileiros a inspecção recommendada pelo art. 140 do decreto n. 4.968, de 24 de Maio de 1872; devendo-lhes ser presente a escriptura de compra de navios adquiridos por brasileiros, afim de examinarem a validade do titulo e poder ser pela legação respectiva autorizada a sahida do navio com bandeira nacional, expedido o competente passaporte: dec. cit. art. 146.

Além da escriptura publica, essencial á compra e venda do navio, cumpre que seja requerida a transferencia da propriedade do navio á autoridade encarregada do registro e matricula, no porto em que se dêr a alienação, sem o que não valerá contra terceiro: é este o preceito do decreto n. 2.304 de 2 de Julho de 1896 art. 22.

Em todos os paizes existem registros destinados á transferencia da propriedade de navios; si ha nisso intuito politico e policial, sobrepuja o interesse da publicidade para resalva dos multiplos interesses que se prendem á livre disposição dessa especie de bens e ao credito maritimo, acautelando-se assim as preferencias legaes.

No conflicto de disposições do direito estrangeiro, prevalece o principio—*locus regit actum*; e portanto, devem ser observadas as regras que em cada paiz são estabelecidas para a validade da compra e venda do navio.

100. LEGISLAÇÃO COMPARADA:

Na Inglaterra, a transferencia da propriedade de navio registrado opera-se por meio de uma carta de venda, *bill of sale*; nella sendo feita a descripção constante do certificado do perito competente, ou qualquer outra descripção a contento do *registrar*.

Toda a carta de venda regularmente assignada pelo transferente é apresentada ao *registrar* do porto do registro, sendo levado o nome do adquirente ao livro respectivo pelo *registrar*, o qual inserirá no dorso da carta de venda a menção do facto, com designação do dia e da hora (*act merchant shipping* 57, 58 vict., cap. 60 — 25 de Agosto de 1894).

Na França o acto escripto, publico ou particular, é exigido *ad probationem tantum*, não sendo essencial, *ad solemnitatem*; assim dispõe o art. 195 do seu codigo commercial; conferem a lei belga de 21 de Agosto 1879 art. 2, o codigo italiano art. 483, o codigo portuguez art. 490 codigo hespanhol art. 573. O codigo do Mexico art. 641 exige um acto publico ou uma apolice feita perante um corretor. O codigo allemão de 1897 no § 475 deixa livre á parte o direito de exigir a entrega a sua custa de um acto authenticico, constatando a alienação.

101. IMPOSTO. A transmissão da propriedade sobre navios está sujeita ao imposto de cinco e cinco decimos por cento; dec. n. 2.800, de 19 de Janeiro de 1898, art. 45 n. 3, 63

tabella annexa—IV; Nova consolidação das leis das Alfandegas e Mesas de Renda art. 581.

Sendo vendida a embarcação brasileira em paiz estrangeiro, o imposto é pago ao agente consular, ahi residente, e remettido por elle ao thesouro nacional : Nova consolidação citada art. 382.

Para pagamento deste imposto os tabelliães expedem guia, devendo o conhecimento do imposto ser litteralmente transcripto na escriptura, sob pena de multa de 25\$000 a 50\$000 além de outras penas em que possam incorrer: Consolidação cit. arts. 38 e 41.

Sem o pagamento do imposto, não se dará á embarcação, que mudou de proprietario, desembaraço e passaporte : Nova con. cit. art. 582.

A primeira venda de embarcação construida em estaleiro nacional é isenta deste imposto: dec. n. 5.581, de 1874 art. 23 n. 11, lei n. 2.348, de 25 de Agosto de 1873 art. 11 § 5, dec. n. 2.800, de 19 de Janeiro de 1898, art. 51 n. 11.

102. EFEITOS. Varios effeitos decorrem da venda do navio :

- 1 A escriptura publica, resando a venda do navio e a sua transferencia perante a autoridade encarregada do registro e matricula, assegura a propriedade e posse do navio em favôr do adquirente. Existindo dous compradores differentes do mesmo navio, só pôde ser considerado legitimo adquirente o primeiro que houver effectuado a transferencia da propriedade no competente registro.
- 2 São por conta do comprador os riscos do navio desde a realisação da venda.

- 3 Passam para o comprador todos os encargos do navio ; com as preferencias estabelecidas quanto aos creditos privilegiados, cuja nota é inserta na escriptura da venda em seguimento do registro da embarcação : Cod. do Com. arts. 470 a 476. A omissão de algum desses creditos não isenta o comprador da respectiva responsabilidade ; apenas dá lugar á presumpção de má fé da parte do vendedor, o qual responderá pelo facto, civil e criminalmente : Cod. do Com. art. 766.
- 4 A venda e transferencia do navio, si o adquirente é estrangeiro, importa a retirada da bandeira nacional e archivamento da carta de nacionalisação na repartição que a expediu : dec. n. 2.304, de 1896, arts. 24 e 26.
- 5 O deposito da quantia sufficiente para pagamento das soldadas e despezas de reparação da equipagem ; conforme os respectivos contractos, e na falta destes pelos preços em vigor para taes serviços no porto da procedencia ; sem o que o capitão do porto, o inspector da alfandega, agente consular ou autoridade a quem competir o registro não consentirá na transferencia ou baixa no registro : Dec. n. 2.304, art. 25.
- 5) A transferencia do seguro, salvo estipulação em contrario : Cod. do Com. art. 676.

PERMUTA, DOAÇÃO, USUFRUCTO

103. Além da compra e venda ha outros contractos, pelos quaes se transfere a propriedade dos navios, *inter vivos* como sejam a permuta, a doação, o usufructo.

HERANÇA E LEGADO

104. Entre os títulos de transferir a propriedade do navio *causa mortis* estão a herança e o legado, observadas as modalidades especiaes definidas em leis e disposições regulamentares, quanto ás pessoas, condições instituídas, impostos e fórma legal.

PRESCRIPÇÃO

105. Ha duas especies de prescrição: a acquisitiva e a extinctiva ou liberatoria: fitam ambas a eliminação de relações jurídicas—*rei præscriptio*; o elemento — posse, que coopera na acquisitiva, é correlato da inercia que caracteriza a extinctiva.

Na prescrição acquisitiva predomina a força geradora, emquanto que na extinctiva seu modo de actuar é por via de consequencia, *ope exceptionis* (1).

A razão fundamental da prescrição acquisitiva assenta na conveniencia social que suggere Gaio (2), de fazer cessar a incerteza da propriedade: — *ne diutius in incerto essent*.

Queremos crer que, quando, um systema seguro do registro da propriedade, em sua omnimoda manifestação, poder assegurar a existencia certa e indisputavel da propriedade, a prescrição acquisitiva, perdendo sua razão de ser, será expungida das legislações civilizadas (3).

A prescrição opera-se pelo maior ou menor lapso de tempo.

(1) Conselheiro Lafayette—*Direito das cousas*, t. I, § 59.

(2) *Institutiones*, II, § 44.

(3) Vide Raoul de la Grasserie—*De la reforme hypothécaire*, p. 47.

106. Vejamos a que prescripção está sujeito o navio.

Não lhe é applicavel a prescripção dos immoveis, dez annos entre presentes e vinte annos entre ausentes, de que reza a Ord. do L. 4, tit. 3, § 1; por isso que, o navio não é bem de raiz; tambem não pôde o navio estar sujeito á prescripção dos moveis, da Instituta do L. 2, tit. 6 pr., de que falla Coelho da Rocha (1); porque, o navio não é mera cousa movel, mas movel *sui generis*, como ficou dito (2).

Em taes circumstancias, resta a prescripção extraordinaria de trinta annos, de que tracta a citada ordenação, por ser esta prescripção subsidiaria, como opina o Conselheiro Lafayette (3).

Confirma a exposta opinião o argumento tirado da disposição do art. 450 do Codigo do Commercio, que admite a prescripção trintenaria em favôr do que possui a cousa por successão, sem má fé.

107. O capitão jamais pôde adquirir por prescripção o navio do seu commando: é o que dispõe o art. 451 do Cod. do Comm.

108. Apesar de ser rara a hypothese da prescripção do navio; todavia, pôde dar-se a hypothese, sobre a qual já foram chamados a decidir os tribunaes da França: tractava-se da venda de um navio, condemnado por innavegavel, feita sem consentimento do dono nem do capitão: a venda era nulla e só a prescripção podia evitar a reivindicação do navio (4).

(1) Direito civil, t. II, § 462.

(2) Vide n. 66.

(3) Ob. cit. § 70.

(4) Vide Lyon-Caen et Renault t. 5, n. 161

109. O nosso Código não se refere expressamente a esta prescrição, dando assim lugar ás hesitações que também se dam na França, pelo mesmo motivo.

110. LEGISLAÇÃO COMPARADA :

O código commercial da Italia no art. 918 estabelece a prescrição de dez annos, para extincção da acção de reivindicção do navio, sem que se possa allegar ausencia de titulo ou de bôa fé, e a de cinco annos quando existe um titulo estipulado de bôa fé e devidamente transcripto sem vicio de fórma : excluindo a prescrição em favor do capitão.

Pelo art. 573 do cod. do commercio hespanhol a propriedade do navio se adquire pela posse de bôa fé por trez annos continuos com justo titulo devidamente registrado ; faltando qualquer destes requisitos, a posse por dez annos opera a transferencia da propriedade, não se tractando do capitão, em relação ao navio de seu commando, que em caso algum pôde invocar a seu favôr a prescrição.

O cod. com. do Chile no art. 828, exige para que se dê a prescrição do navio, que o adquirente, além da posse por dez annos, tenha bôa fé e justo titulo ; faltando este, só pôde ser invocada a prescrição de trinta annos : o capitão nunca adquire por prescrição o navio que commanda.

O código do Mexico no art. 1.046 estabelece que a acção de reivindicção do navio prescreve passados dez annos, mesmo no caso de não ter o possuidor justo titulo nem bôa fé : exceptuando o capitão.

O código comm. de Portugal no art. 487 diz que—a posse de um navio sem titulo de acquisição não importa propriedade.

SECCÃO II

MEIOS ESPECIAES DO DIREITO COMMERCIAL MARITIMO

111. Estes meios são :

- a) o abandono liberatorio,
- b) o abandono subrogatorio.

O primeiro destes meios realiza-se, quando o proprietario ou partes do navio, solidariamente responsaveis pelos prejuizos que o capitão causa a terceiros, por falta de diligencia na bôa guarda e acondicionamento e conservação dos effeitos recebidos a bordo, abandonam aos assim prejudicados o navio e fretes vencidos e por vencer na respectiva viagem : Cod. do Commercio, art. 494 (1).

O abandono subrogatorio tem lugar, quando o segurado abandona aos seguradores o objecto do seguro nos casos expressos no Codigo do Commercio, art. 753, para haver a indemnisação estipulada (2).

112. Em qualquer das duas especies de abandono, a propriedade do navio passa para terceiros.

SECCÃO III

MEIO DO DIREITO JUDICIARIO

113. A aquisição do navio pôde obedecer a causas especiaes, em que o consenso directo das partes não milite ; o

(1) Vide n. 214-2.

(2) Vide contracto de seguro maritimo.

que se verifica, quando a autoridade judiciaria intervem para effectuar a transferencia da propriedade do navio.

Um primeiro caso é quando o navio torna-se innavegavel e é como tal condemnado, sendo então avaliado e vendido em publico leilão : é a hypothese prevista no art. 531 do Codigo do Commercio, cabendo ao capitão promover os termos da venda, requerendo-a ao juiz competente : reg. n. 737, de 1850, arts. 358 e 359.

Além deste caso, sujeito á jurisdicção voluntaria do juiz competente, para mandar proceder ás diligencias necessarias, conducentes á venda do navio, occorre a penhora do navio e consequentes termos até á arrematação ou adjudicação do navio; actos estes da jurisdicção contenciosa.

114. Nas vendas judiciaes, em execução formal de sentenças proferidas em processo contencioso, são observadas as regras que governam as arrematações de bens de raiz : Codigo do Commercio art. 478, reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 art. 512 *in fine*, 531 § 3 ; e a arrematação solemnemente feita não se retracta : reg. n. 737 de 1850 art. 554.

115. Desde a data da arrematação extingue-se toda a responsabilidade do navio para com os credores, subsistindo sobre o preço, que, na censura de direito, succede no lugar da cousa ; todavia, si constar do registro do navio algum credito privilegiado, continuará em deposito do preço da arrematação, quanto baste para solução dos creditos existentes, em quanto não prescreverem ou não forem solvidos, salvo prestando-se fiança idonea. A contravenção a estes preceitos importa a nullidade do levantamento do deposito, cabendo ao credor privilegiado acção para haver o que lhe fôr devido por quem houver recebido o preço, além da indemnisação das perdas e

damnos, solidariamente extensiva ao juiz e escrivão que tiverem concorrido para tal inversão : Código do Commercio art. 477, reg. n. 737 de 1850 arts. 359 e 556.

SECÇÃO IV

MEIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

116. O meio de direito administrativo para transferir a propriedade do navio é a apprehensão.

A apprehensão tem lugar :

- a) quando o estrangeiro possui o navio brasileiro, no todo ou em parte : Código do Commercio art. 457, 2ª parte ; dec. n. 2.304 de 2 de Julho de 1896 art. 12 pr.
- b) quando se tracta de navio perdido pertencente a inimigo ou corsario ou de navio que der á costa : dec. n. 2.433 de 15 de Junho de 1859 art. 11 (1).

O navio que se achar nestas condições é arrecadado, inventariado, avaliado e levado á praça, sendo o producto da arrematação recolhido ao cofre dos depositos publicos. Si o navio poder ser aproveitado no serviço do Estado, poderá o governo mandar arrematal-o para tal fim : dec. n. 2.433 art. 12 (2).

(1) A Ord. do L. 2 tit. 32 § 1 estabelecia que era do primeiro occupante o navio perdido, mas foi revogada pelo alvará de 20 de Dezembro de 1713.

(2) O dec. n. 2.304 de 1896 no art. 12 pr. e §§ estabelece a competencia das autoridades fiscaes para apprehensão do navio brasileiro possuido por estrangeiro, devendo passar á disposição do juiz competente o navio, para serem intentados os competentes processos.

SECÇÃO V

MEIO DE DIREITO INTERNACIONAL

117. Este meio consiste no apresamento do navio feito segundo as regras do direito internacional.

A presa marítima supõe a guerra declarada e subsistente ; e pôde ser feita no mar alto ou nas aguas dos estados belligerantes.

A presa constitue, além disso, um caso de risco marítimo de que trataremos ulteriormente (1).

O Conselho d'Estado tinha competencia para julgar das presas : lei de 23 de Novembro de 1841 art. 7 n. 3 (2).

(1) Vide *infra* risco marítimo.

(2) Com a proclamação de 15 de Novembro de 1889 cessou de funcionar o Conselho d'Estado, que foi declarado abolido.

CAPITULO IX

ARRESTO DE NAVIOS NACIONAES E ESTRANGEIROS

118. Arresto é a apprehensão judicial de bens sufficientes para segurança da divida até final decisão da questão, já pendente ou que vae pender (1).

O principio que fundamenta esta medida é—quem se obriga, obriga o que lhe pertence; e, portanto, os bens do devedor são o commum penhor dos seus credores.

O arresto exorbita das regras geraes de direito; porque, por elle priva-se o possuidor, sem préviamente ser ouvido, dos commodos da posse; e por isso só nos casos expressamente declarados em disposições legaes é que essa providencia deve ser deferida (2).

Póde ser arrestado tanto o navio brasileiro, como o navio estrangeiro.

(1) Pereira e Souza, Primeiras linhas sobre o processo civil § 535.

(2) Vide Pereira e Souza ob. cit. § 536; Ord. L. 3, tit. 31, reg. n. 737 de 1850 art. 321 e seg.; dec. 848 de 1890 art. 216; lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894; Código, do Commercio arts. 479 e 483.

SECÇÃO I

119. Vejamos o que se dá com relação ao navio brasileiro.

No arresto do navio brasileiro cumpre considerar, antes de tudo, si elle se acha no porto de sua matricula ou fóra d'elle.

120. Em qualquer porto brasileiro póde ser arrestado o navio nacional, verificados os seguintes requisitos :

- 1 Havendo titulo de divida privilegiada ;
- 2 Estando o navio sem carga ou não tendo á bordo mais da quarta parte da lotação ;
- 3 Não se achando o navio com os despachos necesarios para poder ser declarado desimpedido, qualquer que seja o estado da carga ; salvo, entretanto, si a divida proceder de fornecimentos feitos no mesmo porto e para a mesma viagem : Codigo do Commercio art. 479, reg. n. 737 de 1850 art. 338.

No porto de sua matricula o navio póde ser arrestado, verificado :

- 1 A existencia de um titulo de divida não privilegiada ;
- 2 Qualquer dos casos em que os devedores são obrigados a prestar caução judicial ;
- 3 Já estando intentadas as acções competentes ;
- 4 Não tendo a bordo mais da quarta parte da sua lotação; salvo si a divida particular do armador houver sido contrahida para apromptar o navio para a mesma viagem e o devedor não possuir outros bens, com que possa pagar : Codigo do Commercio arts. 480 e 481.

SECÇÃO II

121. O navio estrangeiro surto em porto brasileiro, pôde ser arrestado por divida :

- 1 Contrahida no Brazil ;
- 2 Contrahida em utilidade do mesmo navio ou de sua carga ;
- 3 Proveniente de letra de risco ou de cambio, saccadas em paiz estrangeiro (Codigo do Commercio art. 651) e vencidas em qualquer logar do territorio brasileiro: Codigo do Commercio art. 482.

Fóra destes casos é inarrestavel o navio estrangeiro, ainda que esteja sem carga: Codigo do Commercio art. 482.

Releva ainda dizer que navio algum pôde ser arrestado nem penhorado na sua totalidade por divida particular do comparte ; é licito sim penhorar o valor de seu quinhão, sem prejuizo da navegação do mesmo navio, prestando os outros compartes fiança idonea, a requerimento do respectivo credor : Codigo do Commercio art. 483. Esta disposição é toante com o espirito que anima o art. 292 do Codigo do Commercio e os arts. 529, § 10 e 530 § 6 do reg. n. 737 de 1850.

122. O legislador difficultou o arresto do navio, como fica exposto, em attenção aos muitos interesses que actuaam sobre elle.

Com effeito, não fallando já no commercio em geral, que muito soffreria em si e nos seus beneficos influxos, si fosse facilitado o arresto dos navios ; especial contemplação não podiam deixar de merecer as momentosas e complexas relações juridicas que se elam aos que operam na vasta arena

do commercio maritimo, como carregadores, afretadores, tripulantes e muitos outros interessados, que veriam atrophiada a sua actividade industrial com a ampla permissoão do arresto.

Tem-se mesmo justificado a inarrestabilidade do navio estrangeiro, dadas certas circumstancias, pela conveniencia de attrahir navios de outras nações aos portos do paiz, que mostrando-se assim hospitaleiro, tem o intuito de desenvolver as relações maritimas.

Não tem faltado tambem quem profigue esses favores a navios estrangeiros, por importarem uma exorbitancia, qual a de subtrahir á acção dos credores uma parte dos bens que lhes serve de penhor.

Seja como fôr, a verdade é que maiores são as vantagens que resultam do commercio internacional, a cujo serviço estão os navios estrangeiros, do que a efficacia das medidas conservadoras dos direitos dos particulares em relação aos navios; pelo que, deixam de proceder as censuras feitas aos favores liberalisados menos ao navio estrangeiro do que á causa do progresso, que é a causa de seus prodigiosos vehiculos.

123. O arresto não pôde ser concedido, em regra, quando o seu dono é negociante matriculado e exerce a respectiva profissão: reg. n. 737 de 1850 art. 321 *in fine*, dec. n. 1.597 de 1 de Maio do 1855, art. 2 (1).

O arresto não se executa si o devedor paga *in continenti*, apresenta conhecimento do deposito da divida, dá fiador

(1) Uma decisão do Tribunal Civil e Criminal declarou que o dec. n. 917 de 1890 aboliu a prerogativa do negociante matriculado contra o embargo; Vide Revista de Jurisprudencia do Dr. Gabaglia n. V. de 1898 p. 319 e 312.

idoneo: reg. n. 737 de 1850, art. 325 §§ 1 a 3, Código do Commercio arts. 481 e 712.

O arresto fica sem effeito, si não fôr justificado no triduo seguinte ao da concessão, no caso do art. 323; ou si não fôr iniciada a competente acção no prazo de quinze dias: reg. n. 737, de 1850, art. 331, §§ 1 e 2.

Releva ponderar que a recusa do despacho ao navio, por parte da autoridade administrativa não é, nem pôde ser equiparada a arresto.

Assim tambem, em pleno mar não ha arresto, pela carencia de jurisdicção em suas livres aguas.

LEGISLAÇÃO COMPARADA :

124. O Código do Commercio da França, art. 197 e seguintes, permite, em certos casos, o arresto do navio, seguido de venda; tambem o da Hespanha, art. 584, o de Portugal, art. 491 e outros assim o autorisam.



CAPITULO X

NAVEGAÇÃO. INDUSTRIA NAVAL. PAPEIS DE BORDO.
DESPACHO MARITIMO

SECÇÃO I

125. E' provavel que o homem primitivo tivesse medo instinctivo da agua e não tentasse boiar senão agarrando-se a troncos de arvores e outras materias fluctuantes. Nos baixos relevos dos musêos europêos descobrem-se indicios de que os assyrios nadavam com o auxilio de pelles delgadas cheias de ar. As praticas de animaes aquaticos fluctuando e manobrando para dirigir a carreira; das serpentes, que, quando tentam atravessar ou transportarem-se a grandes distancias, rio abaixo, esperam que passe um tronco, sobre elle atiram-se, nelle enroscando-se, com a cabeça erguida e tendo a cauda por leme—parecem ter sido os mestres da navegação, a principio nas lagôas, depois nos rios e em seguida no mar. E' possivel que imprevidentes e desmemoriados selvagens, abandonando o primeiro instrumento, embora rudimentar, da navegação, por delle não mais carecerem, interrompessem 76

assim a cadeia do seu progresso: esta rapida synthese, haurida do que a este respeito escreve Estasén (1), deixa descortinar o primeiro tentamen, na noite dos primitivos tempos, em materia de navegação.

E' de presumir que de simplesmente costeira, servida pelos remos, os transportadores por agua se afoutassem a menos timidos commettimentos, especialmente quando a bussola foi descoberta e as leis phisicas, em lustral alliança com as leis astronomicas, depararam aos navegantes bases menos vacillantes, para outros emprehndimentos, servidos pelo vapor e pelos modernos instrumentos da industria naval.

SECÇÃO II

126. A industria naval divide-se em dous grandes ramos:

- a) a construcção dos navios,
- b) a armação dos navios.

De ambos estes ramos depende a existencia e desenvolvimento da marinha mercante.

Construir e armar navios são emprezas que se completam; si a construcção depende da armação dos navios; pois, elanguecem os estaleiros, quando a marinha não renova os seus aparelhos; assim tambem a prosperidade da construcção exerce bemfazeja influencia sobre a construcção e especialmente sobre as construcções das officinas do Estado, como bem adverte Cawvès. (2)

(1) *Derecho Mercanti'* ob. e l. citt.

(2) *Cours d'économie politique*, t. 2, n. 764. ob. cit.

Já Ulpiano (1) dizia : *ad summam rempublicam navium exercitio pertinet.*

Entre os modos pelos quaes os latinos adquiriam o *ius quiritium* contava-se a construcção do navio (2).

127. A construcção dos navios é objecto de uma industria que exige, além de tudo, quantioso capital (3); pelo que grandes sociedades commerciaes, especialmente sociedades anonymas, são organisadas para esse genero de construcções.

A armação dos navios é outro ramo de actividade industrial, considerada mercancia pelo art. 19 § 5 do reg. n. 737 de 1850.

128. A armação do navio comprehende :

- a) Os ajustes com o capitão e mais pessoas da tripulação ;
- b) A acquisição do material necessario para a expedição.

O armador póde ser dono ou comparte do navio, mas tambem póde ser terceiro, desde que um ou outro reuna as condições legaes.

129. Dentre as multiplas causas que determinam a solicitude legislativa em prol da marinha mercante, Lyon-Caen e Renault (4), assignalam as tres seguintes :

- 1 Os graves perigos que correm a fortuna e a vida dos homens, nas expedições maritimas; dahi a obrigatoria¹⁴

(1) Dig. L. 1 § 20 de *exercitoria actione* (14-1).

(2) Ulpiani *Fragmenta Libri regularum* tit. 3 ns. 1 e 6.

(3) Vide *supra* n. 85.

(4) *Traité de dr. comm.* t. 5 ns. 1 a 4.

intervenção do Estado, afim de acautelar e restringir os riscos aos mais circumscriptos limites ;

- 2 A conveniencia de favorecer o desenvolvimento da marinha mercante que immensos serviços presta a todas as industrias nacionaes ;
- 3 A defesa do paiz, pois, militam as mais completas relações entre a marinha mercante e a militar; sob o ponto de vista do material e pessoal ; sendo licito affirmar que a decadencia da marinha mercante pôde comprometter a marinha de guerra; por isso que, não só em casos de guerra os navios mercantes servem para conduzir tropas e munições, podendo mesmo ser transformados em navios de guerra, como tambem as pessoas de bordo da marinha mercante são utilizadas no serviço da marinha militar (1).

130. Da compenetração deste sentimento nasceram diferentes providencias, adoptadas pelas nações, para amparar os interesses da marinha mercante, salientando-se entre outras as do celebre *act of navigation* de Cromwell em 1651 na Inglaterra.

Foi somente no reinado de Carlos II pelo estatuto de 1660 que foi instituido o monopolio da marinha mercante da Inglaterra, estabelecendo-se então que toda a mercadoria, procedente de paizes extra-europeus ou das colonias só podiam entrar na Inglaterra por navios que tivessem o pavilhão inglez ou tripulados por inglezes.

Quasi pelo mesmo tempo, a Ordenança de 1629 tinha estabelecido na França o mesmo regimen do acto de navegação, sob a administração de Fouquet e de Colbert.

(1) Vide Dec. n. 447 de 19 de Maio de 1846 art. 68.

Mais tarde, quando a Inglaterra firmou a supremacia de sua marinha mercante, em 1849, foi que cessou de vigorar o celebre *act of navigation*.

A França, não seguindo estas praticas, tendo manifestado hesitações, teve em 1793 por um decreto da Convenção, de, com mais rigor, manter o systema anterior da Inglaterra, sendo proclamada a conveniencia do *act of navigation*; o qual modificado posteriormente, não deixa, todavia, de ser mantido quanto á cabotagem e á pesca.

131. Dous systemas rivaes estão em presença em materia de marinha mercante: o systema protector e o da assimilação dos pavilhões.

O primeiro destes systemas fita o desenvolvimento da marinha mercante, por meio de prohibições, de impostos elevados, de premios.

E' por esse systema que a cabotagem e a pesca têm sido prohibidas ao navio estrangeiro, que taxas aduaneiras fortes foram estabelecidas e sobre-taxas de pavilhão, premios a constructores e isenções de direitos.

No segundo systema, os navios estrangeiros são postos em certo pé de igualdade com os nacionaes.

A evolução tem-se operado no sentido de começar pelo systema protector e por meio de graduaes modificações chegar ao resultado da livre concorrência, da igualdade dos direitos.

No Brazil não tem havido systema assentado e seguido; porquanto, ao lado de limitações, quaes as concernentes á navegação de cabotagem de que tracta o decreto n. 2.647 de 19 de Setembro de 1860, foram estabelecidas as modificações da lei n. 1.177 de 9 de Setembro de 1862 e do decreto n. 3.631 de 27 de Março de 1866, estabelecenão a concur-⁷²

rencia estrangeira; vindo depois o decreto n. 5.585 de 11 de Abril de 1874, estabelecer regras sobre a marinha mercante nacional, a industria e construcção naval e o commercio de cabotagem.

Por ultimo, a constituição de 24 de Fevereiro de 1891 no art. 13, § unico dispoz que a navegação de cabotagem seria feita por navios nacionaes; veio logo após a lei n. 123 de 11 de Novembro de 1892 que, desenvolvendo o pensamento do art. 13, § unico da constituição citada prorogou por dous annos o cumprimento da promessa constitucional; segunda prorrogação, por mais dous annos foi decretada pela lei n. 227 A de 1 de Dezembro de 1894; terceira prorrogação, foi tentada, mas não passou e por isso foi expedido o decreto regulamentar n. 2.304 de 2 de Julho de 1896, que fixou o dia 5 de Dezembro desse mesmo anno para entrar em execução, o que nella está regulado.

132. A navegação está sujeita ás mesmas disciplinas legislativas, o que não obsta á classificação que para diferentes fins costuma fazer-se em navegação de longo curso e costeira. A navegação costeira subdivide-se em navegação de grande e pequena cabotagem.

Estas distincções, têm importancia sob o ponto de vista da arqueação, de certas exigencias aduaneiras e da inscripção maritima.

O decreto n. 447 de 19 de Maio de 1846, tratando da matricula dos que se empregam na vida do mar, parece adoptar a seguinte classificação da navegação: — da grande e pequena cabotagem e da viagem de longo curso.

O Codigo do Commercio falla de navegação de alto mar e em embarcações empregadas nas pescarias das costas (arts. 458, 460 e 468).

O decreto regulamentar n. 2.304 de 2 de Julho de 1893 tracta da navegação de cabotagem, que define ser a que tem por fim a comunicação e o commercio directo entre portos do Brazil, dentro de suas aguas e dos rios que percorrem o seu territorio (art. 2), e falla da navegação costeira, ou de costeagem, que é a que se faz ao longo da costa, dependente de observações astronomicas, calculos de pilotagem e marcação de cabo a cabo, confiada a official de nautica (art. 3).

O dec n. 3.334 de 5 de Julho de 1899 no art. 255 diz que navegação de cabotagem é a que tem por fim a comunicação e o commercio entre os portos nacionaes dentro das aguas destes e dos rios que percorrem o territorio brasileiro; e no art. 256 accrescenta— a navegação de cabotagem é executada ao longo da costa; si é de cabo a cabo, de porto a porto, sem perder terra de vista, resumindo-se a derrota de viagem na estima mais rudimentar, chama-se de pequena cabotagem ou costeira; si depende de observações astronomicas calculos de pilotagem, marcações, tal qual na navegação alta, recebe o nome de grande cabotagem.

O Codigo do Commercio, referindo-se a embarcações destinadas á navegação de alto mar, comprehende a grande e a pequena cabotagem, assim como a navegação de longo curso, que vai além dos portos brasileiros.

133. LEGISLAÇÃO COMPARADA:

O direito francez consigna as distincções de:

- a) navegação de longo curso que é a que excede dos grãos de latitude e de longitude traçados no art. 377 do respectivo codigo do commercio e leis posteriores.
- b) cabotagem, grande ou pequena, quando a navegação é feita entre portos da França.

c) navegação *au bornage*, de que resa a lei de 20 de Março de 1852, com exigencias limitadas, creada para facilitar a communicação de portos proximos por meio de embarcações de 25 tonelladas que não vão alem de quinze leguas maritimas.

Na Inglaterra, o *Merchant Shipping act of 1854*, regulando a marinha mercante considera empregado na cabotagem — *home trade ship*, o navio inglez que navega entre portos do Reino-Unido e ilhas delles dependentes ou que não ultrapasse as entradas do Elbe e Brest; o navio que navega além destes limites é considerado fazer navegação de longo curso — *foreign—going ship*.

SECÇÃO III

134. Nem um navio póde empregar uma viagem sem ter papeis de bordo.

Chamam-se papeis de bordo as peças que todo o navio deve ter e conservar a bordo durante a viagem, e são seis

- 1 o registro, titulo de sua nacionalisação,
- 2 o passaporte,
- 3 o rol da equipagem,
- 4 a guia ou manifesto d'alfandega,
- 5 a carta de fretamento e conhecimentos da carga, havendo-os,
- 6 os recibos das despezas dos portos d'onde sahir e impostos de navegação,
- 7 um exemplar do Codigo do Commercio e do dec. n. 3.334 de 5 Julho de 1899 como exigem o Cod. do Comm. ar. 166, e o dec. n. 3334 art. 278.

135. REGISTRO. Serve para provar a nacionalidade do navio e os seus encargos. E' de grande utilidade em casos de guerra e quando o capitão tem de contractar o empréstimo a risco marítimo; aproveitando, por isso, ás relações do credito marítimo.

136. PASSAPORTE. Sem o passaporte o navio não pôde sahir do porto. Seu fim é comprovar a identidade do navio e mostrar que o navio pôde usar do registro que possui.

137. ROL DE EQUIPAGEM OU MATRICULA. E' feito na capitania dos portos, nos arsenaes de marinha ou nas aliandegas—de seis em seis mezes; terminando sempre no fim do semestre de cada anno civil (dec. n.3.334 de 1899 art. 276) dependente da verificação da existencia a bordo de todos os recursos necessarios aos serviços de iluminação e signaes de pharóes, indispensaveis á segurança da navegação e salvação dos passageiros e carregamentos nos possiveis accidentes: dec. n. 2.304 de 2 de Julho de 1896 artigs. 27 a 31.

Seu fim é provar os ajustes sobre soldadas, a nacionalidade do pessoal de bordo e a existencia dos meio de segurança e salvação nas contingencias marítimas.

138. GUIA OU MANIFESTO DA ALFANDEGA E' a completa nomenclatura do carregamento do navio, é o resumo dos conhecimentos passados pelo capitão.

O capitão ou mestre de navio mercante, nacional ou estrangeiro, que demandar qualquer porto brasileiro habilitado para a importação, deve trazer um manifesto contendo as declarações exigidas pela Consolidação das leis das Alfandegas e Mesas de Renda (13 de Abril de 1894) art. 341.

O manifesto serve para os seguintes fins—verificar a cobrança dos impostos aduaneiros, impedir o contrabando⁶⁰ e auxiliar a estatística da importação e exportação.

139 CARTA DE FRETAMENTO E CONHECIMENTOS. Si ha contracto de fretamento e si ha mercadorias embarcadas, os respectivos instrumentos devem existir a bordo, porque só assim pôdem ser conhecidos os direitos e obrigações não só quanto ao fretamento, como quanto ás mercadorias que o capitão recebeu e deve entregar.

140 RECIBO DAS DESPEZAS DOS PORTOS DONDE SAHIR COMPREHENDIDAS AS DE PILOTAGEM, ANCORAGEM E MAIS IMPOSTOS DE NAVEGAÇÃO. Este documento mostra que o navio não está onerado por dividas, de cuja solução depende sua livre pratica.

141. UM EXEMPLAR DO CODIGO DO COMMERCIO E DO DEC. N. 3.334 DE 1899. A exigencia quanto ao Codigo é das mais justificaveis ; porque, como veremos mais tarde, em muitos casos cumpre conhecer a legislação do paiz do navio, que provoca conflicto de interesses, reclamando solução deante da lei do pavilhão; imprescindivel é, portanto, que exista a lei mercantil a bordo.

O proprio navio é muitas vezes theatro de relações de direito, regidas pelo Codigo do Commercio e outras disposições legais, muito cumprindo assim existir a bordo a lei que o capitão tem de applicar em certas conjuncturas, como opportunamente examinaremos.

O regulamento approved pelo dec. n. 3.334 de 5 de Julho de 1899 deve estar a bordo dos navios empregados na cabotagem; porque, ahi se encontram as disciplinas legais applicaveis.

142. O codigo commercial da França no art. 226 exige o titulo da propriedade do navio a bordo ; o nosso Codigo não faz essa exigencia, sendo certo que não se pôde obter registro

sem a exhibição desse documento, o qual o mesmo registro faz constar: art. 461—VI.

Tambem na França se exige o documento sanitario, o inventario, instrucções sobre fogos e o registro de punições.

Todas as legislações estrangeiras, pois, são acordes em exigir que a bordo dos navios existam livros e documentos tendentes a comprovar a identidade e nacionalisação do navio para os diferentes efeitos de direito.

SECÇÃO IV

143. Despacho ou passe é a habilitação do navio para qualquer navegação.

Nem uma embarcação póde sahir do porto em que estiver ancorada sem obter da repartição fiscal—o *passe* ou *despacho*; sob pena de multa de 100\$000 a 1:000\$000. Nova consolidação das leis das Alfandegas, art. 415.

Além disso, as fortalezas, os navios de guerra estacionados no porto ou em cruzeiro e os registros de entrada obrigarão o navio a retroceder, empregando força, si tanto fôr preciso: cit. art. 415 § unico.

Ao despacho ou passe da embarcação nacional devem preceder os documentos exigidos no art. 416 da citada consolidação.



CAPITULO XI

PROPRIEDADE SINGULAR E COLLECTIVA SOBRE O NAVIO.
RESPONSABILIDADE INHERENTE. MEIO DE OBVIAR ESTA
RESPONSABILIDADE PELO ABANDONO LIBERATORIO.

SECÇÃO I

144. O navio pôde pertencer a uma ou mais pessoas.

Na propriedade singular do navio, deve o dono de qualquer sexo e idade, ser brasileiro, como já fizemos vêr (1); e pôde ter a propriedade de todo ou de parte do navio.

Physicamente não se divide o navio, *qui navim dividit perdit*; mas, juridicamente sim; *individua est de facto, non de jure*; pois, no justo dizer de von Ihering (2), na copropriedade ha uma divisão atomistica da cousa ou, mais exactamente fallando, do conteúdo do direito.

(1) Vide ns. 69 e 72.

(2) *L'Esprit du droit romain*. Trad. de Meulenaere t. 3 p. 57.

No intuito de facilitarem-se operações sobre navios e regular as deliberações dos seus compartes, antigo uso estabeleceu a divisão ideal do navio em certo numero de partes aliquotas.

Assim, nas regiões do Mediterraneo, o navio, ordinariamente, era considerado dividido em 24 porções, — *quirats* — *carati*, susceptíveis, além destas, de outras subdivisões. No Oceano, essa divisão era feita em centesimos e millesimos.

Na Inglaterra, a propriedade do navio é dividida em sessenta e quatro partes (*shares*), não sendo admittido mais de sessenta e quatro pessoas, como co-proprietarios, a requerer registro de um navio. Ninguem pôde ter parte menor da sexagesima em um navio; cinco pessoas no maximo são consideradas como uma, para o fim de se apresentarem ao registro como compartes de uma das 64 porções, em que se divide o navio inglez (1).

Entre nós a pratica observada é a attestada [por Ferreira Borges (2), « damos ao navio um valor total, e essa é a unidade; e d'ahi dizemos que alguém tem um terço um quarto, uma metade, um oitavo, etc., desse todo ».

Quando o navio é de um só e legitimo dono, as relações de direito muito se simplificam, quanto ao seu livre uso, gozo e disposição; pertencendo, porém, a mais de um, complexas se tornam as respectivas relações.

O navio pôde pertencer a um ou mais donos e ser por outros armado e expedido; a armação e expedição de navios

(1) 43 e 44 Vict. c. 18 d. 2, 17 e 18 s. 104 s. 37; Thomas Brett — *Commentaries on the present laws of England* — 1891 — t. 1 p. 250; Stevens — *The Elements of Mercantile law* p. 321; Smith — *Mercantile law* p. 183.

(2) Diccionario juridico-commercial, vb. *Parceria*.

é acto de commercio por constituir mercancia: Cod. do Comm. art. 484, Reg. n. 737, de 1850 art. 19 § 5.

Quando o navio commum é explorado pelos compartes, em sociedade nautica, a administração dos interesses sociaes pôde ser confiada a um dos compartes, esse administrador é o que no direito estrangeiro se costuma chamar armador-gerente; pelos allemães conhecido como *Korrespondent-rheder*; e pelo nosso direito, como caixa.

Algumas vezes, o navio é objecto de um contracto de fretamento, sendo o afretador quem explora o navio, e neste caso é conhecido por — armador-afretador.

Da feição do armador-gerente ou armador-titular, tractaremos quando estudarmos a administração da parceria maritima e do contracto de fretamento.

Ainda que os compartes do navio fretem o seu navio a um armador, ou este o frete a terceiro, são sempre responsáveis os donos; porque estes devem escolher capitão idoneo, e só elles são conhecidos como terceiros; e ainda no caso de ser o capitão nomeado pelo armador, este o faz por delegação dos donos, aos quaes cômpe acção regressiva contra o armador pelos factos do capitão que elle nomeou (1).

145. A propriedade collectiva do navio pôde dar lugar a differentes situações juridicas; podendo ser objecto de:

- a) simples communhão,
- b) parceria maritima,
- c) sociedade commercial.

(1) Thiebaut — *De la responsabilité des propriétaires des navires et des armateurs*, n. 67

SECÇÃO II

COMMUNHÃO

146. A duas causas genericas se póde ligar a existencia da communhão: a) o quasi contracto e b) o contracto.

O exemplo mais frisaute da communhão, oriunda do quasi contracto, é a dos herdeiros, os quaes, na phrase do Alvará de 9 de Novembro de 1754, têm a posse civil com os effeitos da natural dos bens do *de cuius*: é a communhão de bens *pro indiviso*. E' tambem especie de communhão a situação jurídica em que se acham os donos ou armadores de um navio e os donos das mercadorias embarcadas em o mesmo navio, quanto aos riscos communs, a que ficam todos simultaneamente expostos e suas consequencias (1).

O contracto determina tambem a communhão da cousa, quando varias pessoas adquirem um objecto sem discriminação das partes adquiridas.

147. O navio póde achar-se em qualquer dos casos figurados; porque, póde ser objecto de herança ou legado, deixado a differentes pessoas, as quaes tambem podem adquirir, por contracto oneroso ou gratuito, um navio.

148. Affirma Pothier (2) que a communhão sem sociedade é uma especie de quasi contracto; mas, esta proposição não é exacta; por isso que, si algumas vezes assim póde ser, como nos casos figurados da herança e do legado, muitas outras vezes, o contracto póde dar lugar á communhão,

(1) Vids *infra* n. 17.

(2) *De la société*, n. 15.

como occorre quando varias pessoas convencionam adquirir e possuir, em commum, um objecto, o navio por exemplo.

A communhão só pôde existir, quando os interessados têm sobre o seu objecto direitos da mesma natureza ; assim que fôra inadmissivel a communhão entre proprietarios e meros usufructuarios, por isso que seus direitos são distinctos e independentes, não havendo entre elles a *indivisão* (1).

149. A communhão não se confunde com a sociedade, havendo, entre essas duas figuras juridicas, as principaes differenças seguintes :

1. A sociedade depende sempre da vontade das partes, traduzida em um contracto , a communhão nem sempre ; por isso que pôde determiná-la o acaso, a mera eventualidade, como no caso da successão *causa mortis: hæc voluntaria non est*, diz Cujacio (2), *quia re, non consensu, consistit*. D'aqui vem dizer-se que a communhão é uma situação de facto, passiva.
2. A sociedade commercial é uma pessoa juridica : não assim a communhão.
3. A sociedade, em sua actividade, visa um lucro para ser partilhado, a communhão não : é uma situação manente e transitoria.
4. O socio, em regra, não pôde substituir-se na sociedade nem livremente dispor da sua parte, sem consentimento dos outros socios : ao communista é licito fazel-o.

A communhão, pensa Baudry-Lacantinerie (3), é um estado visinho da sociedade, sendo differentes as con-

(1) Laurent — *Principes de droit civil* t. 10 n. 230.

(2) Obs. lib. 10 c. 25.

(3) *Precis de dr. civ. v.* 3 n. 800.

dições em que nascem, vivem e morrem : assim que, si o consentimento é elemento essencial da sociedade na sua formação, só o é accidentalmente na communhão; si a sociedade é um estado activo, com todos os seus labores e agitações, a communhão é um estado passivo, e longe de favorecer o desenvolvimento da riqueza, crêa embaraços á sua producção, é causa de processos : *discordias solet parere communio* ; pelo que, o código civil da França a limita a cinco annos (art. 815); finalmente, si a sociedade tem fim com a insolvabilidade, interdicção ou morte do socio, a communhão não soffre por taes acontecimentos.

150. Os direitos que cabem ao communista consistem no uso e gozo da cousa commum, sem prejuizo dos outros communistas ; pois todos têm iguaes direitos ; é-lhe licito fazer cessão de seu direito e acção sobre o navio commum, assim como de usar das medidas conservadoras de seu direito, correndo-lhe a obrigação de contribuir para a reparação.

151. A communhão cessa pela partilha, definida a parte que cada qual tem no navio.

SECÇÃO III

PARCERIA MARITIMA

152. Si para ser proprietario de parte ou de todo o navio, é indispensavel ser brasileiro; para armar e explorar o navio cumpre ser commerciante, além de brasileiro.

O uso commum ou a sociedade do navio é que o Código do Commercio, arts. 185, 486 e 491, chama parceria, sujeita

ao titulo XV da parte I com as limitações do titulo II da parte II.

De sorte que, o facto de haver compartes e quererem estes fazer do navio uso commum, importa a existencia de uma parceria maritima.

153. A parceria maritima tem uma feição especial ; nella vê Cresp (1) uma sociedade *sui generis*, com disciplinas proprias — *suis stat regulis*.

Com effeito, a parceria maritima não é uma sociedade em nome collectivo, porque :

- a) não tem firma ou razão social ;
- b) comquanto os compartes sejam solidarios a certos respeitos, como no caso do art. 494, em relação a outros não o são ;
- c) o comparte pôde dispor do seu quinhão, affrontando aos outros compartes do navio ;
- d) não é pessoa juridica.

A parceria maritima não é uma sociedade anonyma, porque :—

- a) sendo a sociedade anonyma uma sociedade de responsabilidade limitada e mais de capitaes do que de pessoas, differença-se assim da parceria maritima, que é formada de pessoas que contraem certas responsabilidades solidarias ;

(1) *Droit maritime annoté par Laurin*, p. 394

- b) o accionista não é individualmente accionavel, como o póde ser o comparte ;
- c) a sociedade anonyma obedece a preceitos especiaes, quanto á sua constituição, administração e dissolução, com os consecarios, que não são os que governam a parceria maritima ;
- d) a sociedade anonyma tem uma personalidade juridica, não assim a parceria maritima.

Tambem não é parceria maritima uma sociedade em commandita ; porque os elementos anonymo e solidario, que se combinam nesta especie de sociedade não explicam a natureza da parceria maritima ; o mesmo raciocinio póde ser empregado para demonstrar que a parceria maritima não reveste os caracteres da sociedade de capital e industria (Cod. Com. art. 317).

Semelhantemente, a parceria maritima não é nem póde ser uma sociedade em conta de participação (Cod. Com. art. 325) ; porque, o Codigo exige declarações muito formaes e inscrições em registros acerca dos nomes, nacionalidade e quinhões dos compartes no navio, o que não se compadece com a natureza da sociedade em conta de participação ; que só tem um socio ostensivo, sendo os outros occultos ; pelo que a considera Deloison (1) uma sociedade *ad intra*, sem existencia exterior.

Parceiros, compartes, quinhoeiros, eis como são conhecidos os que fazem parte da parceria maritima.

(1) *Traité des sociétés commerciales* ns. 552 e 553. O codigo commercial de Portugal art. 495 diz : — E' applicavel á parceria maritima o que fica disposto quanto ás sociedades em commandita e de conta de participação, consoante a forma por que aquella fór constituida, em tudo que não se opposer á sua natureza, salvo as disposições dos paragraphos seguintes...

154. No estudo da parceria marítima, examinaremos summariamente :

- a) a modalidade da sua existência ;
- b) a sua administração ;
- c) os direitos e obrigações dos parceiros.

155. MODALIDADE — A parceria marítima pôde ser formada :

- 1. entre armadores ;
- 2. entre armadores e a tripulação ;
- 3. entre armadores, tripolantes e carregadores (1).

156. I. Os armadores podem pôr em commum os respectivos interesses para lucro partilhavel.

Armadores são os que preparam o navio para a expedição.

Podem ser armadores os proprietarios do mesmo navio ; mas tambem estas duas qualidades podem estar separadas, o que se verifica quando o dono do navio faz com outros contracto de fretamento, sendo armadores os afretadores : é o que reconhece o Codigo do Commercio no art. 484.

O armador corresponde ao *exercitor* do direito romano, assim definido pela Instituta (2) *exercitor appellatur is ad quem cottidianus navis quæstus pertinet* : armador é aquelle a quem pertence a receita quotidiana do navio. Tambem podia, por direito romano, ser armador pessoa differente do

(1) Este modo de existir da parceria marítima foi consagrado no art. 494, § 1, do cod. com. de Portugal, conformando-se com a doutrina de Ferreira Borges no seu livro sobre a sociedade §§ 40, 42 e 44.

(2) L. 4, t. 7, § 2.

proprietario do navio; porque, dizia Ulpiano (1) *exercitorem eum dicimus, ad quem obventiones, et redditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit, sive a domino navem per aversionem conduxit, vel ad tempus, vel in perpetuum.*

O *exercitor* podia ser um filho-familia ou um escravo; cabendo contra o pae ou contra o senhor as acções oriundas contra o capitão do navio, preposto pelo *exercitor* (2) *in eum, in cujus potestate is erit. . . . judicium datur.*

Os armadores não acompanham o navio em sua expedição e por isso instituem o consignatario do navio, que é aquelle que é incumbido, como agente do armador, de provêr ás necessidades do navio no porto do seu destino.

O consignatario do navio representa o armador, de quem tem mandato, para tudo quanto entende com o navio, na ausencia do dono ou armador, no porto do destino ou de qualquer de suas escalas, apparelhando-o para a volta, fazendo adiantamentos.

A nossa legislação considera o consignatario investido de uma commissão mercantil, com qualidade sufficiente para ajustar fretamentos, fazer despezas extraordinarias, contrahir dividas, tomar dinheiro a risco, vender a carga em beneficio do navio, ser citado para as acções oriundas das dividas contrahidas em bem do navio, não estando presente o principal devedor (3).

A lei belga de 21 de Agosto de 1879 art. 44 prevê o caso em que, havendo diferentes exemplares de um conhe-

(1) Digesto L. 14, t. 1, fr. 1, § 15, *de exercit. act.*

(2) Digesto—l. 1, § 19—*de exercit. act.*

(3) Vide Cod. do Com. arts. 69, 513, 514, 515, 528, t. 1, art. 25, Reg. n. 737, de 1850, art. 48.

cimento, disputam diferentes consignatarios direito exclusivo sobre o seu objecto; em tal hypothese, o capitão do navio deve dirigir-se na Belgica ao Tribunal do Commercio e fóra desse paiz ao respectivo consul ou ao magistrado do lugar, para que nomeie um consignatario, que receba a mercadoria e pague o frete (1).

É conhecido o recommendatario do navio, instituido por seu capitão, preposto, no caso de desarmamento do navio, para a guarda e conservação do mesmo navio (2).

157. Tambem ha consignatario para o carregamento, de que adiante fallaremos.

158. II. A segunda especie de parceria é formada entre os armadores e os tripulantes do navio, tambem chamada—navegação a partes e quinhões no frete, a que allude o art. 553 do Codigo do Commercio.

Tem lugar esta parceria, quando os tripulantes deixam de receber soldadas fixas, pondo em commum a sua industria com os interessados armadores, com o fim de partilharem, em estipulada proporção, os lucros provenientes dos fretes ; assume assim a feição da sociedade de capital e industria.

159. III. A terceira especie de parceria maritima dá-se quando os armadores, os tripulantes e os carregadores põem em commum, os primeiros os seus interesses, os segundos a sua industria e os ultimos a sua mercadoria, expondo-as ás vicissitudes da navegação, fitandò a partilha dos lucros : é ainda a feição da sociedade de capital e industria que predomina

(1) *Pandectes belges* vb. *Consignataire*.

(2) *Laurin & Cresp Cours de Droit Maritime* t. 1 p. 145 ; *Ruben de Conder* vb. *Navire* n. 178.

mina. A esta parceria chamam os italianos — *contratto di colonna*; designando por *colonnista* o parceiro e por *colonna* o fundo social.

Ha tambem o contracto de pacotilha, pelo qual o tripulante em vez de receber soldada fixa, tem certo espaço (praça) no navio, do qual pôde usar, contractando com terceiro o transporte de mercadoria para vendel-a em determinado porto do destino ou escala, em proveito commum; chama-se pacotilha a mercadoria confiada por terceiro ao tripulante.

ADMINISTRAÇÃO DA PARCERIA

160. A parceria marítima é administrada por um ou mais commerciantes, denominados caixas, podendo ser partes ou não: Código do Commercio, arts. 484, 491 e 492.

O caixa representa em juizo e fóra delle — os interessados e os responsabilisa, salvo as restricções do contracto ou poderes do seu mandato, devidamente registrado: Cod. cit., art. 491. O registro deve ser feito no prazo de quinze dias a contar da data do instrumento: Cod. cit., art. 10 n. 2.

O caixa é conhecido no direito inglez e norte-americano — pela denominação *ship's husband*: marido da embarcação.

161. Ao caixa compete (1):

1. nomear, ajustar e despedir o capitão e mais officiaes de bordo;
2. dar ordens e fazer contractos relativos á administração, fretamento e viagens do navio;

(1) Cod. do Comm. art. 493.

162. O caixa é obrigado (1) a:

1. conformar-se com as instrucções do seu mandato ;
2. cumprir as deliberações da maioria dos compartes ;
3. prestar contas de sua gestão, no fim de cada viagem do navio ;
4. pagar sem demora o saldo liquido que a cada parte couber ;
5. responder pessoalmente para com os compartes pelo que praticar contra as instrucções e deliberações dos mesmos ; cumprindo notar que a approvação das contas do caixa, dada pela maioria dos compartes, não obsta a que a minoria intente contra elle as acções que lhe assistirem.

163. LEGISLAÇÃO COMPARADA :

Pelo codigo commercial de Portugal art. 495 § 1.º, em falta de nomeação, é caixa da parceria o capitão, si a parceria é feita entre o armadores e a tripulação ; si o fôr tambem com os carregadores, o maior interessado que estiver a bordo ou o seu commissario ; e, na falta de ambos, o capitão.

Os differentes codigos estrangeiros do continente europeu reconhecem no armador um mandatario, instituido pelos coproprietarios do navio, para gerir os interesses nauticos e para estar em justiça.

Na Inglaterra e nos Estados Unidos da America do Norte, os coproprietarios dos navios regulam por ajustes a administração dos seus interesses, cabendo á justiça resolver sobre as contestações entre interessados.

(1) Cod. do Comm., arts. 493 e 495.

164. DELIBERAÇÕES DOS COMPARTES. A maioria no valor dos interesses prevalece sobre a minoria dos parceiros, ainda que esta seja representada pela maioria numerica e aquella por um só, computando-se os votos na proporção dos quinhões; o menor destes é contado por um voto e havendo empate, decide a sorte, ou terceiro si de preferéncia os compartes confiaram-lhe a resolução da divergencia : Cod. do Comm. art. 486.

Dizer maioria é exprimir a necessidade de uma deliberação, e esta só pôde existir quando são ouvidos todos os interessados na parceria marítima.

Desjardins (1) inclina-se a pensar que a minoria deve sempre ser ouvida, invocando uma decisão da côrte de Caen, em 9 de Dezembro de 1861, digna de ser aqui contemplada; disse o tribunal : « por isso mesmo que o art. 220 exige o parecer da maioria é que esse artigo necessariamente suppõe e exige que se consulte a todos os compartes, dando-se lugar a que cada um delles exprima o seu parecer para que se saiba em que sentido se manifesta a maioria, porque é muito commum, em uma deliberação, que as opiniões de alguns depois se modifiquem por motivos adduzidos por outros ; e verdadeiramente não ha maioria esclarecida e definitiva senão depois que todos os interessados que entenderam dever se faser ouvidos, realmente o foram ».

Não é essencial a reunião dos interessados, o que a lei não exige, podendo por correspondencia manifestar seus votos, como opinam Lyon-Caen e Renault (2).

165. Discutem os commercialistas si a maioria deve prevalecer activa e passivamente, isto é, não só quando ella

(1) *Tr. de dr. comm. marit. t. 2 r. 24.*

(2) *Ob. cit. t. 5 n. 289.*

resolve que o navio sirva a seus fins, como quando quer que fique inactivo, conservando-se ancorado.

Alguns escriptores, como Cleirac, Kuricke, Straccha, Valin, Emerigon, ponderando que a navegação e o proveito della esperado são os intuitos dos compartes do navio, sendo além disso de interesse publico e nacional a navegação, concluem que deve preponderar o voto da minoria, quando esta resolve a navegação, em contrario ao voto da maioria : a lei 12 § 1 do Digesto *de usufructo et quemad.* e a Ordenança de 1681 serviam de fundamento a esta opinião.

No citado fragmento disse *Ulpiano* — *navis ad hoc paratur, ut naviget.*

A Ordenança de Agosto de 1681, liv., 2 tit. 8 art. 6 dizia: *Aucun ne pourra contraindre son Associé de proceder á la licitation d'un Navire commun, si ce n'est que les avis soient également partagez sur l'entreprise de quelque voyage* (1).

Com os citados escriptores concorda Cresp (2).

Outros divergem, distinguindo a deliberação visando a inactividade do navio por algum tempo ou para sempre.

Neste assumpto, as resoluções absolutas são insustentaveis; com effeito, circumstancias podem occorrer que aconselhem a conservação do navio ancorado no porto, para evitar perigos e prejuizos, como quando o logar a que se destinava o navio está bloqueado, é dizimado por epidemia mortifera ou nelle se dão graves perturbações oriundas da guerra civil, ou quando os fretes, tendo baixado muito, occasionem prejuizos á navegação. Em taes conjuncturas, o interesse *commun* pôde determinar a abstenção da navegação, e o voto da maioria, nessa conformidade, deve ser mantido.

(1) Vide Pardessus — *Collection de lois maritimes* t. I p. 356.

(2) Ob. cit. t. I p. 355.

166. E' possível que a maioria queira converter o navio em hospital, em moinho, em pontão; o caso aqui muda muito de figura; porquanto, si a parceria marítima tem por objecto a navegação do navio, não pôde este intuito ser modificado sinão pelo voto unanime dos parceiros; pois, a nem um é licito oppôr-se ao cumprimento da estipulação fundamental, como bem reflecte Desjardins (1), porquanto o principio é que a maioria pôde tudo, mas em sua esphera natural de acção, quando se tracta de provêr á exploração do navio. Mudar o objecto da parceria já não é administrar.

Consoante com esta doutrina é o nosso Codigo do Commercio, dispondo no art. 331 que a maioria dos socios não tem faculdade de entrar em operações diversas das convencionadas no contracto, sem consentimento unanime de todos os socios; nos mais casos, todos os negocios serão decididos pelo voto da maioria, computada pela fórma prescripta no art. 486.

167. Si a maioria dos compartes entende que o navio precisa de concertos, os divergentes são obrigados a vender seus quinhões aos outros compartes, estimando-se previamente o preço, antes que comecem os concertos; si os compartes em maioria não quizerem comprar, proceder-se-ha á venda em hasta publica: Cod. Com., art. 487, Reg. n. 737 de 1850, arts. 358.

A estimação dos concertos é determinada por arbitramento, escolhendo cada uma das partes o seu arbitrador, salvo si houver accôrdo em nomear-se um só; Reg. n. 737 de 1850, arts. 189 e seguintes.

Si é a minoria que entende que o navio carece de concertos e a maioria oppõe-se, é direito da minoria requerer

(1) Ob. cit. t. 2 n. 328.

uma vistoria judicial ; e si desta resultar a necessidade dos concertos, para estes devem contribuir todos os compartes : Codigo do Commercio art. 488. A fórma de processar a vistoria está prescripta no Reg. n. 737 de 1850, arts. 209 e seguintes.

168. Qualquer parte pôde vender o seu quinhão ; deve, porém, affrontar aos outros parceiros, aos quaes cabe a preferencia em igualdade de condições, mediante pagamento á vista ou deposito em pagamento, no caso de contestação : Cod. do Comm., art. 489, Reg. n. 737 de 1850, art. 393 e seguintes.

Póde a maioria resolver a venda, só restando á minoria o direito de exigir que a venda se faça em hasta publica : Cod. do Comm., art. 489 *in fine*, Reg. n. 737 de 1850, art. 358.

169. Qualquer parte tem o direito de preferencia no afretamento do navio commum em relação a terceiro ; si mais de um parte pretender o mesmo afretamento, terá preferencia o que maior interesse tiver no navio, si o interesse fôr equal, decidirá a sorte, sem que se varie de destino na viagem determinada pela maioria : Cod. do Comm., art. 490.

170. Discutem os escriptores si é admissivel o seguro, quando a maioria o quer e a minoria oppõe-se.

O seguro passivo, o que contracta o segurado (1), é um acto de conservação, a cargo de quem administra bens alheios, salvo clausula em contrario ou não tendo fundos sufficientes. Isto posto, não ha como excluir das obrigações do caixa — a de fazer segurar o navio, objecto da expedição⁹⁰ sob sua gerencia.

(1) Vide Contracto de seguro.

171. Si o caixa tem instrucções para não contractar o seguro, será licito á maioria fazel-o?

A exclusão do seguro neste caso é uma deliberação da maioria, que deve ser cumprida, tanto mais quanto ao com- parte é licito fazer segurar o seu quinhão (1).

172. Não discutiremos si é licito á maioria hypothecar o navio, visto que entre nós não existe a hypotheca mari- tima (2).

173. Será licito onerar o navio?

Em casos muito especiaes, o capitão pôde onerar o navio, com elle garantindo o dinheiro a risco que receber de terceiro, si o capitão tem qualidade para assim proceder, quando não tem fundos e não estão presentes os donos do navio, ou os seus representantes, como é expresso nos arts. 515 a 518 do Codigo do Commercio; não se pôde duvidar da validade desse acto, nas condições previstas pela lei.

174. Pôde-se dar a hypothese de, nas deliberações dos compartes, não haver maioria, e sim empate, neste caso é a sorte quem decide, salvo si a terceiro os com- partes confiarem a decisão, como já ficou dicto (3).

175. E' objecto de divergencia, si a deliberação da maioria pôde ser por ella revogada.

Em these, a negativa não pôde ser posta em duvida. Isto, porém, não quer dizer que averiguada a variante da mudança das circumstancias, dadas as quaes, foi tomada uma deliberação pela maioria dos compartes, estes não possam

(1) Berdarride — *Du commerce maritime* n. 328; Bravard-Veyrières *ann. et completé par Ch. Demangeat Traité de Dr. Comm.* t. 4 p. 167.

(2) Não obstante o errado texto do art. 15 g. do dec. n. 848, de 1890 que falla em hypotheca maritima que a legislação vigente não reconhece.

(3) Vide o n. 164 e o art. 486 do Cod. do Comm.

adoptar outro alvitre, o que não é propriamente revogar a deliberação tomada; visto que, na realidade, como observam Lyon-Caen e Renault (1), não ha verdadeira retracção da resolução da maioria sinão quando a situação não soffreu modificações. Com effeito, imagine-se uma viagem deliberada para um lugar, o qual posteriormente foi bloqueado, ou no qual se declarou uma epidemia dizimadora, não é retractar a deliberação tomada, variar de resolução pelos motivos que actuam e não eram antes conhecidos; não é contravir a direitos adquiridos, como pensam alguns escriptores.

Só pôde constituir acto irreductivel, o resultado de convenção ajustada, de deliberação legalmente tomada, que no dizer de varios commercialistas, conta-se como uma das condições sociaes e um direito adquirido (2).

SECÇÃO IV

RESPONSABILIDADE DOS COMPARTES PARA COM TERCEIROS

176. Os compartes respondem solidariamente para com terceiros :

1.º pelos actos do caixa, nos limites do instrumento social e mandato: Cod. do Comm. art. 491 ;

(1) obr. cit. t. 5, n. 291.

(2) Vide Bedarride — *Droit Commercial maritime* t. I ns. 335 e 350 Alauzet — *Comment. du code de commerce* t. 4 n. 1.737. Bravard-Veyrières — *Traité de droit commercial* t. 4 pag. 173. Desjardins *Traité de droit comm. marit.* t. 2 n. 331.

2.º pelas dividas que o capitão contrahir para concertar, habilitar e aprovisionar o navio, provado que as quantias recebidas foram effectivamente empregadas em beneficio do navio, não aproveitando aos compartes a allegação de excesso de poderes do capitão: Cod. Comm. arts. 491 e 517 ;

3.º pelos prejuizos causados a terceiros por falta de diligencia do capitão do navio no recebimento dos effectos recebidos a bordo, sua bôa guarda, acondicionamento e conservação: Cod. Comm. arts. 494, 2ª parte e 519.

Nas tres cathogorias de causas da responsabilidade dos compartes, em relação a terceiros, destacam-se duas entidades differentes, como agentes de actos, que acarretam a responsabilidade solidaria dos compartes do navio, objecto da parceria maritima: o caixa e o capitão.

Si o caixa representa a parceria e responsabilidade os interessados, na medida das estipulações escriptas e registradas, como dispõe o art. 491 do Codigo ; é manifesto que terceiros, que contractam com o caixa é como si contractassem com os compartes : *qui facit per alium, est perinde ac si faciat per se ipsum.*

E não só respondem os compartes pelos actos do caixa, como fica dicto, mas tambem são responsaveis pelos actos do capitão, que representa os donos do navio em certas circumstancias, *propter navigandi necessitatem* ; em relação ao que, pôde-se ainda hoje repetir, com Desjardins (1), esta phrase de Peckius no seculo XVI — o preponente parece dizer em voz alta e intelligivel «eis o meu preposto, com elle contracte quem quizer ».

(1) Ob. it. t. 2 n. 264

Releva notar que si os compartes do navio não respondem pelos actos do armador-afretador ; todavia, o navio fica obrigado, e portanto seus donos, pelas dividas contrahidas por esse armador ou pelo capitão para prover as necessidades do navio (1).

177. Temos assim estudado a parceria maritima, na sua existencia legal, na varia modalidade de sua actividade, nas relações juridicas que se estabelecem entre os compartes e entre estes e terceiros, sob o influxo do direito suppletivo, que o Codigo do Commercio formulou no titulo 2º da parte 2ª.

SECÇÃO V

SOCIEDADE

178. A construcção e a exploração do navio póde tambem ser objecto de sociedades commerciaes nacionaes, (2) com estipulações inspiradas pela vontade das partes contractantes, sob o regimen formal que o Codigo delineou no tit. 14 da parte 1, e permittiu no art. 485. Então já não se tracta da sociedade nautica *sui generis*—parceria maritima, mas sim de uma aggremação mercantil, constituindo uma pessoa juridica, subordinada aos preceitos que regem as sociedades commerciaes, salvo as limitações a que se refere o citado art. 485.

Assim que, si tracta-se de constituir uma sociedade em nome colectivo, ahi estão as regras dos arts. 315 e 316 do

(1) *Pandectes belges* vb. *Armateur* § 1 n. 10

(2) Vide decreto n. 2.304 de 2 de Julho de 1896 art. 5 § 2

Codigo para mais particularmente serem consultadas ; si pretende-se fórmar uma sociedade commanditaria simples, o Codigo nos arts. 311 a 314 contém os preceitos mais especialmente attinentes a essa especie de sociedade.

Quer-se fórmar, por ventura, uma sociedade por acções, ahi está o seu mechanismo na lei n. 3.150 de 4 de Novembro de 1864 e todas as disposições que se lhe seguiram, para orientar a sua estrutura e funcção.

E' uma sociedade de capital e industria que se tem em proposito organizar, o Codigo nos arts. 317 a 324 suggere o molde.

E além das regras especiaes á formação de cada uma destas sociedades, ha ainda a consultar os principios directores, prefixados no Código, quanto ás attinencias juridicas dos direitos e deveres dos socios, o modo de expressal-os em escripturas e registros, os termos da dissolução e liquidação dos differentes contractos sociaes. Releva porém advertir que todas essas relações, geradas no dominio da vontade livre, encontram as limitações que a legislação estatuiu, tendo em vista a especialidade do genero particular da exploração maritima, cujo eixo maximo é o navio, objecto da mais complicada significação juridica (1).

Respeitadas estas limitações, é livre a faculdade de contractar qualquer das sociedades commerciaes — em nome colectivo, commanditaria, por acções, de capital e industria, conforme os respectivos preceitos legaes.

Exceptuamos a sociedade em conta de participação, porque este genero de sociedade não se accomoda com as exi-

(1) Vide *supra* n. 67.

gencias da nossa legislação, especialmente quanto á individuação do dono do navio, no seu quinhão, no seu titulo, na sua nacionalidade e no seu domicilio, como já fizemos vêr (1).

De sorte que, si sobre o uso commum do navio se formou uma sociedade mercantil, das permittidas pelo código e dec. n. 2.304 de 1896 art. 5º § 2º, cessa a parceria marítima, é este o conceito do § 489 do código Allemão, quando diz: «as disposições relativas ao armamento collectivo rñeberei — não diz respeito ao caso em que o navio pertence a uma sociedade de commercio».

SECÇÃO VI

DISSOLUÇÃO DA PARCERIA E DA SOCIEDADE COMMERCIAL

179. A parceria cessa pela retirada do comparte, vendendo a terceiros a sua parte, depois de affrontar aos outros parceiros: Cod. do Commercio art. 489.

180. Quando o uso do navio é objecto de uma sociedade mercantil, daquellas que se compadeçam com a indole da exploração marítima, a dissolução e partilha ou liquidação social depende das fórmulas peculiares, estabelecidas na legislação vigente.

(1) Vide *supra* n. 144.

SECÇÃO VII

ABANDONO LIBERATORIO

181. Para attenuar os effeitos da responsabilidade que sopesam os proprietarios de navios, o direito instituiu o abandono liberatorio.

Accrescentamos o qualificativo — liberatorio, — com de Courcy (1), a esta especie de abandono do navio e fretes, para fazer desaparecer a synonymia com o abandono, que denominamos subrogatorio, permittido ao segurado no contracto de seguro maritimo, do qual adiante tractaremos (2).

182. O direito romano não conhecia o abandono liberatorio: a leitura do titulo *de exercitoria actione* do Digesto (3) disto convence.

Esse direito admittia o abandono noxal: o pae de familia ou o senhor do escravo deviam abandonar o filho ou o escravo ao offendido pelo delicto por elles praticado (*noxæ dare*), si não preferissem indemnisar o damno oriundo do delicto; era uma das fórmas da vingança privada do antigo direito (4).

Vimos que os Romanos empregavam como armadores os filhos familias e os escravos (5); e, portanto, só quando o filho familia ou escravo delinqua, no exercicio desse mister, é que ao pae ou ao senhor era dado abandonar o delinquente ao lesado, para que do delinquente auferisse o maior serviço

(1) *Questions de droit maritime*, t. 3 p. 85.

(2) Vide o capitulo sobre seguros.

(3) L. 14, tit. 1.

(4) Vide von Ihering — *L'esp. du dr. romain tr. par Meulenaere* t. I p. 132.

(5) Vide n. 156.

economico de que fosse susceptivel; o abandono não tinha lugar, quando o armador não estava sujeito ao poder de outrem (1); de sorte que, si pôde haver uma origem remota do abandono liberatorio, na prisca figura juridica da *noxæ deditio*, erraria quem filiasse o abandono liberatorio, em sua desenvolução logica, á creação romana.

183. A genese desta instituição data da idade média. A lei maritima conhecida por *Consolato del mar*, no capitulo 182, obrigava os compartes a pagar o valor das mercadorias damnificadas por falta de apparelhos do navio, ate o valor deste—*los personers no son tenguts deres esmenar, sino la part que hauram en la nau, que altres bens no* (2).

Sustentam alguns escriptores que o abandono filia-se ao contracto conhecido no seculo X ou XI sob a denominação de *commanda*, nas costas do Mediterraneo; consistindo no seguinte:—alguem, o *commendator, accomendator, capitaneus ou commandans*, confiava a outrem, de ordinario um capitão de navio, que era *commandatarius, commandarius, accommandatarius*, valores para serem mercantilmente explorados, não respondendo o *commandans* além da importancia dos valores confiados (3).

O abandono foi consagrado na grande Ordenança franceza de Agosto de 1681 l. 2 c. 8 art. 2; e dahi passou para muitos dos codigos do commercio de diferentes nações.

184. Varios motivos são invocados para justificação do abandono, que seguimos a referir:

1. E' certo que o capitão representa o dono do navio, como seu mandatario; e, portanto, os factos do capitão⁹⁴

(1) Dir. L. 14 t. I frg. 1 § 15 de exercit. act.

(2) Vide Pardessus—*Collection des lois maritimes* t. 2 pag. 206.

(3) Vide—Lyon-Caen e Renault ob. cit. t. 2 n. 449, t. 5 n. 198.

empenham a completa responsabilidade do seu preponente. Mas tambem é sabido que os actos do capitão, praticados em pontos muito afastados e longe das vistas do dono do navio, escapam á vigilancia deste, quasi sempre, difficultando-lhe assim os meios de acudir em tempo para acautelar a propria responsabilidade.

2. O dono do navio não tem a livre escolha do capitão, o qual é nomeado dentre os que são julgados idoneos, mediante provas de capacidade exigidas por lei, o que concorre para attenuar a responsabilidade em que incorre pelos actos do capitão.

3. O temperamento do abandono anima as expedições maritimas; pois, deante da responsabilidade illimitada dos donos do navio pelos actos do capitão, a escassez dos navios se manifestaria e os fretes encareceriam, em detrimento do commercio e seus prodigiosos beneficios.

4. O abandono foi instituido para preservar a fortuna de terra dos proprietarios dos navios.

185. Por outro lado, tem-se combatido o abandono liberatorio, com as seguintes razões:

1. O abandono liberatorio prejudica o desenvolvimento da marinha mercante, porque restringe o credito maritimo; pois, ninguem se afoita facilmente a confiar valores a emprehndimentos maritimos, sabendo que os devedores podem livrar-se inteiramente da responsabilidade de operações livre e licitamente consentidas, abandonando liberatoriamente o navio e fretes.

2. A limitação da responsabilidade dos proprietarios dos navios, afugenta os carregadores, os quaes procuram navios cujos donos não tenham a faculdade do abandono.

3. O abandono liberatorio tanto menos accetivel deve ser, quanto é permittida a formação da sociedade anonyma, cuja responsabilidade é limitada; tornando assim inutil a limitação que se contém nessa especie de abandono.

186. Bem ponderadas as rasões adduzidas para sustentar e impugnar o abandono liberatorio, são em favor desta instituição os argumentos decisivos.

Com effeito, a armação e expedição maritima tem por base o patrimonio maritimo que não se confunde com o de terra, destinados ás especulações do commercio de terra e aos differentes fins da vida puramente civil (1).

Todos, pois, que contractam com os armadores e especuladores do commercio maritimo, em geral, devem contar com os elementos privativos desse genero de industria ; jamais sendo licito tornar responsavel o patrimonio ou fortuna de terra pelas aventuras do commercio maritimo, assim como o patrimonio de mar não é oneravel pelas vicissitudes do de terra, na permanencia das respectivas actividades.

Além disso, pelo facto de ser adoptada pela grande generalidade das nações cultas o abandono liberatorio, nem por isso o credito maritimo deixou de existir e expandir-se.

Accresce que, o seguro maritimo ainda na hypothese da barataria do capitão, excepto quando feito pelo proprio capitão (Cod. art. 711 § 12), corrige as incertezas das especulações maritimas, no que possa affectar o credito maritimo.

Assim que, independentemente do emprego das sociedades anonymas na armação e expedição dos navios, sujeitas como são a tão complicadas exigencias de fórmas e complexo machinismo de seu funcionamento, o abandono liberatorio⁴⁵

(1) Vide *infra* n. 202.

em vez de atrophiar, activa a multifaria industria maritima; do que dá irrecusavel testemunho o perpassar de tantos seculos, que essa pratica tem atravessado.

187. O congresso internacional de direito maritimo de Genova, que se reuniu em 26 de Setembro de 1892 e encerrou-se em 7 do mez subsequente adopta sobre o navio, sob o ponto de vista que nos occupa, certas resoluções que convem aqui ser lembradas ; foram ellas as seguintes (1):

O navio é uma pessoa juridica, com uma responsabilidade limitada até á importancia de seu patrimonio : deste fazendo parte o preço do seguro.

Ao armador pertencem a gestão e a representação tanto activa como passiva do navio. Armador é o proprietario ou o que fôr nomeado pela maioria dos compartes do navio ; devendo o titulo de sua nomeação constar dos registros maritimos ; é de sua obrigação observar as fórmulas estabelecidas pela lei do lugar para todos as obrigações concernentes ao navio.

Não estando o navio em condições de satisfazer seus compromissos, o armador sob sua responsabilidade é obrigado a apresentar á autoridade competente do logar em que o navio está inscripto o balanço do activo e passivo do navio e promover os termos de sua liquidação de accôrdo com as leis do lugar ; competindo a essa autoridade convocar os credores e nomear um administrador ;

(1) Vide *Bulletin mensuel de la société de législation comparée* n. 1 Janvier 1893, pag. 82.

podendo a liquidação ser requerida por qualquer credor.

As pessoas de bordo perdem o direito ás suas soldadas no unico caso de ser provada falta ou negligencia de sua parte.

Os adiantamentos e empréstimos devem constar dos conhecimentos.

188. Estas resoluções mereceram fundadas criticas, por comprometter o credito maritimo, além de transformar noções de corrente aceitação em anomalias singulares, como seja a de considerar o decto do navio representante deste, que passa á cathegoria de pessoa moral (1).

NATUREZA DO ABANDONO LIBERATORIO

189. O abandono liberatorio é derogatorio do principio geral de direito, segundo o qual, quem se obriga, obriga o que é seu e por isso os bens do devedor são o commum penhor dos seus credóres (2); portanto deve ser entendido restrictamente.

190. O abandono é de ordem publica? Estão em discordancia os escriptores; entretanto, muito importa assentar a feição juridica do abandono liberatorio a este respeito, por que de sua exacta noção decorrem corollarios praticos de saliente valor.

(1) Vide as observações de Fromageot no *Bulletin* citado e de Lyon Caen e Renault no *Traité* cit. t. 5 n. 267 bis.

(2) Cod. civ. da França arts. 2.092 e 2.093; da Italia art. 1.949.

Com effeito, si o abandono é de ordem publica, elle não pôde ser renunciado, nem sobre elle são admissiveis pactos; pois, *jus publicum privatorum pactis mutari non potest* (1). Si, porém, se entende que não é de ordem publica, então é licito renuncial-o ou modifical-o, na medida da conveniencia das partes contractantes: *regula est juris antiqui omnes licentiam habere, his, quæ pro se introducta sunt, renuntiare* (2), verdadeira consagração do corrente aphorismo—*invito beneficium non datur* (3).

Vidari (4) tem como certo que o abandono liberatorio é de ordem publica; porque, o escopo do favor que a lei concede ao proprietario do navio é o de tutelar, tanto quanto possivel, os interesses do commercio e de provêr á sua segurança, argumentando — com a disposição do art. 1.153 do codigo civil da Italia, que declarando responsaveis os patrões e committentes pelos actos de seus agentes, não diz, nem deixa lugar a entender-se, que por pactos se possa subtrahir a quem a tal obrigação e—com o codigo do commercio admitindo o abandono; accrescentando que a renuncia desta providencia seria immoral, por dar lugar a conluio com o capitão, em damno de terceiros.

Lyon-Caen e Renault (5) sustentam que o abandono liberatorio não é de ordem publica; mas, accrescentam — cumpre evitar um equivoco: si o direito de fazer abandono do navio e do frete não é de ordem publica, é-o a faculdade de gosar deste direito, quanto aos navios francezes; cujos

(1) Dig. l. 38 *de pactis*; l. 45 *de regulis juris*, cod. civ. da França art 6º.

(2) Cod.—l. 29 *de pactis*.

(3) Dig. l. 69 *de regulis juris*.

(4) *Corso di Diritto Commerciale* t 5 n. 2.906.

(5) *Traité* t. 5 ns. 255 e 263.

proprietarios não podem ser privados dessa faculdade sem seu consentimento ; tendo sido decidido que uma sentença estrangeira, que recuse essa faculdade ao dono de um navio francez, não merece *exequatur*. Os citados escriptores accrescentam que o dono do navio que voluntariamente obriga-se por sua fortuna de terra em rasão dos factos do capitão, tinha ao menos a possibilidade de aproveitar-se da disposição legal que restringe suas obrigações á sua fortuna fluctuante ; si disso não se aproveita é porque não quer, mas, é privado, sem seu consentimento, de uma faculdade que a lei franceza assegura áquelle, a quem um julgado estrangeiro recusa o direito de abandonar, fundado, como é, esse direito em motivos de interesse geral, qual o de desenvolver a industria naval da França.

191. O abandono liberatorio pertence ao quadro das instituições do direito privado : os donos de navios brasileiros, assim comô de navios estrangeiros, têm direito ao abandono, assegurado por quasi todas as nações civilizadas.

O legislador brasileiro, como o de outras nações, definiu o que deve ser entendido como navio nacional, que favores o amparam ; porque vae nisso o interesse da marinha mercante que tantas affinidades entretem com a marinha de guerra e, portanto, com o magno problema do interesse publico ; mas, estabelecidas as condições legaes, em que é licito construir, armar e expedir navios, o mais respeita ao interesse privado, sob o dominio da respectiva legislação.

E' insustentavel, portanto, a distincção que fazem os notaveis commercialistas entre o direito do abandono e o seu goso, na opinião que manifestam.

Estamos longe de confundir o goso com o exercicio de um direito qualquer : o goso diz respeito ao direito em si,⁴⁷

é a faculdade que a lei consagra, é a aptidão jurídica; o exercício concerne ao facto, reclama uma capacidade de facto; o individuo, desde a sua concepção, tem direitos; mas o seu exercício depende de certas condições, como a da maioridade, da sanidade mental, etc. (1).

No assumpto, o dualismo—goso e exercício não explica a theoria de Lyon-Caen e Renault.

O que é de interesse publico é o que entende com a figura jurídica — navio nacional; desde que, o navio entra no mundo das explorações do commercio marítimo, só ha interesses privados, em seu incessante revolultear, sujeitos ás respectivas disciplinas legaes.

Ha conflictos de interesses no vasto campo do commercio internacional, é certo, tornando complicada a applicação da lei que deve regular as possiveis contestações; mas, esses conflicts de interesses, a diversidade das leis do pavilhão dos differentes navios de diversas nacionalidades, não desnaturam a indole do abandono, para no seu exercício, transformal-o de instituição privada em criação de ordem publica: as regras do conhecido direito internacional privado ahí estão, quando não haja tractados, para auxiliarem as decisões que as contestações reclamarem; sem que seja preciso estabelecer o alludido dualismo e no exercício do abandono assentar um principio de ordem publica.

As praticas do commercio marítimo assim o deixam vêr claro, pelo facto de serem commummente insertas, nas cartas-partidas e nos conhecimentos, clausulas, isentando os proprietarios de navios da responsabilidade pelas faltas do respectivo capitão, mero exercício de um direito privado.

(1) Laurent — *Principes de droit civil* t. 1, n. 319.

ACTOS QUE DÃO LOGAR AO ABANDONO LIBERATORIO

192. O assento da materia, no direito patrio, é o art. 494 do Codigo do Commercio, que diz :

«Todos os proprietarios e compartes são solidariamente responsaveis pelas dividas que o capitão contrahir para concertar, habilitar e aprovisionar o navio, sem que esta responsabilidade possa ser illidida, allegando-se que o capitão exceden os limites das suas faculdades ou instrucções, se os credores provarem que a quantia pedida foi empregada a beneficio do navio (art. 517).»

Os mesmos proprietarios e compartes são solidariamente responsaveis pelos prejuizos que o capitão causar a terceiro por falta da diligencia que é obrigado a empregar para a bôa guarda, acondicionamento e conservação dos effeitos recebidos a bordo (art. 519). Esta responsabilidade cessa, fazendo aquelles abandono do navio e fretes vencidos e a vencer na respectiva viagem.

Não é permittido o abandono ao proprietario ou comparte que fôr ao mesmo tempo capitão do navio.

O transcripto art. 494 contém duas ordens distinctas da responsabilidade dos proprietarios e compartes de navios, quanto ás suas causas determinantes.

Em uma primeira categoria, figuram os contractos feitos pelo capitão, visando a utilidade do navio ; presumindo-se no capitão um mandato *ad omne illud sine quo navigatio expediri*⁸⁸

non poterat, na phrase de Loccenius (1); em taes contractos, a responsabilidade solidaria dos proprietarios e compartes é irreductivel.

Na segunda categoria, estão os actos do capitão, envolvendo offensa dos direitos de terceiros, quanto aos effeitos recebidos a bordo.

Assim, si esses effeitos foram subtrahidos, si foram damnificados por falta de diligencia na sua conservação, no seu acondicionamento, manifesta-se uma causa juridica de obrigações — o quasi-delicto ; si o capitão dispõe da carga arbitrariamente, delinque ; e ahi está outra causa juridica de obrigações — o delicto, cujo agente responde pelo damno causado.

Provenha do delicto ou do quasi-delicto a obrigação de reparar o damno, os donos ou compartes do navio são solidarios na indemnisação devida a terceiros lesados : *quisque debet totum et totaliter*, até o concurrente valor do navio e fretes vencidos e a vencer na ultima viagem ; limite este traduzido pelo abandono liberatorio.

O Codigo destacando as duas ordens ou categorias de responsabilidades, circumscrevendo-as em dois periodos bem separados, no art. 494, e limitando a responsabilidade solidaria dos proprietarios e compartes do navio, só quanto aos actos do capitão prejudiciaes aos effeitos recebidos á bordo, claramente excluiu a faculdade do abandono, quanto aos contractos do capitão, em bem do navio, objecto do primeiro periodo do citado artigo, só o permittindo quanto aos actos lesivos dos effeitos recebidos a bordo, responsabilidade que começa a correr desde o momento em que os effeitos são rec e-

(1) Discurso 71, cit. por Desjardins t. 2 n. 267.

bidos a bordo e vae até ao acto da entrega, no porto da descarga, como dispõe o art. 519 do Codigo.

O capitão é responsavel civilmente por furtos e danos commettidos por individuos da tripulação nos objectos da carga, nos termos do art. 529 do Codigo; portanto, o facto da tripulação é o facto do capitão, para os effeitos do citado art. 494.

O projecto do Codigo do Commercio de 1834 tractava em dois artigos, no 691 e no 692, da materia comprehendida no art. 494 do Codigo vigente; e no segundo daquelles artigos permittia o abandono pelas duas ordens de responsabilidades solidarias alludidas.

São deste teor os dois artigos :

«691. Todos os proprietarios são solidariamente responsaveis pelas dividas que o capitão contrahir para concertar, habilitar e aprovisionar a embarcação.

Esta responsabilidade não é illidida allegando-se que o mestre excedeu os limites de suas faculdades e instrucções, provando os credores que a quantia pedida foi empregada em beneficio do navio.

692. São igualmente responsaveis solidariamente todos os proprietarios pelos prejuizos que o mestre causar a terceiro, por falta de guarda, arrumação ou conservação dos effeitos recebidos a bordo.

«Porem, porém, salvar-se desta responsabilidade e da que lhes impõe o artigo precedente, fazendo abandono da embarcação com todos os seus pertences e fretes vencidos na viagem.»

O legislador brasileiro não aceitou as ideias do projecto, quanto á extensão da faculdade de abandonar liberatoriamente; porquanto, destacando os dous grupos de responsabilidades, embora em um só artigo, só adoptou o abandono no caso do art. 692, 1ª parte, do projecto, que é o que contempla o 2º periodo do art. 494 do Codigoo do Commercio vigente.

Si duvida houvesse a respeito da intelligencia do art. 494, predominariam as razões que aconselham a interpretação restrictiva, por ser o abandono liberatorio exorbitante das regras normaes do direito, como ficou ponderado (1); e por isso, não sendo susceptivel de productividade logica, como diria von Ihering, *quod vero contra rationem juris receptus est, non est producendum ad consequentias* (2), não poderia ser estendido o abandono liberatorio aos contractos feitos pelo capitão, em bem do navio do seu commando; prevaleceu assim a doutrina de Valin (3); e não sem razão; porquanto, nos contractos do capitão em bem do navio ha o exercicio pleno do mandato, sendo justo que os compartes respondam pelos actos do mandatario, praticados para beneficiar o navio; o que não milita com relação aos actos illicitos do capitão, lesivos dos carregadores pelo desamparo commettido; assim que, visando os actos licitos do capitão a vantagem do navio e os illicitos tendo por objecto o damno, são mais attendiveis em direito os que tractam de evitar o damno do que os que curam de captar lucro (4).

(1) Vide n. 189.

(2) Dig. lei 14 — *de legibus*.

(3) Comment. ao tit. 8 art. 2 da Ord. de 1681.

(4) D. L. 6 § 11 *Que in fraud. cred.* Gouvêa Pinto — *Dout. das acções*: nota 3 ao § 108.

193. Os navios mercantes que são armados em guerra, com carta de corso, sahem fóra do plano legislativo do nosso Codigo, que delles não tracta, ao envez do que praticou o codigo commercial da França que no art. 217 mantem a responsabilidade dos proprietarios dos navios corsarios até o concurrente valor da caução que prestarem, a menos que não se tenham tornado participantes ou cúmplices dos delictos e depredações commettidos.

194. LEGISLAÇÃO COMPARADA :

As legislações estrangeiras não guardam conformidade neste assumpto.

O codigo do commercio da França no art. 216 diz : — « Todo o proprietario de navio é civilmente responsavel pelos factos do capitão e obrigado pelos compromissos por este contrahidos no que fôr relativo ao navio e á expedição. E' -lhe dado, em todos os casos, isentar-se das sobreditas obrigações pelo abandono do navio e frete.»

A mesma disposição subsiste no codigo commercial da Belgica art. 216, mantido pela lei de 19 de Junho de 1855.

O da Italia no art. 491, depois de affirmar a responsabilidade dos proprietarios de navios pelos factos do capitão e outras pessoas de bordo e pelas obrigações contrahidas pelo capitão em referencia ao que concerne ao navio e expedição, faculta ao proprietario ou co-proprietario o abandono liberatorio em todos os casos, excepto pelo que fôr devido á equipagem.

O codigo do commercio de Portugal dispõe no art. 492 : O proprietario de um navio é civilmente responsavel :

- 1.º Pelos actos e omissões do capitão e da tripulação ;
- 2.º Pelas obrigações contrahidas pelo capitão relativas ao navio e sua expedição ;

3.º Pelos prejuizos occorridos durante o tempo e por occasião de qualquer reboque;

4.º Pelas faltas de pilotos ou praticos tomados a bordo.

§ 1.º Cessa a responsabilidade imposta no n. 2º deste artigo pelo abandono do navio e do frete ganhó ou a vencer, excepto no caso de obrigações contrahidas para pagamento de soldadas á tripulação.

§ 2.º Cessa a responsabilidade imposta no n. 3º deste artigo, quando, pela propria natureza do reboque, a direcção do navio pertencer exclusivamente ao capitão do rebocador, pois que neste caso o proprietario só é responsavel pelas faltas do capitão e tripulação do seu navio.

§ 3.º Cessa a responsabilidade imposta no n. 4º deste artigo, quando a admissão do piloto o pratico fôr ordenada pela respectiva lei local.

O codigo commercial da Hespanha no art. 587 admite o abandono do navio e fretes adquiridos na viagem pelos factos do capitão na guarda dos effeitos carregados no navio.

O codigo do commercio do Chile, art. 879, concede ao armador, proprietario ou não do navio, o direito de livrar-se da responsabilidade dos actos do capitão e da equipagem e das obrigações contrahidas pelo capitão, abandonando o navio, frete ganhó e a vencer na viagem a que se referem os actos e obrigações mencionados.

O codigo do Mexico no art. 672 responsabilisa o armador pelas indemnisações resultantes da conducta do capitão, na guarda dos effeitos por elle recebidos a bordo, facultando ao armador o abandono do navio e fretes ganhos na respectiva viagem para escapar á essa responsabilidade.

O código allemão de 1897 sem admittir expressamente o abandono, todavia no § 486 admite a responsabilidade dos armadores para com terceiros, mas só sobre o navio e o frete: é a reproducção do art. 452 do código de 1869.

Nos Estados Unidos, por uma lei federal de 3 de Maio de 1851 é admittido o abandono liberatorio quanto aos actos illicitos do capitão, até o concurrente valor do navio e frete. Ultimamente foi promulgada a lei de 20 de Junho de 1884 (1) em cujo art. 18 foi limitada a responsabilidade de cada parte do navio ao *pro rata* de seu quinhão no navio e sua responsabilidade commum no valor do navio e frete.

Na Inglaterra, existe uma lei de 29 de Julho de 1862 intitulada — *The merchant shipping act amendment act* 25 e 26 Victoria c. 63., mantendo sem limites a responsabilidade dos proprietarios dos navios quanto aos actos licitos do capitão, limitando-a, porém, quanto aos actos illicitos. O limite desta responsabilidade coincide com determinada somma proporcional ao valor do navio, em cujo bordo se dêo o facto determinante da obrigação; sendo a razão da proporção de 15 ou de 8 libras sterlinas por tonelada do navio, conforme o damno é causado ás pessoas ou ás cousas; nesta proporção, os bens do proprietario do navio pôdem ser excutados (2).

O congresso internacional de direito commercial de Bruxellas — (30 de Setembro a 6 de Outubro de 1888) admittiu o abandono do navio e do frete ou do seu valor, finda a viagem durante a qual gerou-se a obrigação resultante dos

(1) *Annuaire de la législation étrangère pub. par la société de législation comparée* — 1885, pag. 763.

(2) Vide John William Smith — *A compendium of mercantile law: Appendix CLVII, De Courcy—Questions de droit maritime*; t. 3 p. 243 e seguintes; Lyon-Caen e Renault—*Traité* t. 5 p. 165.

factos do capitão e compromissos por este contrahidos, no exercicio de suas funcções (1).

Vê-se do que fica exposto que quasi todas as nações têm em seus codigos, adoptado a providencia do abandono liberatorio, embora com variantes quanto aos casos de sua applicação.

QUEM PÓDE ABANDONAR

195. O Codigo concede esse direito ao dono ou parte do navio, justamente, porque sendo o abandono liberatorio um acto de alienação e não de mera administração, só pelos proprietarios póde ser praticado; portanto, nem o caixa (armador gerente) nem o capitão podem fazer o abandono.

Havendo divergência entre os compartes do navio, discutem os commercialistas si a maioria póde impor o abandono á minoria. Alguns, como Dalloz (2) seguem a affirmativa, outros, como Desjardins (3) e Lyon-Caen e Renault (4) resolvem a questão pela negativa. São decisivas as razões explanadas por Desjardins que se podem resumir assim: 1ª a maioria só liga a minoria nos actos de pura administração, e o abandono é a abdicação da propriedade do navio; 2ª si o abandono póde ser parcial, não ha razão para obstar ao abandono de um dos compartes; 3ª si

(1) Vide — *Le congrès international de droit commercial* — Bruxelles — *Compte Rendu par C. Constant, Lyon-Caen e Renault Traité*. t.5 n. 267 bis.

(2) *Repertoire vb. droit maritime* n. 217.

(3) *Ob. cit.* t. 2 n. 287.

(4) *Ob. cit.* t. 5 n. 222.

a responsabilidade dos compartes é solidaria, pelo abandono torna-se mais real do que pessoal; 4ª os credores não podem queixar-se, por isso que si um dos devedores livra-se da responsabilidade pelo abandono parcial do navio, restam os outros compartes que permanecem solidarios; 5ª si a faculdade do abandono parcial tem o serio inconveniente de permittir ao comparte de subtrahir-se á acção social e de atirar todo o peso da responsabilidade sobre os outros compartes que preferirem ficar com o navio; todavia, a solução contraria acarretaria mais grave inconveniente, qual o de dar azo a que um comparte insolvavel ou malevolente offerecesse opposição systematica e assim tramasse a ruina dos outros compartes ou os forçasse a pagar mui caro a sua adhesão.

O armador gerente (caixa) póde abandonar si para tanto estiver autorizado: Cod. do Comm. art. 491.

O proprietario ou comparte que ao mesmo tempo fôr capitão do navio não póde abandonar: é a terminante disposição do art. 494, 3ª parte do Codigo do Commercio; pois, de outra sorte fôra permittir que o capitão podesse tirar partido do proprio acto, em damno de terceiros: *nemini fraus sua patrocinari debet*.

O capitão comparte que não estiver a bordo, tendo transferido a outrem o commando do navio, seja por que motivo fôr, não fica privado do direito de abandonar; pois, nesta hypothese não se tracta de um acto pessoal seu, do qual se queira livrar buscando abrigo na sua qualidade de proprietario ou comparte do navio (1).

196. Os carregadores podem fazer abandono liberatorio?

(1) *Pandectes belges* vb. *abandon* ns 44 e 45.

Discutindo esta questão, Lyon - Caen e Renault (1) dizem que ella pôde ser aventada, entre outros casos, nos seguintes :

- a) quando o capitão contrahe empréstimos em beneficio do carregamento, como seja para reparar o enfar-damento (*emballage*) das mercadorias ;
- b) quando o capitão faz gastos com a salvação do carregamento.

A generalidade dos escriptores reconhece este direito nos carregadores, ponderando :

1. Os carregadores não devem ser tractados com menos favôr do que, com o abandono liberatorio, o são os proprietarios e partes do navio ;
2. Os carregadores não têm a minima parte na escolha do capitão, a quem é confiada a carga ;
3. O capitão tem dos carregadores um mandato, limitado ao transporte da mercadoria, mandato que não pôde exceder do seu valor ;
4. Si a lei não consagra expressamente a limitação da responsabilidade em favôr dos carregadores, entretanto ella resulta das disposições legaes relativas ao emprestimo a risco maritimo, que limita o direito dos mutuantes a serem pagos até o valor das cousas sobre que versa esse contracto ;
5. Que o direito de abandonar da parte do carregador é reconhecido pelos usos maritimos de todos os paizes (2).

(1) Ob. cit. t. n. 277.

(2) No sentido da opinião favoravel aos carregadores são : J. Cauvet *Traité sur les assurances maritimes* t. 1 n. 68 ; De Valroger ob. cit. t. 1. n. 280 ; Lyon-Caen e Renault ob. cit. t. 5 n. 277 ; Thiebaut ob. cit. n. 209, *Pandectes belges* vb. *abandon des marchandises* n. 6 ; de Courev ob. cit. t. 1 pag. 25 e seg.

Discutindo esta questão Jacobs, (1) depois de ponderar que só por texto expresso de lei é licito o desencargo de uma obrigação contractual—por via especial do abandono, diz que tal questão deve ser apresentada de outro modo. Salvo o caso especial de liquidos em pipas (*futailles*), o carregador não pôde livrar-se por abandono: não pôde pagar frete si não alcançou o gozo pacifico que lhe deve o fretador. Fica elle desligado da obrigação de pagar o frete, quando o fretador não cumpriu a sua obrigação? Para responder a esta pergunta, cumpre indagar se accionado para pagar o frete, o carregador pôde oppôr em compensação as perdas e danos que reclama reconvençionalmente. A solução é a mesma em materia de arrendamento de immoveis: si as perdas e danos não são liquidos, a compensação não terá lugar: si a inexecução das obrigações do fretador está liquidada, as contas respectivas das partes serão simultaneamente ajustadas.

197. Collocada a questão no terreno do direito patrio, é inaceitavel a opinião que acabamos de expor.

Não se tracta de saber quem é mais ou menos favorecido com o abandono liberatorio: o que cumpre investigar é si o direito consagra, em prol dos carregadores, o favor que assegura aos proprietarios ou compartes do navio; e a simples leitura do art. 494 do Codigo do Commercio não deixa logar a qualquer hesitação, pois, ahi se affirma essa faculdade especial em relação aos proprietarios ou compartes do navio. Ora, o abandono como já fizemos sentir (2), é uma providencia que deve ser restrictamente entendida; portanto,¹⁰³

(1) *Le Droit Maritime belge* t. 1 n. 336.

(2) Vide ns. 189 e 192.

não se pôde ampliar aos carregadores, porque a estes não estendeu o legislador semelhante favor.

O Código do Commercio, art. 624, só concede aos carregadores o direito de abandonar ao frete os liquidos, cujas vasilhas se achem vasiaas ou quasi vasiaas: outro abandono não lhes permite; e esse abandono está muito longe de ser o abandono liberatorio do art. 494 (1).

O contracto a risco marítimo não presta argumentos á theoria que impugnamos; porquanto, versando esse contracto sobre a carga, os seus effeitos não se estendem além della, como é expresamente determinado no art. 640, 3.^a parte, do Cod. do Commercio.

Ora, o contracto de fretamento ou de transporte, traduzido pelo conhecimento, não se pôde confundir com o contracto de risco marítimo, na sua origem, na sua fôrma e nos seus effeitos; portanto, não se pôde logicamente argumentar com o contracto de risco marítimo para conceder aos carregadores a limitação que naquelle contracto visa mui differentes intuitos.

Os usos commerciaes valem como direito subsidiario, na deficiencia de texto expresso de lei (2); mas, na especie que discutimos não ha omissão, ha o significativo silencio guardado pelo legislador em caso que não admite interpretação extensiva; portanto, não é caso de invocar usos, para supprir a supposta lacuna.

Os usos commerciaes dos paizes estrangeiros não podem ser invocados neste caso, porque esses usos regulam as questões sobre o estado e idade dos estrangeiros residentes no Brazil, quanto á sua capacidade quando commerciantes, não

(1) Vide n. 192.

(2) Vide *Supra* n. 29 b.

sendo negociantes matriculados e bem assim a fórma dos contractos ajustados em paiz estrangeiro, excepto os fretamentos e os celebrados por Brazileiros, em lugar onde haja consul brasileiro e sejam exequiveis no Brazil; é o que dispõe o Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 art. 3' §§ 1 e 2.

Os usos commerciaes de praças estrangeiras ainda podem ser consultados, quando na interpretação das clausulas dos contractos se depara com alguma palavra, cuja intelligencia deva ser esclarecida pelo costume do lugar, como determina o Codigo do Commercio arts. 131 n. 4, 673 n. 3.

Mas, indagar si o carregador tem direito a abandonar liberatoriamente a sua mercadoria, nos termos do art. 494 do Codigo, não é agitar questão, que possa ser equiparada áquellas, cuja resolução o citado Codigo e o Reg. n. 737 mandam ser sujeitas aos usos estrangeiros; e, pois, quaesquer que sejam taes usos na materia, elles são inoperantes, nas attinentes relações do direito patrio.

A QUEM PÓDE SER FEITO O ABANDONO

198. O abandono póde ser feito a um, a mais de um ou a todos os credores, assim está escripto no art. 492 do codigo do commercio da Italia: *L'abbandono può esser fatto a tutti i creditori o solamente ad alcuni.*

Vidari (1) justifica esta doutrina dizendo que o abandono é uma faculdade, dada em beneficio do devedor,¹⁰⁴

(1) *Il nuovo codice di commercio*, com. ao art. 492.

o qual delle pôde usar no todo ou em parte e até renuncial-o.

O art. 494 do nosso Codigo permite o abandono do navio e fretes, sem limitação alguma ; e, portanto, dessa faculdade podem usar os donos e compartes do navio na medida do seu interesse.

COMPREHENSÃO DO ABANDONO

199. O abandono comprehende o navio e os fretes, vencidos e a vencer, na respectiva viagem : é a lettra do art. 494 2º periodo do Codigo do Commercio.

O navio é abandonado liberatoriamente no estado em que estiver : assim que, reduzido a destroços, quer fluctue ou esteja submerso, quer sirva de garantia á pagamento de dividas ou esteja livre de onus ; o navio, seja qual fôr a sua situação physica ou jurídica, é que faz objecto do abandono.

Ainda mais : quando o navio tenha sido vendido, por ter sido condemnado, é o seu preço, que representa o navio — *pretium succedit in loco rei* (1), que deve ser abandonado, salvos os encargos a que possa estar sujeito.

Donde resulta que, vendido voluntariamente o navio, já o abandono não tem lugar : é este o principio adoptado pelo tribunal do commercio de Anvers, no caso da venda do navio *Marie-Caroline* nesta cidade do Rio de Janeiro em 19 de Outubro de 1867, tendo o capitão Beekman em seu nome e no

(1) Reg. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, arts 358 e 359.

do seu proprietario Pierret, de quem tinha procuração, vendido o navio em viagem (1).

Os autores das *Pandectes Belges* (2) acham que a these do tribunal de Anvers é absoluta demais, cumprindo fazer distincções e resumem a opinião que enunciam nos seguintes termos: quando o proprietario voluntariamente dispoz do navio, quer por venda, permuta ou doação, decahe elle do direito de abandonar, si no momento da alienação, sabia da existencia da responsabilidade, porque então elle renunciou o seu direito. E' pelo contrario recebido a fazer abandono si, no momento em que dispoz do navio elle ignorava a existencia da responsabilidade. Fazendo abandono, deverá dar conta ao credor do que houver recebido: do preço, si vendeu; da cousa que recebeu em permuta, si permutou; si doou, nada deverá. Em todos os casos o credor conserva suas preferencias legaes sobre o navio.

200. E' o navio acabado e não em via de construcção, como bem ponderam Lyon-Caen e Renault (3), que pôde ser abandonado, é o navio utilizado para qualquer fim dos muitos a que pôde servir, recebendo effeitos a bordo, que pôde ser objecto do abandono; porquanto, o nosso Codigo limitando o abandono ao caso da falta da diligencia do capitão quanto aos cuidados que deve aos effeitos que recebe a

(1) Um dos *consideranda* dessa decisão é este: « *Attendu, en effet que l'art. 216 du Code de Commerce ne fait cesser la responsabilité de l'armateur que par l'abandon du navire lui même, qu'il n'assimile pas l'abandon du prix de vente à l'abandon du navire; que cette assimilation est d'ailleurs repoussée tant par l'esprit de la loi que par ses termes, puisque le législateur a entendu attribuer comme gage aux créanciers envers les quels l'abandon est autorisé la valeur, entière et réelle du navire et non la valeur qu'il pourrait convenir à l'armateur d'en tirer arbitrairement à l'aide d'une vente que les intéressés ne seraient pas mis en mesure de contrôler.* » *Pandectes belges* vb. *Abandon du navire* n. 70 e nota 1.

(2) Ob. cit. ns. 71 e 76.

(3) Ob. cit. t. 5 n. 226.

bordo do navio de seu commando, não excluiu a hypothese de estar o navio ancorado, servindo, por exemplo, de deposito de generos.

ABANDONO DO FRETE

201. O abandono comprehende os fretes devidos e referentes á viagem, na qual se gerou a responsabilidade dos proprietarios ou compartes do navio e isto quer as mercadorias existam a bordo ou tenham sido desembarcadas em algum porto de escala ; daqui se segue que os fretes anteriores, são excluidos do abandono, justamente porque entram no patrimonio geral dos proprietarios e compartes do navio.

Ha diversos modos de contractar o frete ; e segundo a estipulação que for feita, assim será resolvido que frete deve ser comprehendido no abandono.

Laurin (1) offerece as seguintes soluções: 1^a si a mesma expedição comprehende ao mesmo tempo dois trajectos differentes, a ida e a volta, com frete distincto para cada trajecto, só o frete de volta é abandonavel, porque só esse estará ainda ligado ao navio; o outro, estando definitivamente adquirido, confundiu-se com a fortuna geral do armador; 2^a a mesma solução se applica quando a expedição compõe-se de multiplos trajectos ou comprehende uma serie de viagens distinctas, com fretes respectivos ajustados; sendo só o frete da viagem, em cuja constancia o abandono se der, que deve volver aos credores; 3^a tractando-se de um fretamento para ida e volta com estipulação de um só frete,

(1) A' Cresp. — *Droit maritime* tom. I pag. 630.

pagavel sobre as mercadorias de volta (1), o abandono deve comprehendel-o ou não, conforme o abandono tiver logar em um ou outro dos dois trajectos; por isso que a convenção não tendo sido decomposta, não é licito, sem violar esta convenção, infringir o accordo das partes; sendo guia seguro para esta solução a carta-partida; e assim só no caso de ser feito na volta o abandono é que este comprehende o frete.

202. E' o frete liquido, isto é, o frete deduzidas as despesas, que deve ser abandonado; porquanto, como reflectem Lyon-Caen e Renault (2), si os credores tivessem direito ao frete bruto, o dono do navio ver-se-hia obrigado por sua fortuna de terra.

De Valroger diverge (3), citando, no sentido da adversa opinião, uma decisão do tribunal de Nantes na qual considerou: — que são absolutos os termos do art. 216, do código do commercio (4); e que muitas vezes a importancia do frete sendo insufficiente para pagar os gastos da viagem, viria a ser illusorio o abandono do frete.

De Valroger (5) combattendo a opinião dos que pensam que o abandono do frete bruto attenta contra a fortuna de terra, diz: admittindo que se mantenham as expressões — *fortuna de terra, fortuna de mar*, que não pertencem á linguagem do legislador, a verdade é que todas as despesas feitas

(1) Os francezes chamam a este fretamento—*en travers*.

(2) Ob. e v. cit. n. 233.

(3) Ob. cit. t. I n. 265.

(4) O texto do citado art. 216 é este: *Tout propriétaire de navire est civilement responsable des faits du capitaine, et tenu des engagements contractés par ce dernier pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition. Il peut, dans tous les cas, s'affranchir des obligations ci-dessus par l'abandon du navire et du fret.*

(5) Ob. cit. t. I n. 265.

com a embarcação e para a expedição entram na fortuna de mar e ficam sujeitas aos mesmos riscos; e por isso o credor tem direito ao frete bruto.

O frete é o preço da locação do navio, é o seu fructo civil, e na corrente censura de direito—*fructus intelliguntur deductis impensis* (1); portanto, só o frete liquido pôde ser comprehendido no abandono.

Não é só de Valroger que estranha as expressões *fortuna de terra* e *fortuna de mar*, que o legislador não empregou; citaremos ainda Douglas Owen (2) que critica a distincção do patrimonio de terra e de mar, louvando a Grã Bretanha por não admittil-a, assim exprimindo-se: «Tenta-se justificar o systema continental (3) estabelecendo uma distincção entre a fortuna de terra e a fortuna de mar e responde-se que um homem não pôde ser responsabilizado por sua fortuna de terra pelos danos causados por sua fortuna de mar. E porque não? Por ventura a proposição contraria é admittida e a fortuna de mar de um cidadão não está exposta a cobrir as insufficiencias que sua fortuna de terra pôde deparar? O character artificioso desta argumentação torna-se ainda mais apparente quando observamos que os partidarios desta distincção facticia cahem em contradicção sustentando que cada artigo da fortuna de mar de um cidadão, isto é, cada navio deve formar um todo isolado. Para serem logicos, deveriam declarar que ha solidariedade para a fortuna de mar como para a de terra e que uma esquadra inteira responde pelo damno causado por um de seus elementos».

(1) Dig. l. 36 § 5 de *hereditatis petitione*. Paulus.

(2) *Revue internationale du Droit maritime* por F. C. Autran ns. 1 — IV Juillet — Octobre 1898 pag. 296 — 302.

(3) O escriptor falla do continente europeu.

Não têm rasão esses escriptores.

Não se pôde actualmente desconhecer o valor das construcções juridicas que von Ihering (1), com a superioridade de seu talento, salientou; são d'elle estes conceitos:

A construcção juridica é uma operação de arte, ella crêa, inventa, organisa; seu fim é organizar corpos juridicos conforme as seguintes leis: 1ª A construcção doutrinal deve applicar-se ao direito positivo, cujas regras são seus pontos de alinhamento, cumprindo respeitar-lhes o conteudo, sem prejuizo da liberdade quanto á fórma; o que não compete ao legislador que não tem por missão fazer theorias, despojando-se de sua autoridade de legislador para vir tomar lugar entre juristas. 2ª Deve ser guardada a unidade systematica; pois, a sciencia não se pôde contradizer, collocadas e combinadas as creações doutrinaes entre si, de sorte que sua victoria seja assegurada por um accôrdo geral e perfeito, eliminado o conflicto entre o passado e o presente, pela benefica influencia da sagacidade juridica. 3ª O bello juridico é a expressão da simplicidade no systema, cuja especial intenção reside na unidade.

Isto posto, é de vêr a insufficiencia da censura de de Valroger; com effeito, si o legislador não empregou taes expressões é que elle não podia invadir os dominios da sciencia, para esta legislando, cumprindo-lhe deixar livre a acção dos jurisconsultos.

E ninguem dirá que o elemento systematico do direito positivo não fosse respeitado; pois, a legislação em mais de uma ordem de relações juridicas tem autorizado a separação de patrimonios, como nas sociedades commerciaes, onde os

(1) *L'Esprit du droit romain trad.* por Meulenaere t. 3 pags. 61 a 72.

credores particulares do socio têm de respeitar o patrimonio social, não fallando em outras especies de separações legaes do patrimonio.

O proprio escriptor inglez reconhece «que as condições e os perigos do commercio maritimo são assaz excepçoes para justificar uma attenuação nos principios ordinarios de responsabilidade em materia terrestre, sendo esta verdade quasi universalmente admittida pelas leis maritimas». Tanto basta, pois, para admittir taes expressões, que já conquistaram mui legitimamente os fóros de cidade no mundo juridico.

203. Vimos que a parceria maritima pôde ser constituida entre proprietarios e tripulantes do navio (1); neste caso, o abandono deve versar sobre todo o frete ou só sobre a parte que cabe aos proprietarios?

Laurin (2) sustenta que havendo na hypothese uma sociedade, sob a fórma apparente de uma locação de serviços, e sendo os compromissos contrahidos em nome da sociedade, são em principio e salvo o caso do abandono, obrigatorios para ella, concluindo que, dado o abandono, deve este comprehender todo o fundo social, isto é, no que concerne ao frete, as partes reunidas de todos os associados.

Divergimos, pelas seguinte rasões :

Em primeiro lugar, os compartes, nesta feição da parceria, só podem abandonar o frete que lhes cabe, justamente porque não pôdem dispôr da parte do frete que pertence aos parceiros tripulantes, sem o consentimento destes; em segundo lugar, embora associado, o tripulante não perde nem altera a natureza juridica das suas soldadas, remunera-

(1) Vide *supra* n. 158.

(2) A' Cresp—ob. cit. t. I p. 631.

ção da actividade industrial, com que entra para a parceria, que por lei escapam a arresto e penhora (1), e são despesas da expedição.

204. E' claro que o abandono do frete abrange as estadias e sobrestadias, como accessorios do preço da locação do navio (2).

Póde occorrer que o dono do navio tenha carregado, a bordo deste, mercadoria propria pela qual não pague frete; neste caso, avalia-se o frete que devesse pagar a mercadoria si fosse embarcada em navio alheio, pela cotação corrente no lugar do embarque e pelo preço estimativo seria obrigado o proprietario que ao mesmo tempo fosse um dos carregadores do navio (3).

205. Si o dono do navio recebeu o frete, ou por conta delle algum adiantamento, deve fazer bom ao credor abandonatario o que houver recebido.

Tendo o capitão recebido o frete e não lhe tendo dado applicação, por ordem e conta do proprietario, póde o frete ser abandonado em mão do capitão.

206. Releva observar que o frete, objecto do abandono liberatorio, deve ser comprehendido *lato sensu*; isto é, por frete deve entender-se qualquer preço devido pelo serviço que o navio presta; assim que, não é só o preço do transporte das mercadorias, frete no sentido restricto, que deve ser abandonado, mas tambem o preço do transporte de passageiros (4), a que o direito antigo chamava *navagem* e hoje

(1) Reg. n. 737 de 1850, arts. 339 e 529 § 4, *dec.* 848 de 1890 art. 269 c) Vide *infra* n. 249-4º. Divergem tambem--Desjardins t. 2 n. 28, de Valroger tit. 1 n. 268 Lyon-Caen e Renault t. 5 n. 336.

(2) Vide Lyon-Caen e Renault t. 5 n. 336 *bis*; Jacobs, *Le droit maritime belge* t. 1 n. 301.

(3) Bedarride — *Commerce Maritime* t. 1 n. 294.

(4) Vide Lyon-Caen e Renault *ob. e t. cita.* n. 237.

se chama passagem (1) e bem assim a remuneração devida, por qualquer serviço que o navio possa prestar, como seja o de guardar em um porto generos confiados á vigilancia do respectivo capitão.

Os abandonatarios recebendo o navio e o frete, no estado em que se acharem e, portanto, ficando sujeitos á contribuição por avarias communs, devem aproveitar-se das indemnisações devidas ao navio, quer por avarias, quer por outro titulo semelhante, como seja por abalroação; porque taes indemnisações são verdadeira e rigorosamente *pars rei* (2).

O abandono parcial do navio acarreta o proporcional abandono do frete.

207. Vejamos o que é excluido do abandono.

Releva antes de tudo advertir que sendo permittido o abandono para, entre outros motivos, acautelar a fortuna de terra, não se deve deprehender desta rasão de ser do abandono que tudo quanto constitue o patrimonio maritimo fica sujeito ao abandono.

Na verdade, o abandono fita o facto averiguado, na viagem em que se deu, e só obriga aos bens, navio e frete, envolvidos em tal viagem.

Além disso, fôra iniquo que os donos ou partes do navio, theatro do facto illicito do capitão, respondessem pelas consequencias desse facto, obrigando além desse navio e fretes — outros navios e fretes que possuíssem.

(1) Vide Pereira e Souza — Dic. jur. com. vb. *navagem*; Ferreira Borges, Dic. jur. com. vb. *navagem*.

(2) Laurin á Cresp — t. 1 p. 634; de Valroger t. 1 p. 271, Lyon-Caen e Renault t. 5 ns. 244 e 245.

Semelhantemente, si os donos ou compartes do navio houverem neste carregado mercadoria propria, a este não pôde estender-se o abandono.

208. A indemnisação devida pelo segurador em razão do seguro do navio e frete tambem não pôde ser comprehendida no abandono; porquanto, 1.º o contracto de seguro é, em relação aos credores abandonatarios, *res inter alios*, que não os prejudica, nem aproveita; 2.º para que se dêsse tal ampliação, fôra preciso que se operasse na especie uma subrogação, que não se presume; 3.º só nos creditos hypothecarios é que é reconhecida a subrogação do preço no lugar da cousa, nos casos do pagamento da indemnisação pelo seguro, pela desapropriante, em caso de necessidade ou utilidade publica, e por terceiro responsavel pela perda ou deterioração da cousa (1). Ora, a subrogação é uma ficção; e, por conseguinte, a subrogação legal é uma ficção legal; e, portanto, as disposições que a estabelecem devem ser restrictivamente interpretadas (2); 4.º o premio do seguro é pago pelo patrimonio de terra, que não está sujeito aos eventos das expedições maritimas; 5.º o voto contrario poderia determinar o repudio da actual pratica dos seguros, em alguns casos.

A lei belga de 21 de Outubro de 1879, art. 7, exclue do abandono a indemnisação devida pelo segurador: *le recours du propriétaire ou des copropriétaires contre leurs assureurs ne sera compris dans l'abandon*.

209. Tambem se discute si os premios da navegação devem fazer parte do abandono liberatorio ou deste excluidos.

(1) Lei n. 1.337, de 24 de Setembro de 1864, art. 243, Dec. n. 3.456, de 26 de Abril de 1875, art. 142, § 6; dec. n. 169 A, de 19 de Janeiro de 1873, art. 2 § 3; dec. n. 370, de 2 de Maio de 1890, art. 137, §§ 5 e 6

(2) Baudry-Lacantinerie—*Droit civ.* t. 2 n. 1050.

Lyon-Caen e Renault (1) e de Courcy (2) resolvem a questão pela affirmativa.

Dizem os primeiros que estes premios são fructos civis do navio, são beneficios que a navegação proporciona ao armador; e seria contrario ao espirito da lei e á equidade deixal-os em poder de quem faz o abandono, o que resalta especialmente quando a perda das mercadorias faz desapparecer o frete, e o navio em ruinas não tem ou quasi não tem valor; pelo que concluem, que o abandono comprehende os premios de navegação, em quanto relativas á ultima viagem.

De Courcy, depois de referir-se a Alfred Sorel que notou-lhe o illogismo de conceder aos credores dos que fazem abandono liberatorio o que nega ao segurador, a quem o segurado pôde abandonar o objecto do seguro, faz uma distincção, dizendo que o primeiro destes abandonos é uma faculdade extraordinaria, uma excepção aos principios geraes do direito commum, é um favor especial ás armações maritimas; em quanto que o segundo é uma convenção, que a lei regula na ausencia de estipulações mais precisas ou derogatorias.

D'ahi conclue que o privilegio que se contém no abandono liberatorio não é ampliavel; e na duvida, a interpretação deve inclinar-se para a severidade restrictiva do privilegio. O espirito da lei, tem sido proclamado mil vezes, é de proteger e abrigar a segurança pessoal e a fortuna de terra do armador. O premio que o capitão faz ganhar ao armador, navegando, não faz parte da fortuna de terra; e seria profundamente immoral e repugnante que o armador se appropriasse desse premio ganho pelo capitão, precisamente

(1) Ob. cit. t. 5 n. 246.

(2) Ob. cit. t. 3 pags. 82 e segs.

quando se isentasse da responsabilidade do capitão ; e si o premio é pessoal, tambem é pessoal a responsabilidade, de que se tracta em relação aquelle que mereceu o premio.

210. Discutida a questão perante o direito patrio, não merece ser adoptada a alias accorde opinião dos escriptores citados.

Com effeito, já fizemos vêr que os proprietarios de navios construidos em estaleiros brazileiros e cuja arqueação fôr superior a cem toneladas têm direito a um premio de 50\$000 por tonellada (1).

Este premio, como todos reconhecem, é uma animação á industria naval, com intuitos de interesse publico.

E', além disso, affirmado pelos citados escriptores que esse premio não é frete.

Mas, a lei franceza assim como a brazileira, limitam o abandono ao navio e fretes ; o art. 494 do nosso Codigo é mais explicito — diz — fretes vencidos e a vencer na respectiva viagem.

Como, pois, comprehender no abandono liberatorio — o premio ?

Tambem os fretes anteriores ao da viagem, em que se dá o abandono liberatorio, pertenceram á expedição maritima ; mas, liquidado e entrando no patrimonio de terra, é por este irrettractavelmente adquirido : assim o premio ; si foi a conveniencia publica das expedições maritimas que o aconselhou, uma vez ganho, já não pertence á fortuna maritima ; accrescendo notar que o premio não é outorgado em vista desta ou daquella viagem, mas fita o interesse geral da navegação ; si protege o beneficiado, desafia a productiva alacridade de outros.

(1) Lei n. 2.348, de 1873, art. 11 § 5 n. 2. Vide *supra* n. 71—5.

OPPORTUNIDADE DO ABANDONO

211. Em quanto não ha renuncia do direito de abandonar, esse direito subsiste.

A renuncia deve ser expressamente feita ou resultar directa e irrecusavelmente de factos precisos e significativos dessa intenção: *juri suo facile renuntiare nemo præsumitur*.

Si os proprietarios do navio satisfazem os prejuizos causados ás mercadorias da carga pelo capitão, a renuncia do direito de abandonar é evidente; assim tambem, si os dictos proprietarios ratificam os actos do capitão a renuncia, de que se tracta, tambem não pôde ser posta em duvida.

O nosso Codigo não estabeleceu prazo para o abandono; portanto, em quanto não houver sentença passada em julgado condemnando os proprietarios á indemnisação dos prejuizos resultantes do acto illicito do capitão, o abandono pôde ter lugar; assim tambem, o facto dos proprietarios reexpedirem o navio, tendo sciencia do acto lesivo do capitão, não induz renuncia; sómente, si o navio perece nesta nova viagem, o abandono perdeu o seu objecto e os proprietarios respondem pelos actos do capitão, sem mais poderem renunciar, visto que, por seu acto, fazendo navegar o navio, deram causa ao sinistro: *qui occasionem prostat damnum fecisse videtur* (1).

O abandono liberatorio tem logar ainda depois de ter sido feito o abandono subrogatorio, que é o que compete ao segurado quanto aos objectos que fez segurar (2).

(1) Vide de Valroger t. 1 n. 274, com cuja doutrina coincide a que deixamos exposta.

(2) Vide *infra* abandono subrogatorio.

(3) Ruben de Couder ob. cit. vb. *Armateur* n. 88.

FORMA DO ABANDONO

212. O nosso Codigo do Commercio não estabeleceu o processo do qual se deve lançar mão, para tornar effectivo o abandono.

No silencio da legislação, cumpre recorrer aos meios subsidiarios que ella suffraga.

Os proprietarios do navio, que tenham o direito de abandonar o navio e fretes, podem recorrer ao protesto judicial, meio empregado para a conservação e resalva dos direitos: *protestatio servat jus protestantis*: Reg. n. 737 de 1850 art. 390.

Podem tambem os proprietarios, na acção em que forem demandados, requerer termo de abandono, fazendo citar os autores, *ad instar*, do que se pratica nas acções de seguro: Reg. n. 737 de 1850 arts. 301 e 303.

O abandono deve ser puro e sem condições, o mesmo comparte não pôde fazer abandono parcial: argumento do art. 755 do Codigo do Commercio.

213. LEGISLAÇÃO COMPARADA:

As legislações commerciaes estrangeiras tambem não precisaram a fórma do abandono.

Emérigon (1) diz que o abandono pôde ser feito de qualquer maneira.

Na França o abandono faz-se por correspondencia, por acto do tabellião ou pelo official de justiça (*huissier*).

O codigo do commercio da Italia no art. 492 exige que a declaração do abandono seja trascripta nos registros mari-

(1) *Traité de contrat à la grosse*. ch. IV. § XI.

timos e annotada na matricula do navio, sendo notificados os credores.

O codigo hespanhol no art. 590 determina que cada proprietario faça o abandono da parte que tenha no navio, perante o notario.

O codigo do Chile no art. 888 diz: o abandono será feito por acto publico e notificado aos credores.

EFFEITOS DO ABANDONO

214. São varios os effeitos do abandono liberatorio, que seguimos a enumerar:

1. A completa exoneração dos devedores pelos actos lesivos do capitão, quando este falta á diligencia que deve pôr na guarda, conservação e acondicionamento dos effeitos que recebe a bordo do navio: Cod. Comm. art. 494, 2^a parte.
2. A transferencia da propriedade do navio e fretes vencidos e a vencer na respectiva viagem.

Sobre este segundo effeito, não estão de accôrdo os escriptores; entendendo uns que o abandono importa mandato e outros que é translativo da propriedade; para os primeiros, feito o abandono, os credores dispõem do navio, pagam-se e o saldo devem entregar aos donos do navio, prestando contas; para os segundos, o abandono transfere a propriedade do navio e fretes aos credores; que delles dispõem como senhores e possuidores que ficam sendo.

De Valroger (1) pensa que, salvo convenção em contrario, o abandono não é por sua natureza translativo de propriedade, conferindo unicamente ao credor, a quem é feito, o direito de ser pago pelo navio até á concurrencia do que lhe é devido, argumentando com a cessão judiciaria do art. 1.269 do Codigo Napoleão, que não confere a propriedade aos credores, aos quaes só dá o direito de promover a venda dos bens em seu proveito, percebendo os seus rendimentos até a venda; accrescentando que tanto assim é que esse abandono póde ter lugar depois do abandono permittido ao segurado (*délaissement*). A mesma opinião partilham Dalloz (2), Pandectes Belges (3), Caumont (4).

Lyon-Caen e Renault (5) e de Courey (6) pensam que o abandono liberatorio é um meio de transferir a propriedade, é um desapossamento voluntario do navio e fretes, feito por seus donos em favôr dos credores, os quaes ficam com o amplo direito de senhores e possuidores de taes objectos.

É assim que pensamos e já o deixamos dicto (7), quando entre os meios de adquirir o navio enumeramos o abandono liberatorio; si os credores o adquirem, é porque os devedores transferem-lhes a propriedade.

O argumento de de Valroger, fundado no art. 1.209 do codigo civil da França, não colhe; porque, essa disposição reza a cessão de bens feita pelo devedor insolvavel

(1) Ob. cit. t. I n. 270.

(2) *Répertoire* vb. *Droit maritime* n. 221.

(3) Vb. *Abandon* n. 52.

(4) *Dict. universel de droit commercial maritime* Vb. *Abandon* n. 23.

(5) Ob. cit. t. 5 ns. 163 e 252.

(6) Ob. cit. t. I pag. 450; *Réforme internationale du droit maritime* 1872 pags. 50 e segg.

(7) Vide *supra* n. 111.

a seus credores; e aquelle que faz abandono liberatório está *in bonis*, não está oberado por dividas; a cessão de bens depende, até certo ponto, dos credores e não isenta de todo a responsabilidade do devedor que continúa, si os bens abandonados não bastarem para integral pagamento dos credores (cod. civ. da França art. 1.270); emquanto que o abandono liberatorio livra o devedor de qualquer responsabilidade mais.

O codigo civil da França não presta, pois, apoio á opinião de de Valroger.

215. LEGISLAÇÃO COMPARADA:

O codigo do commercio da Italia no art. 493 faculta, no caso de abandono, a qualquer credor tomar conta do navio com a obrigação de pagar aos credores privilegiados. Concorrendo dois ou mais credores é preferido o primeiro que se apresentar e no caso de apresentação simultanea é preferido o credor de somma maior. Nem um credor querendo tomar conta do navio abandonado, será, a requerimento de qualquer credor, vendido o navio sendo o seu producto distribuido pelos credores e restituído aos proprietarios o que restar.

Bohl (1) faz a apologia desta disposição, que, a seu vêr, reúne a triplice vantagem de proteger os credores, de facilitar a navegação do navio e auxiliar a moralidade, permittindo que do saldo eventual seja embolsado o devedor.

216. Pelo abandono liberatorio, os devedores reconhecem a procedencia da reclamação feita pelos credores, baseada no acto illicito do capitão, para cuja solução abrem mão do navio e fretes, desde que a importancia do que lhes fôr exigido exceder o valor do navio e fretes.

(1) *Cod. de Commerce du Royaume d'Italie* n. 322.

Correm por conta dos credores todas as despezas para a conservação e defesa do navio e fretes, desde o dia em que o abandono fôr feito.

Desde esse dia os credores são donos do navio e fretes abandonados; e, portanto, incumbe-lhes tudo quanto entende com os commodos assim como com os onus das cousas que entram no seu patrimonio: *res perit domino*.

E' para lembrar aqui que esta especie de abandono não se confunde com o abandono que faz o capitão do navio, quando este está proximo a perder-se: aquelle é uma verdadeira cessão, é um acto voluntario dos donos do navio; este é uma extrema medida, sem importar cessão, só praticavel em caso de naufragio, quando são esgotadas todas as diligencias possiveis para a salvação do navio, seu carregamento, papeis e livros, nos termos do art. 508 do Codigo do Commercio.

CONFLICTO DE LEIS ESTRANGEIRAS

217. Não são identicas as differentes leis que, em codigos estrangeiros regulam o arduo assumpto da responsabilidade dos proprietarios e compartes do navio pelos factos do respectivo capitão.

Um incidente da navegação maritima pôde perturbar o plano da expedição e dar lugar a que o navio aporte a uma região, onde domine uma legislação destoante das normas, quer da nação cujo pavilhão arvora o navio, quer daquella a que se destinava a viagem emprehendida, no tocante a exten-⁴³ são da alludida responsabilidade. *Quid juris?*

218. Tres systemas estão em presença : um proclama a applicação da *lex fori* ; outro pugna pela lei do lugar onde o contracto foi feito ou o acto illicito praticado ; um terceiro quer que seja a lei do pavilhão.

219. A applicação da *lex fori* simplifica muito o problema; porquanto, sendo conhecida pela autoridade judiciaria a lei do lugar em que exerce suas funcções, nada mais facil do que regular o caso pelos preceitos ali dominantes.

Ao lado desta simplicidade, porém, erguem-se não pequenas difficuldades praticas, quaes as que procedem da incerteza dos preceitos reguladores do caso, varias como são as differentes legislações ; e esta oscillação abala o credito maritimo e põe em risco a fortuna de terra.

220. O segundo systema, conforma-se á primeira vista com o corrente principio *locus regit actus*: os contractos se concluem nos termos da legislação vigente no lugar em que são celebrados e os crimes são qualificados e punidos conforme a lei repressiva do lugar em que são commettidos ; mas cumpre ponderar com Lyon-Caen e Renault (1) que na hypothese vertente, não se tracta de definir os effeitos do contracto ou do delicto do capitão, mas sim da extensão da responsabilidade do proprietario do navio, em razão desse contracto ou desse delicto ; alem de que, por esse systema fica sem solução o problema, quando o factio gerador da obrigação dá-se em pleno mar.

221. O terceiro systema sobreleva aos dois anteriores ; pois, como bem observam os precitados escriptores, é a lei do pavilhão do navio que serve para fixar os poderes do capitão e a extensão da responsabilidade do dono do navio ; e é logico

(1) Ob. cit. t. 5 n. 268.

que essa mesma lei seja consultada para fixar as consequencias dos actos do capitão, quanto ao dono do navio ; lei essa que se presume ser conhecida do dono do navio e independe das circumstancias extrinsecas, que pôdem occorrer durante a viagem, especialmente quanto ao paiz onde o capitão contractou, delinuiu ou commetteu um quasi-delicto, assim como quanto ao paiz, cuja magistratura tenha de conhecer da materia ; accrescendo que conhecida, como é a lei do pavilhão, derimem-se as incertezas, que nascem do acaso, deparando ora uma, ora outra das legislações applicaveis.

O congresso internacional de direito commercial de Bruxellas, adoptou o terceiro systema—a lei do pavilhão ; assim como o Instituto de Direito internacional reunido em Lausanne em 1888.

222. LEGISLAÇÃO COMPARADA :

Alvitres diversos têm tido o assumpto nos differentes paizes.

A jurisprudencia franceza tem-se pronunciado pela lei do pavilhão, assim como a allemã ; na Inglaterra e na Italia¹¹⁴ tem prevalecido a *lex fori* (1).

(1) Vide Lyon-Caen e Renault ob. cit. ns. 271 e 272.

CAPITULO XII

PESSOAL DE BORDO. OFFICIAES DE PÔPA. CAPITÃO : SEU CARACTER, ATTRIBUIÇÕES, DIREITOS E OBRIGAÇÕES. OFFICIAES DE PRÔA, DIREITOS E OBRIGAÇÕES.

SECÇÃO I

223 O pessoal de bordo comprehende todos os que se empregam na direcção, manobras e conservação do navio.

O pessoal de bordo é conhecido pelas denominações de equipagem, tripulação, chusma, companhia (1).

A palavra equipagem tambem exprime o conjunto de cousas que se leva em viagem ; sendo por isso preferivel o emprego do vocabulo tripulação (2).

(1) Vide Forjaz de Sampaio — Annotações ao Código do Commercio portuguez, t. 4 pags. 6 a 9.

(2) Vide — *Lecções elementales del derecho mercantil de España compuestas por el Dr. D. Salvador del Viso*, 3.ª edic. arreglada al código de commercio vigente por D. Salvador Salom y Puig.

O art. 564 do nosso Código do Commercio entende por equipagem ou tripulação—o capitão, officiaes, marinheiros e todos as mais pessoas ao serviço do navio, menos as sobrecargas, fazendo todavia distincções entre elles.

Comquanto o nosso Código do Commercio no art. 564 comprehenda na equipagem ou tripulação o capitão, todavia, reservou-lhe um titulo especial, o 6º, sob a inscripção—*dos capitães ou mestres de navio*, accentuando-lhe a primazia em tudo quanto entende com o governo e expedição do navio; e no art. 560, sem embargo da generalisação que contém o artigo anterior, falla em salario do capitão e em soldadas da equipagem; assim procedendo, o legislador teve em vista o importante papel que desempenha o capitão, cuja relevancia assignalam os inglezes, com a phrase *master under God*; pois, o capitão não é um simples locador de serviços ou prestador de industria nautica, como occorre com a parte da tripulação de que elle é chefe.

224. A tripulação divide-se em duas classes :

- a) officiaes de pôpa ou de ré,
- b) officiaes de prôa ;

e são em maior ou menor numero, conforme a capacidade e serviço do navio.

Entre os officiaes de pôpa, contam-se :

- 1.º O capitão ou mestre do navio, que é o seu commandante.

Commummente se faz uma distincção entre os que commandam, as embarcações, chamando-se:

- a) capitão, quando se tracta do governo do navio em navegação de longo curso ;
- b) mestre, si a navegação é de cabotagem ;

c) patrão, arraes, si a embarcação é de baixo bordo ;

2.º O piloto, que dirige o navio no rumo indicado pelo capitão; tambem ha o sota-piloto ou 2.º piloto nas grandes navegações. Cumpre não confundir o piloto do navio com o piloto das barras, costas e enseadas difíceis;

3.º o medico ;

4.º o commissario ;

São officiaes de prôa :

1º o contra-mestre, que é o chefe da maruja ;

2º o calafate, para manter o navio estanque ;

3º o dispenseiro, que cura das victualhas ;

4º os marinheiros que se dividem em varios officios a saber :

a) os de panno e governo ;

b) os de ferrar e largar ;

c) os moços de bordo ;

d) os gageiros, que vigiam os mastros;

e) os estivadores, que arrumam, isto é, que dispõem a carga com certo methodo e a estivam, isto é, que equilibram o peso para que o navio fluctue a prumo e a carga não corra.

Tambem são officiaes da 2.ª classe os machinistas quando o navio é a vapor.

Cada navio tem um regimen economico, dependente do serviço a que é destinado.

Os tripulantes do navio são inscriptos em um registro¹⁶ marítimo.

225. LEGISLAÇÃO COMPARADA :

O código da marinha mercante da Italia, no título 2º que se inscreve do serviço marítimo, arts. 17 e seguintes, tracta da *gente di mare* e nesta denominação comprehende todas as pessoas que pela natureza da profissão marítima estão sujeitas ás disciplinas especiaes do mesmo código; dividindo-as em duas categorias, isto é, as que estão adstrictas á navegação e as que o são á industria marítima. Da 1ª cathegoria são *a)* o capitão e patrões, *b)* os marinheiros e moços, *c)* os machinistas, foguistas e outros quaesquer empregados no serviço da machina á vapor, *d)* os pescadores do alto mar e no estrangeiro. Da segunda cathegoria são : *a)* os constructores navaes, *b)* os mestres do machado e calafates *c)* os pilotos e praticos do lugar *d)* os catraeiros, os pescadores do littoral e os homens de soccorro (*rinforzo*) nos navios de pesca em alto mar ou no estrangeiro. Cada uma destas duas categorias tem registro separado. Em um regulamento foram desenvolvidos os principios reguladores da marinha mercante italiana.

Na Inglaterra, o *Merchant Shipping Act*, 1894 (57 e 58 Vict. C. 60) consolidou as disposições, que anteriormente regulavam, em 14 partes a marinha mercante, referentes 1) ao registro dos navios, 2) ao capitão e pessoas do mar, 3) aos navios para passageiros e emigrantes, 4) aos navios de pesca, 5) á segurança dos navios, 6) aos inqueritos e tribunaes marítimos, 7) á entrega das mercadorias, 8) á responsabilidade dos donos dos navios, 9) aos destroços e salvação, 10) á pilotagem, 11) aos pharoes, 12) á caixa da marinha mercante, 13) aos processos judiciarios, 14) a superintendencia dos assumptos concernentes á marinha mercante e pessoas do mar.

SECÇÃO II

DOS OFFICIAES DE POPA

Capitão

226. A princípio, o titulo de capitão foi reservado aos commandantes de navios de guerra; patrão, mestre era o que dirigia o navio mercante — *magister navis*. Mais tarde, com o grande desenvolvimento das expedições commerciaes maritimas, aquelles que emprehenderam viagens longinquas, em demanda de conquistas industriaes, tomaram o nome de capitães, estendendo-se esta qualificação a todos os que em qualquer navegação maritima commandam (1): *Magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est* (2)

227. Só pôde ser capitão o que reunir o triplice requisito seguinte (3):

- a) ser brasileiro,
- b) ter idoneidade technica,
- c) possuir capacidade para contractar.

228. O capitão reveste dois distinctos caracteres, um publico e outro privado: dahi as suas attribuições, os seus direitos e as suas obrigações.

(1) Vide Sebire et Carteret *Encyclopédie du Droit*, *vb. Capitaine de navire*, n. 1.

(2) Dig. l. 1 § 3 de *exercitoria actione*, Ulp.

(3) Cod. do Comm., art. 496, lei n. 123, de 11 de Novembro de 1892, art. 3, § 2. d. n. 2.304, de 2 de Julho de 1896, art. 5, n. 2; Dec. n. 447, de 19 de Maio de 1846, art. 59; Dec. n. 2.162, de 1 de Maio de 1858, avisos n. 76, de 12 de Fevereiro de 1881 e n. 11 de 5 de Outubro de 1888; Dec. n. 3.334 de 5 de Julho de 1899 art. 52 n. 24.

229. Em razão de seu character publico, o capitão exerce varias attribuições, policiaes, repressivas, de official de estado civil, as quaes são:

1.º Mantem a disciplina de bordo, impondo penas correccionaes, como seja a prisão, formando processos pelos delictos da gente de tripulação e dos passageiros: Cod. do Comm. arts. 497 e 498.

Muito cumpriria que esta attribuição fosse devidamente regulamentada, no saudavel proposito de garantir a autoridade do capitão, sem pôr em risco a segurança das pessoas que lhe estão sujeitas; pois, si o capitão deve ser amparado com as indispensaveis medidas policiaes e repressivas, que não lhe pôdem ser denegadas, em bem da navegação; por outro lado, muito cumpre evitar que o seu poder a bordo não degenerere em instrumento de caprichos e tyrannia sempre injustificaveis. E' assim que tem procedido as nações cultas.

2.º Lança o termo de nascimento de quem é dado á luz em viagem, vinte e quatro horas depois deste acontecimento, em presença do pae da criança, si estiver a bordo, e de duas testemunhas. O termo deve conter o nome e sexo do recém-nascido, a hora, dia, mez e anno e em que altura nasceu, com todas as circumstancias, assim como dos nomes, estado, profissão e patria dos paes e avós, se forem conhecidos; e no primeiro porto estrangeiro, a que chegar o navio, ao consul deverá entregar o capitão duas cópias authenticas do referido termo e, si não houver ali consul, deverá remetter pelo correio essas cópias ao consulado brasileiro mais proximo: Dec. n. 4.968, de 24 de Maio de 1892, arts. 117 a 120, Dec. n. 3259 de 1899, arts. 336 a 339.

3.º Lança o termo de obito do fallecido em viagem, procedendo semelhantemente como no caso do nascimento. Decs. n. 4.968 art. 121 e n. 3.259 art. 340.

4.º Arrecadar e proceder á inventario dos bens que o fallecido em viagem deixar a bordo, com assistencia dos officiaes do navio e de duas testemunhas, sendo preferidos os passageiros. Entregando no porto do destino si fôr estrangeiro ao Consul do Brazil, para que este remetta para o Brazil o inventario e os bens arrecadados: Dec. n. 4.968 art. 122, Dec. n. 3.259 art. 341 ou si chegar ao porto brasileiro da sahida fará entrega dos bens e inventario á autoridade competente: Cod. Com. art. 534.

5.º Officia nos casamentos civis *in articulo mortis*.

Esta attribuição é baseada no espirito do dec. n. 181, de 24 de Janeiro de 1890, em cujo art. 37 se vê permittido o casamento civil em presença de seis testemunhas, maiores de 18 annos, que não sejam parentes em gráo prohibido do enfermo ou que não o sejam mais d'elle do que do outro contrahente, e isto quando o contrahente enfermo estiver em imminente risco de vida.

Si o dec. n. 181 de 1890 admitte a possibilidade de não poder officiar a autoridade que preside aos casamentos, rasão de sua ausência; por certo que não exclue a celebração do casamento *in extremis* pelo capitão, em cujo acto guardará, quanto couber no caso, os preceitos reguladores do casamento civil.

Neste caso, *ad instar* do que pratica nos tres anteriores, o capitão deverá entregar copias authenticas do respectivo termo ao consul brasileiro do porto do destino do navio, ou remettel-as pelo correio ao mais proximo consulado do Brazil, para os devidos effeitos.

Faremos nossas, as sentenciosas palavras do notavel commentador do codigo civil portuguez (1), que, embora a outro respeito, disse : — «a honra da familia, o porvir da prole desgraçada e innocente, a reparação devida á mulher, e sobretudo o respeito, que merece a vontade dos que se acham á beira da sepultura, requerem que não se ponha o mais pequeno embaraço aos casamentos em artigo de morte».

6.º Escreve e approva os testamentos maritimos.

A Ord. do L. 4 tit. 80 não falla desta especie de testamentos, mas a jurisprudencia o adoptou em seus invariaveis estylos e não sem fundamento.

Com effeito, a lei de 18 de Agosto de 1769 § 9 manda recorrer, em materias maritimas, ás legislações das nações cultas ; e entre estas destacam-se as leis da França (2) que facultam o testamento feito pelos passageiros e tripulantes em viagem.

Escrevendo os testamentos, o capitão deve fazel-os constar de seus registros maritimos e delles dar conhecimento aos consules brazileiros, como deve praticar em relação aos nascimentos, obitos e casamentos celebrados durante a viagem ; por que, militando as mesmas razões devem prevalecer as mesmas disposições legaes : *ubi eadem ratio, ibi idem jus esse debet.*

Este testamento, porém, deixa de ser valido, si o testador não fallecer na viagem ; pois, si convalesce, deve o testador fazer o seu testamento em terra com as solemnidades esta-

(1) Dias Ferreira t. 3 p. 36 ao art. 1.076.

(2) Vide a Ord. franceza de 1681 d. 3 tit. 11 art. 1; cod. do commercio da França arts. 988 e seguintes; Silva Lisboa—Dir. mercantil Tractado 6º cap. 25 Gouvêa Pinto—Trat. dos testamentos cap. VII n. 5; Coelho da Rocha Dir. civ. § 685, Dig. l. unica § 1 de con. poss. ex estum. militis.

belecidas pela lei do lugar onde o fizer. São em numero de tres as testemunhas, maiores de quatorze annos, não legatarios e com demais requisitos da Ord. do L. 4 titul. 80 (1).

7.º O capitão tem qualidade official para authenticar actos que dessa formalidade dependam para produzir effeitos, como seja o reconhecimento das assignaturas escriptas a bordo, na viagem comprehendida.

230. Em seu aspecto particular, a figura juridica do capitão comprehende diferentes significações ; porque, conforme as hypotheses respectivas :

- a) é proprietario, comparte ou membro de uma sociedade tendo por objecto o navio : Cod. do Comm. arts. 484 485, 494 *in fine* 536 e 537 ;
- b) é locador de serviços : Cod. cit. arts. 226, 532 e 564 ;
- c) é mandatario : Cod. cit. arts. 515, 535, tit. un. art. 25, Reg. n. 737 de 1850, art. 48 *dec.* 848 de 1890 art. 106 ;
- d) é depositario dos effeitos que recebe a bordo : Cod. cit. art. 519.

231. No quadro das pessoas que intervêm nas operações do commercio, que lugar occupa o capitão de navio ? E' ou não commerciante ?

Não hesitamos em dizer que o capitão não é commerciante ; por isso que, os actos que pratica o capitão, como

(1) Gouveia Pinto ob. e l. cits.

tal simplesmente, não reúnem os elementos que caracterizam o acto do commercio ; visto que o capitão :

- a) não pratica actos de mediação,
- b) nem de especulação,
- c) não opera *proprio nomine*,
- d) não exerce a profissão habitual do commercio.

Com quanto o capitão não seja commerciante, todavia está sujeito á jurisdicção chamada a conhecer dos actos de commercio ; por quanto, o capitão é um verdadeiro agente auxiliar do commercio, quando considerado na sua situação jurídica de preposto ; pois, como diz Marghieri (1), os actos e operações inherentes ao exercicio do commercio, reclamam, geralmente, por sua multiplicidade e variedade e quando tracta-se do commercio de navegação, pela própria natureza deste commercio, que o negociante se faça auxiliar pelos serviços de outras pessoas que juridicamente estão na sua dependencia e são por elle prepostos á pratica de um ou mais actos ou de um complexo de actos, mediante paga ; é, pois, a preposição um contracto pelo qual se delega uma pessoa para dirigir e levar por deante um ou mais negocios por conta e sob as ordens do preponente.

E como é corrente, os agentes auxiliares do commercio estão sujeitos á jurisdicção commercial, como se vê das diferentes disposições legais que regem o caso (2).

Divergem os escriptores sobre este assumpto.

Laurin (3) affirma ser o capitão commerciante no sentido de ser elle sujeito aos tribunaes de commercio, invocando

(1) Il Diritto commerciale t. 1 n. 223.

(2) Vide Cod. do Comm. tit. un. art. 18 ; Reg. n. 737 de 1850 art. 14 §§ 1 e 2, 236 § 2, 239. Hoje da competencia da justiça federal—dec. n. 848 de 1890 art. 15, g) e 189, lei n. 221 de 1894 art. 44.

(3) A Cresp. t. 1 pgs. 568 a 569.

os arts. 1 e 633 do código do commercio da França, que declaram ser commerciantes todos os que exercem a profissão habitual do commercio ; e ser acto de commercio o ajuste da gente do mar para o serviço dos navios mercantes.

Contesta Boistel (1), porque si o capitão faz varios contractos maritimos que incidem na disposição do art. 633 do código commercial da França, o certo é que não os faz por conta propria nem em seu nome ; elle trabalha para quem lhe paga ; o capitão tambem está sujeito ao art. 634 do invocado código, que submete aos mesmos tribunaes os feitores (*facteurs*), entre os quaes se póde considerar o capitão em relação ao armador.

Desjardins (2), negando a qualidade de commerciante ao capitão, acha que a discordancia entre Laurin e Boistel é apparente ; porque esses escriptores empregam uma formula differente, mas chegam ao mesmo resultado pratico.

Lyon-Caen e Renault (3) pensam igualmente que o capitão não é commerciante, uma vez que não navega por sua propria conta ; e accrescentam que o facto de ter admittido especialmente a legislação franceza o capitão ao lado dos commerciantes, na eleição dos tribunaes e camaras de commercio, sendo eleitor e elegivel, implica o não reconhecimento da qualidade de commerciante no capitão ; sendo essa excepção justificada já pelos interesses pessoaes que os capitães muitas vezes tem nos processos commerciaes, já por sua experiencia pratica em materia de commercio marítimo, cujo concurso é precioso para os tribunaes de commercio dos portos.

(1) Précis de droit commercial n. 1.194.

(2) Traité de dr. com. marit. t. 2 n. 375.

(3) Ob. cit. t. 5 n. 517.

Vidari (1) attentando para a qualidade de preposto do capitão, *come tale*, também não o considera commerciante.

Opinam pela qualidade de commerciante do capitão Dalloz (2), Ruben de Couder (3), Alauzet (4).

232. Nas parcerias marítimas, o caixa é quem nomêa ajusta e despede o capitão, salvo convenção em contrario: Cod. do Cod. art. 493.

Nas sociedades commerciaes propriamente ditas, a nomeação, ajuste e despedida do capitão são actos de administração, dependentes das clausulas do contracto social ou estatutos, conforme a natureza da sociedade.

Esta escolha não é livre, porque o capitão além de ser brasileiro deve possuir capacidade professional e contractual, como já notamos (5).

Fóra do Brazil, o consul brasileiro intervem na mudança do capitão: dec. n. 3.250 de 30 de Setembro de 1899 art. 324.

A pratica das nações cultas não é outra, com excepção dos Estados Unidos da America do Norte, onde a nomeação do capitão é livre, sob a responsabilidade de quem o nomêa.

SECÇÃO III

DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO CAPITÃO

233. Já mostrámos que o capitão de navio tem um character publico e como tal exerce certas attribuições (6).

(1) Ob. cit. t. 6 n. 2.926.

(2) *Répertoire de droit maritime* n. 311

(3) *Dict. de dr. Comm.* vb. *Capitaine* n. 59.

(4) *Comment. du Code de Comm.* t. 6 n. 2.996.

(5) Vide supra n. 227

(6) Vide supra n. 229

Resta-nos indicar quaes os seus direitos e obrigações, sob o ponto de vista de seu character particular. Estes direitos e obrigações podem ser considerados :

- a) antes da viagem,
- b) durante a viagem,
- c) finda a viagem.

DIREITOS DO CAPITÃO ANTES DA VIAGEM

234. Os direitos do capitão, nesta phase juridica, são:

1.º Contractar as suas soldadas com o proprietario, compa... navio armado, caixa ou gerente da empresa nautica.

2.º Escolher, ajustar e despedir a gente da tripulação de acôrdo com o dono ou armador, caixa ou consignatario, si acharem-se estes presentes; mas, o capitão não é obrigado a receber como parte da tripulação individuo algum contra a sua vontade: Cod. do Comm. art. 499.

Este direito do capitão decorre de sua complexa missão e da tremenda responsabilidade que a acompanha.

Fôra completa anomalia reconhecer no capitão aquelle, a quem toda a tripulação deve obdecer, (Cod. do Com., arts. 497 e 498), o responsavel por tudo quanto se passa a bordo, sem excluir os factos da tripulação e negar-lhe a faculdade logica de chamar para o serviço de bordo pessoa que não lhe merecesse confiança.

Commentando o art. 223 do codigo commercial da França, que contém disposição semelhante á do art. 499 do nosso Codigo, Bedarride (1) diz que os direitos do capitão, rela-

(1) Droit Commercial (maritime) t. 2, n. 369.

tivamente á escolha da equipagem, limitam-se á designação das pessoas; não se estendendo o arbitrio que lhe é deixado ás condições do ajuste e sobre tudo ás soldadas.

Esta limitação é justamente criticada por Laurin (1), ponderando que a opinião de Bedarride chegaria a supprimir a faculdade que tem, por lei, o capitão de fórmarm a equipagem; porque um direito de designar, sem a possibilidade de ajustar as condições e preço do serviço, é um direito morto á nascença, sem utilidades nem applicação praticas; é certo que o capitão é responsável para com o armador pelos factos que envolverem excesso das instrucções recebidas ou que não se conformarem com os preços correntes, sem que isso prejudique o pagamento das soldadas contractadas.

A escolha do capitão só pôde recahir em quem reuna as condições legais.

3.º E' indemnizado, quando despedido antes de começar a viagem si a respeito houve convenção expressa: Cod. do Comm., art. 532 *in fine*.

4.º Faz fretamento do navio, não estando presente o seu dono ou representante, seguindo as instrucções recebidas; cumprindo notar que ainda que o capitão tenha excedido as faculdades de suas instrucções, nem por isso se invalida o fretamento, salvo o direito do dono do navio contra o capitão: Cod. do Comm., art. 513 e 569.

5.º Póde fazer despeza extraordinaria com o navio, si no lugar não estiver o dono nem representante seu: Codigo do Commercio, art. 514.

(1) Ob. cit., t. I, p. 571.

6.º Póde negar-se a fazer a viagem para ponto determinado, sobrevindo peste, guerra, bloqueio ou impedimento legitimo da embarcação sem limitação de tempo : Cod. do Comm., art. 533.

OBRIGAÇÕES DO CAPITÃO ANTES DA VIAGEM

235. Estas obrigações são as seguintes :

1.º Deve ter tres livros encadernados e rubricados pela autoridade a quem competir a matricula dos navios, para nelles ser lançado com regularidade tudo quanto entender com a administração do navio e sua navegação, sob pena de responder pelos damnos consequentes : Codigo do Commercio art. 501.

Um desses livros, denominado livro da carga, servirá para fazer constar diariamente as entradas e sahidas da carga especificado as marcas, numeros dos volumes, dos carregadores e consignatarios e portos de carga e descarga fretes ajustados e circumstancias que possam servir de esclarecimentos. E' nesse livro que se lançam os nomes dos passageiros, lugar de seu destino, preço das passagens e relação da bagagem : Codigo do Commercio art. 502.

Em um segundo livro— da receita e despeza e em fórma de contas correntes, deve ser lançado tudo quanto o capitão recebe e despende em relação ao navio.

Nesse livro cada individuo da tripulação tem conta especial, onde se fará constar o que receberem e os onus a que possa estar obrigado : Codigo do Commercio art. 503.

O terceiro livro é o diario da navegação, no qual se assentará diariamente a derrota do navio, com as obser²²

vações nauticas e occurrencias que interessarem á navegação, acontecimentos extraordinarios que possam ter lugar á bordo e com especialidade temporaes, damnos ou avarias que possam soffrer o navio e a carga, deliberações com os officiaes de bordo, protestos, os trabalhos e a concertos que o navio precisar: Codigo do Commercio art. 504.

Si o navio fôr á vapor deverá ter um quarto livro com termos de abertura e encerramento e rubricado pelo capitão do porto onde a commissão de vistorias mencionará a data e o resultado da ultima vistoria.

Nos navios a vapor de cabotagem e longo curso, haverá mais um livro com termos de abertura e encerramento e rubricado pelo capitão do navio, onde o machinista de quarto consignará todas as occurrencias que se derem na machina durante as horas do serviço: dec. n. 216. D., de 22 de Fevereiro de 1890 art. 47.

2.º Deve ter os papeis de bordo (1): Codigo do Commercio art. 466.

3.º Deve acondicionar bem a carga que recebe a bordo: Codigo do Commercio art. 519.

4.º Nada pôde receber no convez do navio sem autorisação expressa dos carregadores, sob pena de responder pelos prejuizos resultantes: Codigo do Commercio art. 521; pois, as mercadorias collocadas no convez são as que primeiro são alijadas e expostas a qualquer perigo.

5.º Não pôde receber carga de terceiro, si o navio estiver fretado por inteiro, sob pena de descargal-a á sua custa: Cod. do Comm. art. 522.

(1) Vide supra n. 134.

6.º Paga frete em dobro da mercadoria de sua conta particular, ainda que seja na sua camara ou agazalhados, si a metteu a borbo sem licença por escripto do dono do navio ou afretador: Cod. Comm. art 523.

7.º Não lhe é licito fazer ajuste publico ou secreto com carregadores em beneficio proprio, sob pena de correr o risco que possa advir e perder o lucro que se realizar (Codigo do Commercio art. 525) nem commerciar por conta propria, si navega em parceria a lucro commum: salvo convenção em contrario, sob pena de pertencerem aos outros parceiros os lucros restantes e de correrem por sua conta os riscos possiveis : Cod. Comm. art. 524.

8.º Inventaria com o piloto, contra-mestre, na vespera da partida, as amarras, ancoras, velames e mastreação, com declaração do estado em que se acharem, assignando todos o inventario : Cod. Com. art. 506.

9.º Apresenta na vespera da salida os seus despachos : Dec. n. 447, de 1846 art. 19; obtendo o passe.

10.º Faz vistoriar o navio a vapor: Dec. n. 216, de 1890, art. 20.

Esta obrigação do capitão tem por fim averiguar as condições de segurança em que o navio emprehende a expedição: si ha nisso uma medida policial, tambem ha uma garantia aos direitos dos que têm interesses na viagem.

A sancção desta medida consiste em multas definidas no citado decreto.

A vistoria estabelece a presumpção da navegabilidade do navio e a falta della torna responsavel o capitão para com os interessados no navio e carga: cod. com. de Portugal, art. 505 § 4.º

DIREITOS DO CAPITÃO DURANTE A VIAGEM

236. Os direitos do capitão nesta phase são :

1.º Deliberar com voto de qualidade em todos os assumptos em que fôr interessado o navio ou a carga.

Póde tambem deliberar contra o vencido, sob sua responsabilidade pessoal : Cod. do Com. art. 509, Reg. n. 737 de 1850, art. 363.

Esta faculdade é perfeitamente justificavel; porque, sendo o capitão o responsavel por tudo quanto se passa a bordo, não podia a lei deixar de conceder-lhe ampla liberdade de acção, sob a tremenda comminação que muito influirá na resolução que houver de tomar.

2.º Póde contrahir dividas, tomar dinheiro a risco marítimo, vender mercadorias da carga, se não tiver fundos, não se achando presente o dono, o consignatario do navio ou algum interessado na carga; ou se estiverem, não providenciarem, precedendo as devidas justificações : Cod. do Com. arts. 515 a 518.

3.º No caso de alijamento, sacrificar de preferencia o que estiver no convez, depois os objectos mais pesados e de menor valor, e em igualdade de circumstancias, os que estiverem mais á mão; fazendo a possivel diligencia para tomar nota das marcas e numero dos volumes alijados : Cod. Com., art. 769.

4.º Poder promover a venda da navio, provada a sua innavegabilidade : Cod. do Com., arts. 531, 756 e 757.

5.º Ser indemnizado, si durante a viagem fôr despedido sem justa causa : Cod. do Com. art. 532, 2ª parte.

E' nesta phase da viagem que o capitão exerce as principaes attribuições, inherentes ao seu character publico.

OBRIGAÇÕES DO CAPITÃO DURANTE A VIAGEM

236. As obrigações do capitão durante a viagem são :

1.º Manter a escripturação dos livros — da carga, da receita e despeza, e do diario da navegação: Cod. do Comm., art. 501.

2.º Fazer constar do diario da navegação as alterações que durante a viagem soffrerem as amarras, ancoras, velames e mastreação assignando com o piloto e o contra-mestre as respectivas declarações: Cod. do Comm., art. 506.

3.º Deve conservar-se a bordo desde o começo da viagem até á chegada do navio a surgidouro seguro e bom porto, defendendo o navio e carga: Cod. Comm., art. 507.

Quanto maior fôr o risco da navegação tanto maior deve ser a energia alliada á prudencia do capitão; e só no caso de naufragio, ser-lhe-ha licito abandonar o navio, devendo em tal emergencia envidar seu maximo esforço para salvar os effeitos do navio e carga; devem merecer preferencia neste valvamento os papeis e livros de bordo, dinheiro e mercadorias de maior valor: Cod. do Comm., art. 508.

Ao abandono deve preceder a consulta e voto dos officiaes de bordo, tanto quanto o permittir a angustiosa conjunctura e tal seja a dureza da extremidade que não consinta que a deliberação seja lançada á bordo, o que póde ser feito depois.

Não livra o capitão da responsabilidade que sobre elle pesa, o ter seguido o parecer dos officiaes de bordo; pois,⁽²⁴⁾

como diz Valin (1) cumpre que elle combata, que exhorte a sua gente para que empreguem todos os esforços para afastar o perigo que os opprime; cumpre que elle ameace a tripulação; em uma palavra, que não se entregue ao seu parecer sinão quando a prudencia não lhe permittir outro passo; si quer conservar sua reputação, deve o capitão ser o ultimo a abandonar o seu navio.

Procedimento contrario do capitão fal-o incorrer na indemnização dos damnos consequentes.

Semelhantemente, deve o capitão oppôr a mais decidida resistencia, sob o dictame da prudencia, a qualquer violencia perpetrada contra o navio e carga; e quando a entrega fôr inevitavel, lançará os protestos, ratificações e justificações competentes no primeiro porto opportuno: Cod. do Comm., art. 526.

4.º Deve tomar pilotos e praticos nos lugares em que a prudencia, os regulamentos ou os usos o exigirem: Cod. do Comm., art. 507 (2).

A obrigação que corre ao capitão de ter pratico a bordo não dispensa a sua presença; porque, este piloto ou pratico não é um substituto do capitão, mas um auxiliar, como sustenta Laurin (3), com as numerosas autoridades que invoca.

No mesmo caso não está o rebocador; porque este opera separadamente e não está em regra sujeito ás ordens do capitão do navio rebocado, como tambem acertadamente opina o citado escriptor.

(1) t. 1 p. 452.

(2) Já alludimos a esta especie de pilotos, vide supra n. 224

(3) Ob e l citados. Vide *infra* Abalroação, nos riscos dos contractos de seguros marítimos.

5.º Não deve entrar em porto estranho ao do destino e escalas, salvo o caso de força maior; e nesta hypothese deve sahir logo que se depare ensejo: Cod. do Com. art. 510.

6.º Indemnizar o damno que causar com a falta imputavel no cumprimento de suas obrigações.

Além dos artigos citados do Commercio, que traduzem a responsabilidade do capitão, ha ainda a considerar os casos em que o capitão dá motivo a que o navio seja embargado ou retardado e torna-se por isso responsavel pelos damnos que possam sobrevir ao navio e á carga: Cod. do Com. art. 607 e 608.

DIREITOS DO CAPITÃO FINDA A VIAGEM

238. A viagem considera-se finda, quando o navio chega a seu destino, por motivo de força maior ou voluntariamente, cessando as funcções do capitão.

Os direitos do capitão finda a viagem são:

1.º Receber a soldada ajustada e primagem. Si houver contestação a respeito do pagamento, o capitão sob prestação de fiança de as repôr; a haver lugar, deve ser immediatamente embolsado das soldadas vencidas: Cod. do Com. art. 535. Este credito é privilegiado: Cod. do Com. art. 470 n. 5 *dec.* n. 917, de 1890 art. 70 n. 2 *e*).

Sobre a soldada do capitão não pôde recahir penhora nem arresto, Reg. n. 737 de 1850 arts. 339 e 529 § 4, Dec. de 13 de Dezembro de 1782, *dec.* 917, de 1890 art. 70—I *e*).

O remedio juridico que protege este direito do capitão é a acção de soldadas: Reg. n. 737 de 1850 art. 289 e seguintes e lei n. 221 de 1894 art. 44. Esta acção

prescreve em um anno a contar do dia em que findar a viagem: Reg. n. 737 citado art. 449 n. 4.

2.º Ser indemnizado das despezas necessarias que fizer em utilidade do navio, não tendo excedido as instrucções recebidas: Cod. do C. 520.

3.º Requerer ao portante depositario para a carga, receber os generos e pagar os fretes, desde que estiver ausente o consignatario ou, não se apresentando o portador do conhecimento á ordem, o capitão ignorar a quem deva fazer legal entrega da carga: Cod do Com. arts. 528.

Póde tambem pedir deposito judicial, quando os portadores de conhecimentos não se apresentarem a receber as cargas, logo que começar a descarga, estando o consignatario ausente ou tendo fallecido: Cod. Com. art. 585.

4.º Exigir dos donos ou consignatarios da carga, no acto da entrega desta, que depositem ou affiancem a importancia do frete, avarias grossas e despezas a seu cargo; e na falta de prompto pagamento deposito ou fiança, poderá requerer arresto que se effectuará nas mercadorias da carga, em quanto esta estiver em poder dos donos ou consignatarios, esteja ou não nas estações publicas. O embargo ou arresto prescreve em trinta dias a contar do ultimo dia da descarga.

Si a mercadoria fôr de facil deterioração ou de guarda arriscada ou despendiosa, poderá o capitão requerer a venda em publico leilão; ficando depositado o seu liquido producto: Cod. do Com. art. 527, Reg. n. 737 de 1850 art. 358 e 359.

Cabe-lhe ainda o direito de protestar e requerer deposito de fazendas equivalentes ao pagamento do frete, avaria grossa ou despezas, pedir a venda das fazendas depositadas, e, quando

o producto da venda fôr insufficiente para aquelle pagamento, accionar os carregadores pelo que lhe restarem. Isto prevalece tambem quando o consignatario recusa receber a carga. Nos dous casos referidos, si a avaria grossa não poder ser logo regulada, é licito ao capitão exigir o deposito judicial da quantia que fôr arbitrada : Cod Com. art. 619.

OBRIGAÇÕES DO CAPITÃO FINDA A VIAGEM

238. São estas :

1.º Ratificar com o seu depoimento e com os dos officiaes, gente da tripulação e passageiros todos os processos testemunháveis e protestos formados a bordo, perante a autoridade competente do primeiro lugar onde chegar, tendo presente o diario da navegação : Cod. do Com. art. 505,

Esta ratificação deve ser feita nas primeiras 24 horas uteis da entrada.

Este protesto costuma ser feito tambem no consulado estrangeiro do pavilhão do navio, pratica admittida *ob reciprocam comitatem* : Dec. n. 855 de 8 de Novembro de 1851.

O protesto é um meio de prova, mas não exclusivo, da veracidade dos factos passados a bordo (1).

A ratificação do protesto tem o seu processo estabelecido nos arts. 360 a 368 do Reg. n. 737 de 1850, vale como prova plena absoluta, podendo ser illidida e impugnada por provas em contrario ; mas nas acções competentes ; pois, a ratificação não é susceptivel de embargos, recursos nem de contraprotostos : Reg. n. 737 cit, art. 369.

(1) Vide *Revista Juridica* do autor, anno de 1870 p 181.

2.º Fazer immediata entrega das malas do correio : Dec. n. 368 A de 1890 art. 89 § 1, sob pena de multa.

3.º Depois das visitas d'Alfandega, saúde e policia dar entrada na capitania : Dec. n. 447 art. 18.

4.º Chegando a porto estrangeiro apresentar-se ao consul brasileiro nas primeiras 24 horas uteis, ahi depositando a guia ou manifesto d'Alfandega brazileira, assim como a matricula ; na qual declarará e fará anotar pelo consul o que haja occorrido em relação à tripolação do navio tanto no mar, como em quanto molhar as aguas do porto estrangeiro (1).

Si a chegada fôr a porto brazileiro, o deposito do manifesto deve ser feito na alfandega, se houver, e o da matricula na repartição onde fôr de costume fazer-se — com as sobre-ditas declarações : Cod. Comm. art. 511.

Si a chegada do navio, fôr de volta ao porto d'onde sahiu, ou naquelle em que deixar o commando, é o capitão obrigado a apresentar a matricula na repartição della encarregada, dentro de 24 horas uteis, depois que der fundo e a fazer as mencionadas declarações.

Incorre em multa o capitão que não apresentar todos os individuos matriculados, ou não justificar a falta, salvo os recursos que são assegurados.

Passados oito dias depois das 24 horas do cumprimento desta obrigação, prescreve qualquer procedimento contra o capitão por faltas que commetter na matricula : Cod. Comm. art. 512 ; Dec. 916 de 16 de Fevereiro de 1852.

5.º Póde exigir antes de abrir as escotilhas do navio que os consignatarios da carga prestem fiança ao pagamento

(1) Vide Dec. n. 3259 de 11 de Abril de 1899.

d'avaria grossa, na parte da sua contribuição no rateio: Cod. Comm. art. 784; e no caso de recusa pôde requerer deposito judicial para os effeitos obrigados á contribuição até ser pago, ficando o preço da venda subrogado nesses effeitos, para o fim de por elle ser paga a respectiva contribuição na avaria grossa: Cod. Comm. art. 785.

6.º E' obrigado a entregar os effeitos da carga; não podendo retel-os, ainda a titulo de segurança ou pagamento do frete, avaria grossa e despezas: Cod. Comm. arts. 527 e 619.

7.º Prestar contas de sua gestão ao dono ou caixa do navio, entregando o saldo, livros e mais objectos do archivo: Cod. Comm. art. 535.

8.º Promover os termos da regulação e repartição da avaria grossa: Cod. Comm. art. 783.

240. Além dos direitos e obrigações referentes ás phases da viagem, ha direitos e obrigações que existem indistinctamente, sem corresponder precisamente a determinada phase.

Um desses direitos é o do commando do navio, que existe quer o navio viaje, quer não: uma vez que a seu serviço seja empregada a tripulação: Cod. do Com. art. 497.

Assim tambem ha obrigações que vinculam a responsabilidade do capitão qualquer que seja a situação do navio, entre os quaes se pôdem enumerar as seguintes:

1.º Não deve o capitão seduzir marinheiro matriculado em outro navio, sob pena de multa e de indemnisar as demoras causar: Cod. Comm. art. 500.

2.º Responde como depositario da carga: Cod. Comm. art. 519.

O capitão estará sujeito á acção de deposito, sendo obrigado a fazer entrega da carga em 48 horas, sob pena de prisão?

Pensamos que não, pelas seguintes razões:

I. E' certo que o art. 519 do Codigo do Commercio considera o capitão depositario da carga e de quaesquer effeitos que receber a bordo e como tal está obrigado á sua guarda, bom acondicionamento, conservação e á sua prompta entrega a vista dos conhecimentos; mas, não o sujeitou o Codigo á acção de deposito, como expressamente fez com os trapicheiros, com os administradores de armazens de depositos e com os conductores ou commissarios de transporte: (arts. 91, 114 e 284). E o Reg. n. 737 de 1850 no art. 280 enumerando aquelles contra os quaes é licito intentar a acção de deposito, não contempla os capitães de navio.

Ora, são correntes os aphorismos—*Inclusio unius exclusio est alterius*—*Qui de uno dicit, de altero negat*, e Victor Fons (1), referindo-se a estes aphorismos, diz: a autorisação de uma cousa implica a exclusão da outra; quando a lei estatue para certos casos que ella enumera, é visto excluir os outros de sua disposição.

Tanto mais devem preponderar estes principios, quanto é certo que tracta-se de leis vexatorias que devem ser sempre entendidas e interpretadas restrictamente: *in odiosis et correctoriis non fit extensio a casu ad casum, a persona ad personam*.

II. Os capitães de navio exercem funcções de natureza differente, em rasão de seu character publico e privado (2); e a entidades desta ordem não podia rasoavelmente o legislador applicar os rigores de uma acção de deposito e por isso

(1) *Aphorismes* n. 32.

(2) Vide n. 228.

justamente os excluiu de tal acção, por sua significativa omissão.

III. O Reg. n. 737 de 1850 art. 273 só admitte que o depositario se defenda depositando o equivalente, limitando a defeza ás materias de falsidade, roubo ou perecimento do deposito por caso fortuito ou de força maior. Entretanto, o capitão, em varias emergencias, como no caso de avaria commum, pôde exigir fiança dos carregadores (Cod. Comm. arts. 527, 619 e 784); pôde dispor da carga (Cod. Comm. art. 515); cuja materia não está inhibido de allegar seja em que acção lhe fôr intentada.

IV. Quando o Codigo do Commercio no art. 519 considerou o capitão de navio depositario, foi para melhor fazer sentir os cuidados que elle deve ter na guarda e conservação de tudo quanto receber á bordo, sem exceptuar o próprio navio que jamais pôde abandonar por maior que seja o perigo, fóra do caso de naufragio (Cod. Comm. art. 508).

Tambem o mandatario, o corrector recebem bens que por terceiros são lhes confiados para os fins de suas respectivas missões, mas nem por isso são submettidos a acção de deposito e consequente prisão.

O capitão do navio não responde, pois, por acção de deposito pela entrega da carga.

3.º Não pôde commerciar por conta particular, correndo por sua conta os riscos e perdendo os lucros, quando navegar em parceria commum.

4.º Pagar as multas impostas ao navio por falta de observancia dos leis e regulamentos das alfandegas e policia dos portos; Cod. Comm. art. 530.

5.º Pagar os prejuizos que resultarem das discordias entre os individuos da tripolacão do navio, si não provar¹²³

que empregou os meios convenientes para evital-os: Cod. Comm. art. 530.

6.º Responder com os quinhões e lucros que tiver na parceria marítima e no navio pela obrigação que lhe correr e com a sua soldada pelo delicto e culpa em que fôr achado: Cod. Comm. arts. 529, 557 e 565.

7.º Pagar as indemnisações devidas ao tripulante despedido sem justa causa, quando não tenha procedido com autorisação do dono do navio Cod. Comm. art. 554.

241. Na terminologia marítima a infracção das obrigações, que incumbem ao capitão de navio, recebe o nome de baratária ou rebeldia.

O nosso Codigo no art. 712 considera rebeldia—todo e qualquer acto por sua natureza criminoso praticado pelo capitão no exercicio de seu emprego ou pela tripulação e por um e outro conjunctamente, do qual aconteça damno grave ao navio ou á carga, em opposição á presumida vontade legal do dono do navio.

Não se deve attribuir ao legislador o pensamento de ter considerado existir baratária só quando houver crime ou delicto por parte do capitão ou tripulação do navio; o que caracteriza a baratária, e como já o dissemos (1), é toda a infracção ás leis da navegação e da guarda, que ao capitão incumbe quanto ao navio e seu carregamento; é, como diz Lord Ellenborough, toda a falta, todo o damno occasionado ao navio ou carga; comprehende toda a sorte de fraudè, de crime ou delicto commettido contra o proprietario, afretador ou carregador e tambem toda a negligencia, por mais

(1) Silva Costa, *Seguros marítimos e terrestres* n. 179. Vide infra, capítulo sobre seguros.

leve que seja, cujo resultado importe a indemnisação do navio e carga.

Não foi outro o criterio do nosso Codigo do Commercio; pois, no art. 481 qualifica de barataria facto que não é criminoso, qual o de não cumprimento do termo pelo qual o se obriga a voltar ao lugar onde foi arrestado o navio por di-capitão vida contrahida para apromptar o navio para a viagem, salvo força maior.

Bedarride (1) dá completa noção da barataria quando observa que ella dá-se sempre que o capitão faz o que não deve ou deixa de fazer o que lhe cumpre.

Alguns escriptores dividem a barataria em simples ou civil e em criminal; consistindo a primeira em factos que simplesmente causam prejuizo ao armador ou carregador; e a segunda, quando esses factos se traduzem por crime ou delicto propriamente dicto (2).

SECÇÃO IV

CESSAÇÃO DAS FUNCÇÕES DO CAPITÃO

242. Cessam as funcções do capitão, mestre ou comandante nos seguintes casos:

1.º Por mutuo acôrdo. Si aquelle que nomeou o capitão com este se entende e entre ambos fica resolvido

(1) Ob. cit. n. 1270.

(2) Vide Dalloz Répert. Gén. vb. Droit marit, n. 343.

que o capitão não assuma o commando do navio, ou quando tenha assumido o commando, cesse este; nem uma difficuldade suscita o caso: *nihil tam naturale est quam eo genere quodque dissolvere quo colligatum est*: lei 35 Digesto — *de regulis juris*.

2.º Por força maior, como a morte, a molestia physica ou mental, a prisão do capitão, perda do navio, a sua venda forçada, a declaração de guerra Cod. Comm. art. 548.

3.º A perda da qualidade e titulo de capitão.

4.º Por despedida. A despedida do capitão póde ter lugar antes de começar a viagem ou durante esta; no primeiro caso, o capitão não tem direito á indemnisação, salvo convenção em contrario; no segundo caso, e não havendo justa causa, o capitão tem direito ao pagamento de toda a soldada, a ser posto, a custo do proprietario ou afretador do navio no lugar onde começou a viagem e á indemnisação das vantagens de que fôr privado pela despedida: Cod. Comm. art. 532.

A mudança do capitão é annotada no registo maritimo do porto, onde ella tiver lugar: Cod. Comm. art. 465.

Esta mudança quando é feita em porto estrangeiro, o consul do Brazil, averiguado que o consignatario do navio tinha poderes para despedir o capitão ou convindo este na sua retirada, mandará lavrar termo da nomeação do novo capitão e o mencionará no endosso do passaporte da viagem e na matricula da equipagem: Dec. n. 4.968, de 24 Maio de 1872, art. 139 dec. n. 3.250 de 1899.

Lyon-Caen e Renault (1) justificam o direito que o art. 218 do cod. com. da França reconhece no proprietario

(1) Ob. cit. T. 5 ns. 503, 504 e 506.

do navio de despedir o capitão sem justa causa, com razões que podem-se resumir assim :

a) o capitão tem uma missão da mais alta confiança, e esta não se impõe ; b) do modo por que é esta missão desempenhada depende em parte a sorte do navio e da carga assim como a vida da tripulação e passageiros ; de sorte que a mais leve suspeita póde determinar a despedida do capitão ; c) a exigencia da justificação de motivos habeis faria muitas vezes nascer difficuldades, lentidões, cujas consequências sariam irreparaveis ; pois o temor de pagar uma indemnisação poderia paralyzar o exercicio deste direito ; d) a faculdade de despedir o capitão sem motivar é de ordem publica, não podendo ser excluida nem restringida por convenção em contrario ; e com quanto possam em principio as partes fixar indemnisação que lhes parecer, todavia os juizes devem reduzi-la, verificado que essa indemnisação foi exagerada afim de paralyzar o exercicio do direito de despedir o capitão (1).

De Valroger (2) sustenta que o capitão tem direito á indemnisação nos seguintes casos : a) sendo despedido vexatoriamente, como seja por suspeita de projectos de pirataria ; b) sendo-lhe retirado o commando sob promessa de outro, que depois é-lhe recusado ; c) si ha convenção por escripto do art. 218, cujo sentido é este: não ha lugar á indemnisação, si ha convenção contraria por escripto.

São os casos *wrongful dismissal* das praticas inglezas. 130

(1) O art. 218 do cod. com. da França diz : *Le propriétaire peut congédier le capitaine. Il n'y a lieu à indemnité s'il n'y a convention par écrit.*

(2) Ob. cit. t. 1 n. 288.

242. LEGISLAÇÃO COMPARADA :

O código commercial portuguez art. 493 diz : « O proprietario pôde despedir o capitão antes de começada a viagem, não lhe sendo devida indemnisação alguma, a não ser que por contracto se tenha resalvado o direito de a exigir. Paragrapho unico. Se o capitão é co-proprietario do navio, pôde, em caso de despedida, renunciar a sua parte e exigir o reembolso do capital que a representa. . . ».

O código do commercio allemão diz no § 545: « O capitão pôde, não obstante, qualquer convenção contraria, ser despedido a todo o momento pelo armador sem prejuizo de seu direito á indemnisação. § 546 — Si o fôr por sua incapacidade ou transgressão de dever, ganha os salarios vencidos e as vantagens estipuladas ».

O código da Hespanha (de 1885) art. 603 diz: « O armador pôde a seu arbitrio despedir o capitão ou tripulante antes da viagem sem tempo determinado pagando-se-lhe a soldada contractada sem indemnisação alguma salvo pacto expresso. Art. 604. Si o capitão ou outro da tripulação fôr despedido durante a viagem — perceberão seu salario até o porto d'onde sahiram até á volta salvo si houver justo motivo para a despedida ».

O da Italia art. 494 diz : « O proprietario pôde despedir o capitão ; no caso de despedida não é devida indemnisação, si o direito ao resarcimento do damno não está convencionado por escripto. Si o capitão despedido é coproprietario do navio, pôde renunciar a co-propriedade e exigir o reembolso do capital correspondente. A importancia deste capital é determinada por peritos. » E o código francez, arts. 218 e 219, estabelece as mesmas regras.

O direito inglez manda observar os usos do porto.

Nos Estados Unidos, pôde ser despedido o capitão do navio em busca de frette, mas havendo viagem determinada e tendo assignado conhecimentos pôde haver indemnisação, não havendo justa causa.

244. A indemnisação devida ao capitão não constitue crédito privilegiado, por que não foi comprehendido entre os que contempla o nosso código nos arts. 470, 471, 474 e 567; e os privilegios, sendo *stricti juris*, não podem ser ampliados.

De sorte que, a indemnisação devida ao capitão no caso de despedida não motivada, constitue um direito pessoal, que o capitão pôde fazer valer contra os donos ou afretadores do navio e não contra terceiros, especialmente contra os adquirentes do navio.

Entre os escriptores francezes ha divergencia: de Valroger (1) recusa character privilegiado na indemnisação devida ao capitão; ao contrario do que pensam Pardessus (2) e Bedarride (3) que vêm nesta indemnisação *une charge du navire*.

O facto de ser o capitão comparte do navio não influe sobre a sua despedida.

O art. 219 do código comm. da França prevê a hypothese e dada esta, faculta ao capitão comparte do navio, o direito de renunciar á co-propriedade e exigir o embolso do capital que a representa.

O nosso Código não previu especialmente a hypothese; e, portanto, dada ella, o capitão despedido pôde usar da faculdade que lhe assegura o art. 489; isto é, é-lhe licito

(1) Ob. cit. t. 1 n. 299.

(2) *Cours* t. 2 n. 627.

(3) Ob. cit. t. 1 n. 228.

vender o seu quinhão, affrôntando aos outros parceiros, aos quaes cabe preferencia na compra em igualdade de condições, pago o preço á vista ou consignado em juizo, em caso de contestação.

245. O capitão é substituído de ordinario por um immediato ou segundo capitão; quando não existe este immediato, ao capitão succede nas attribuições, nos direitos e nas obrigações—o piloto; e na falta ou impedimento deste, o contra-mestre: Cod. do Comm. art. 541.

O Codigo reconhece a existencia do immediato do capitão do navio ou o seu segundo no art. 545 n. 3.

246. LEGISLAÇÃO COMPARADA:

A lei belga de 21 de Março de 1879 art. 8 admite o principio do Codigo da França art. 218.

SECÇÃO V

PILOTO

247. O piloto deve ter carta, p. estado o devido exame (1).

O piloto dirige o navio no rumo indicado pelo capitão (2); isto, porem, não o escravisa á indicação que lhe fôr feita; pois, quando julgar necessario mudar de rumo deve communicar-o, com as rasões que tiver, ao capitão; e si este não se conformar com as observações do piloto, é dever deste renovar as mesmas observações em presença dos outros officiaes de bordo, lançando no diario de navegação o seu

(1) Dec. n. 1.256 de 1891 art. 54, Dec. n. 3.334 de 1899.

(2) Vide supra n. 224.

protesto, que será por todos assignado, cumprindo-lhe em todo o caso obedecer ao capitão: Cod. Comm. art. 539.

Esta disposição é justa; porque, si o capitão é quem tem o commando do navio e sobre elle recae toda a responsabilidade (1), é logico que não encontre embaraço algum no modo de operar; por outro lado, sendo o piloto responsavel por impericia, omissão ou malicia, e obrigado a resarcir o prejuizo que causar ao navio e carga, além de ser sujeito a processo criminal si incidir em crime, sem excluir a responsabilidade do capitão (Cod. do Comm. art. 540), cumpria ao legislador acautelar o seu direito, deixando-lhe oportunidade para em protesto evidenciar a regularidade do seu procedimento.

CONTRA-MESTRE

248. O contra-mestre é o chefe dos marinheiros.

O contra-mestre, recebe e entrega a carga; exigindo os respectivos documentos justificativos dos actos que praticar, para delles fazer entrega ao capitão; procedimento em contrario acarreta-lhe a obrigação de reparar as perdas e danos resultantes: Cod. do Com. art. 542.

Na falta ou impedimento do capitão e do piloto, assume o contra-mestre o commando do navio, com todas as prerogativas, faculdades, obrigações e responsabilidades inherentes ao lugar de capitão, na phrase do art. 541 do Cod. do Com.

(1) Cod. do Comm. arts. 497, 509, 529 e 539.

(*) Salvador — *Lecciones elementales del derecho mercantil de España* p. 359.

MACHINISTAS

249. No progressivo desenvolvimento da navegação, saliente papel tem o motor; da especie e proporções deste depende o emprego do respectivo pessoal.

O vapor utilizado em tão larga escala como é hoje, torna indispensavel a admissão de pessoal idoneo a seu uso.

São pois machinistas o pessoal de bordo encarregado de tudo quanto diz respeito as machinas e apparelhos motores do navio.

O Dec. n. 216 D de 1890 arts. 5 a 17 e de n. 3.550 de 1899 define as classes de machinistas, as condições das quaes depende o respectivo titulo e emolumentos devidos.

SECÇÃO VI

DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS OUTROS OFFICIAES

250. E' o capitão, de accôrdo com o dono no navio ou armador, quem nomea, ajusta e despede a gente da equipagem. (1)

251. Esta nomeação e ajustes provam-se:

- a) pela nota que o capitão é obrigado a dar ás pessoas da tripulação: Cod. do Com. art. 543, Reg. n. 737 de 1850 art. 152 § 6;
- b) pelo rol da equipagem ou matricula; Cod. do Com. art. citado, Reg. n. 737 de 1850 art. 152 § 6;

(1) Vide supra n. 234, 2º; Lei n. 5.585 de 1874 art. 3.

- c) pelo livro da receita e despesa: Cod. Com. arts. 467, 503, 544, Reg. n. 737 de 1850 art. 141 § 3;
- d) por escriptura publica ou particular: Cod. Com. art. 543, Reg. n. 737 de 1850 arts. 140, 141 § 1, 152 §§ 1 e 3;
- e) pelo inicial juramento do individuo da tripulação ou affirmação solemne quando não jure, no caso de recusa por parte do capitão da nota do art. 543 do Cod. Com.; devendo versar o juramento ou affirmação solemne sobre a importancia.

252. As soldadas da tripulação são fixas ou eventues. As fixas podem ser ao mez ou por viagem.

A soldada ao mez é a locação de serviços mediante certa somma paga por mez, enquanto durar a viagem e na proporção devida.

A soldada contractada por mez não quer dizer que a viagem só dure um mez, findo o qual o tripulante possa deixar o navio; pois, cumpre-lhe servir durante toda a viagem; e quando se diz contractado por mez, entende-se sómente que a sua soldada conta-se por mez (1)

Este ajuste é um contracto synallagmatico porque a prestação do serviço nautico do tripulante se presume equivaler a prestação da soldada, pelo tempo em que o serviço for prestado.

A soldada por viagem é a locação do serviço nautico do tripulante mediante certa somma em quanto durar a viagem.

(1) Vide Ruben de Couder, *Dict. vb. Gens d'équipage* n. 174; Cod. Com. ar. 549.

Este ajuste participa do character aleatorio ; porque não é determinavel com rigorosa certeza o tempo em que deve concluir-se a viagem, maxime nos navios á vela. Quando não ha tempo determinado do ajuste, entende-se que este foi por viagem redonda ou de ida e volta ao lugar em que se fez a matricula : Com. Com. art. 543.

As soldadas eventuaes consistem nos lucros que possam advir ao tripulante da parceria marítima ou sociedade commercial de que possa fazer parte. (1).

O nosso Codigo do Commercio admite as especies de soldadas que temos indicado nos arts. 543, 547, 549, 550, 552, 553, 554, 561 e 563.

252. Os direitos do pessoal da tripulação são :

1º O sustênto, o qual subentende-se sempre comprehendido no ajuste : Cod. do Com. art. 543 e 557.

2º A soldada vencida, conforme o ajuste, protegida por acção summaria, intentada dentro de tres dias depois de ultimada a descarga, com os juros da móra : Cod. do Com. art. 563, Reg. n. 737, de 1885, art. 291.

Esta acção prescreve no fim de um anno a contar do dia em que findar a viagem : Cod. do Com. art. 449 n. 4, salvo si houve contracto escripto; pois, neste caso, a prescripção é a do titulo : Cod. Comm. cit. art. 449, *in-fine*.

Releva advertir que o prazo de tres dias, de que falla o art. 563 do Codigo do Commercio, é o tempo dado ao devedor da soldada para satisfazel-a; e o prazo de um anno do art. 449 é referente ao direito que permanece quanto ao direito de a cobrar judicialmente.

(1) Vide supra arts. 155, 158 e 159

Em caso de salvação do navio, além das soldadas, o tripulante tem direito a uma gratificação correspondente ao trabalho e ao perigo que correr : Cod. Com. art. 737. E' indemnizado na proporção das soldadas que vencer, pela demora na prestação dos depoimentos da ratificação dos processos testemunháveis processos formados á bordo : Cod. Comm. art. 545-VII.

O nosso Codigo permite que se façam adiantamentos á tripulação, cujos lançamentos devem ser feitos na nota que o capitão dá ao tripulante, resando a natureza do ajuste e importancia da soldada : arts. 543 e 544

253. LEGISLAÇÃO COMPARADA :

Na Allemanha, a lei de 27 de Dezembro de 1872, arts. 36 e 38 (*Seemanns Ordnung*) estabelece que, salvo convenção em contrario, as soldadas não podem ser pagas senão finda a viagem, ou findo o ajuste si este cessar antes. Entretanto, nas viagens intermediarias, podem os tripulantes no primeiro porto da descarga total ou em grande parte do navio, receber metade da soldada vencida, si são passados seis mezes contados da revista ; assim tambem é-lhes licito reclamar metade das soldadas vencidas seis mezes depois do ultimo pagamento (art. 36). Na ausencia de estipulações, o uso local do porto em que tiver havido revista, determinará em que condições devem ser feitos adiantamentos (*Handgelder*) antes de começar a viagem (art. 37).

Salvo convenção em contrario, todos os pagamentos á gente da tripulação devem ser feitos, á sua opção, quer á vista, quer por meio da uma ordem saccada á vista sobre o armador (art. 38).

Na França, sao permittidas delegações, pelas quaes os tripulantes podem delegar em favor de suas familias parte das

suas soldadas. Na ocasião da revista, a autoridade encarregada da inscrição marítima convida os tripulantes a fazer as competentes declarações a respeito (1).

Alguns códigos como o da Italia, art. 543, de Portugal, art. 535 pr. consagram o *jus sistendi* em favor dos tripulantes; é o direito que têm estes de permanecer no navio e serem sustentados em quanto não forem pagos do que lhes fôr devido pelos serviços contractados.

3.º As preferencias asseguradas como credito privilegiado sobre o navio e fretes: Cod. do Cod. arts. 470 n. 5, 564, 738, 759, 876, n. 4, 882, Reg. n. 737 de 1850 art. 621, Dec. n. 8.821 art. 127 § 1, Dec. n. 917, de 1890 art. 70 n. 2 e Dec. n. 4.968, de 1872 art. 136. Esta prelação subsiste qualquer que seja a fôrma porque fôr ajustada a soldada, fixa ou eventual.

4.º A soldada não está sujeita a arresto nem á penhora: Reg. n. 737 de 1850 art. 389 e 529 § 4; salvo no caso de danos causados pelos tripulantes por delicto, culpa ou omissão culposa: Cod. Com. art. 565. A morte do tripulante extingue este favor, que é reputado alimento: Dec. de 13 de Dezembro de 1782. O vestuario do tripulante não sendo precioso não é arrestavel nem penhoravel: Reg. n. 737 arts. 389 e 529 § 11.

5.º Segurar as soldadas vencidas; Cod. Com. art. 677, II, 686, III.

254. Diferentes circumstancias podem occorrer, influindo sobre as soldadas da tripulação.

(1) Vide Lyon-Caen e Renault ob. cit. n. 373.

Assim que, varios factos podem determinar o rompimento na viagem ou a sua variação, quer alongando-a, quer encurtando-a.

Duas hypotheses extraordinarias, pois, podem dar-se :

a) rompimento da viagem,

b) variação da viagem.

255. O rompimento da viagem póde ter lugar por facto do dono, do capitão ou do afretador do navio ou por motivo de força maior. O rompimento da viagem não se confunde com a despedida do tripulante; esta é facto individual, que não impede a expedição, como reflectem Lyon-Caen e Renault. (1)

256. Facto do capitão. Si a viagem rompe-se depois de matriculado, mas antes da viagem, recebe o tripulante a soldada de um mez além da que tiver vencido, si o ajuste foi mensal; e si este foi por viagem, recebe metade da soldada ajustada : Cod. Com. art. 547, 1ª parte.

Si o rompimento foi durante a viagem, o tripulante justo por mez recebe pelo tempo vencido e mais pelo que possa vencer para regressar ao porto da partida ou chegar ao porto do destino, qual mais proximo fôr; si foi por viagem redonda, será pago como se essa viagem fosse concluida : Cod. Com. art. 547, 2ª parte.

Em qualquer caso, o tripulante tem sempre direito a que se lhe pague a despeza da passagem do porto da despedida ou para o do destino para que foi contractado qual fôr mais proximo; Cod. Com. 547, 3ª parte.

Si a tripulação tinha parte em parceria maritima e o rompimento da viagem, deo-se por facto do capitão, dono ou

(1) Ob. cit. t. 5º n. 423.

carregadores, cabe-lhe quota proporcional nas indemnizações de vidas: Cod. Com. art. 553, 1ª e 2ª partes.

Si depois de matriculado fôr despedido sem justa causa o tripulante, tem este direito a receber toda a soldada ajustada pela viagem; e si a soldada foi contractada por mez, será feita a conta do que fôr devido ao tripulante, calculando-se o termo medio que fôr de costume gastar-se nas viagens para o porto do ajuste. Este pagamento corre por conta do capitão, salvo si procedeu com autorisação do dono do navio: Cod. Com. art. 554.

257. Força maior. A força maior *cui resisti non potest* (1) póde determinar o rompimento da viagem.

São causas de força maior (Cod. Comm. art. 548):

- a) a declaração de guerra;
- b) a interdicção do commercio entre os portos de sahida e do destino;
- c) a declaração do bloqueio do porto;
- d) a peste no porto;
- e) a prohibição de entrada no porto dos generos embarcados;
- f) a detenção ou embargo do navio por mais de noventa dias, não sendo admissivel a fiança ou não podendo esta ser prestada;
- g) a innavegabilidade do navio por sinistro.

Estes casos de força maior pódem occorrer antes e durante a viagem: no primeiro caso, os tripulantes têm

(1) Dig. L. 15 § 2 de loc. cond. Ulp.

direito ás soldadas vencidas: Cod. Com. art. 548; no segundo caso, têm direito a serem pagos pelo tempo decorrido entre o porto da sahida e o d'arribada, si ali se achar o navio, si a soldada foi ajustada por mez; nada recebem si as soldadas foram contractadas por viagem, uma vez que esta não se conclua: Cod. Com. art. 549.

258. O Codigo, além da regra geral que estabeleceu no principio do art. 548 e no art. 549, definiu certas hypotheses.

Assim, no caso de embargo ou detenção, os tripulantes, justos por mez, recebem metade das soldadas, não excedendo o impedimento de noventa dias; findos estes caduca o ajuste; si, porém, o dono do navio fôr indemnizado pelo impedimento causado por detenção ou embargo, os tripulantes justos por mez, recebem por inteiro as suas soldadas e os que o f rem por viagem redonda, na devida proporção: Cod. Com. art. 550.

259. Em caso de naufragio ou apresamento do navio, os tripulantes não têm direito ás soldadas vencidas na viagem do sinistro, mas retêm a parte das soldadas que lhes tiverem sido adiantadas: Cod. Com. art. 558. E salvando-se parte do navio ou carga, têm direito prelaticio ao pagamento das soldadas vencidas na ultima viagem até onde chegar o valor da parte salva do navio; e não chegando ou si parte alguma do navio for salva, serão pagos pelos fretes da carga salva: si as soldadas forem justas as partes e quinhões nos fretes, serão pagas em rateio com o capitão pelos fretes dos salvados: Cod. Com. arts. 559, 737 e 760.

E' de toda a justiça o preceito que assegura ao tripulante o direito ás soldadas fixas até o momento que é prestado o serviço maritimo; pois, a tripulação não pôde ser suspeita de interessada na perda do navio e carga; porquanto, não

só a vida do tripulante está ligada á salvação do navio, como este e a carga são garantias das suas soldadas

Sendo recuperado o navio apresado, e neste ainda se achando a tripulação: recebe esta suas soldadas por inteiro : Cod. Com. art. 559.

260. Si o tripulante adoecer no serviço do navio, não só continúa a vencer a soldada ajustada, como ainda o seu curativo corre por conta do navio : Cod. Com. art. 560.

Esta disposição funda-se na justa ponderação de que a molestia é devida aos labores de bordo, á mudança de clima ; de sorte que, a molestia devida a extravagancia do tripulante faz desaparecer aquella legitima presumpção ; e neste caso, o curativo será feito por conta das soldadas vencidas, e si estas forem insufficientes, sel-o-ha pelas soldadas á vencer. (1) Não determinou o nosso código por quanto tempo subsistea obrigação de promover o curativo do tripulante enfermo : lacuna que preencheu a lei franceza de 12 de Agosto de 1885, alterando a disposição do art. 262 do código commercial da França que se limitava a dizer — o marinheiro é pago de suas soldadas, tractado e curado á custa do navio, si cahe doente durante a viagem ou si é ferido no serviço do navio (2).

Segundo a citada lei franceza o armador livra-se de todos os gastos do tractamento ou repatriamento, depositando nas mãos da autoridade franceza quantia determinada conforme uma tarifa official, que é revista trimensalmente ; as soldadas do marinheiro posto em terra são lhe pagas até que

(1) Vide Lyon-Caen e Renault ob. cit. t. 5 n. 459; Cod. Com. art. 560, 2^a parte.

(2) Vide *Annuaire de Legislation française publié par la société de législation comparée cinquième, année* pag. 108.

encontre no collocation ou tenha sido repatriado ; si é repatriado antes de seu restabelecimento recebe a soldada até que se restabeleça : mas, em caso algum, pôde exceder de quatro mezes a datar do dia em que fôr deixado em terra, o periodo durante o qual as soldadas lhe são devidas.

Esta providencia é das mais justas ; pois, sendo um favor outorgado ao marinheiro infeliz não pode converter-se em excessivo gravame do armador ou dono do navio.

Já vimos que a doença provocada por imprudencia do marinheiro não o torna credor do beneficio da lei : mas, que resolver quando o serviço maritimo aggravou soffrimentos de de que já padecia o tripulante ?

Cumpre distinguir si o tripulante occultou ou não a molestia, no acto de se contractar ; no primeiro caso, carece do favor da lei, incumbindo a prova do facto ao capitão ; no segundo caso, assiste-lhe o beneficio legal (1)

Si a soldada é eventual, tendo sido contractada uma parceria maritima, na qual o marinheiro tenha como soldada parte e quinhão no frete, e o tripulante adoecer, sobre quem deve pesar as despezas do curativo, sobre a parceria ou sobre o armador ?

Sustenta Laurin (2) que essas despezas são geraes e recahem sobre o fundo social ; contestam-no de Valroger (3) Desjardins (4) Lyon-Caen e Renault (5) ; porque, a obrigação de curar e repatriar o marinheiro doente é imposta por lei ao armador ; o contrario, fôra onerar o marinheiro com parte dessa despeza contra o intuito legislativo.

(1) Vide De Valroger t. 2 n. 597.

(2) Cresp—ob. cit. t. I p. 323.

(3) Ob. cit. t. 2 n. 601.

(4) Ob. cit. t. 2 n. 726.

(5) Ob. cit. t. 5 n. 460 ter.

E' esta ultima soluçãõ que merece a questãõ em direito patrio ; porquanto, o art. 560 é indistincto no seu preceito, fallando de soldada ajustada; e onde a lei não distingue ninguem pôde distinguir ; donde se conclue que seja qual fôr a natureza do ajuste, a soldada fixa ou eventual não influe sobre o beneficio que a lei assegura.

De Valroger (1) aventa questãõ ainda mais delicada que elle expõe e resolve nos seguintes termos : «como se liquidará a parte dos marinheiros no lucro quando um delles cahe doente ? Supponho o producto da pesca elevando-se a 2.000 francos, cuja metade pertence ao navio e a outra metade á tripulaçãõ. A tripulaçãõ era de cinco homens, dos quaes um adoeceu, como se liquidarão as partes ? Tres systemas apresentam-se : Desjardins opina que a parte dos marinheiros será liquidada, como si doente não houvesse, e a cada um delles caberiam 200 francos. Tilleau inclina-se a crêr que a parte que toca ao marinheiro doente deve ser paga pelo navio, ao menos na proporçãõ de seu interesse, isto é, por metade na hypothese figurada; finalmente um terceiro systema lança á conta do navio os 200 francos do marinheiro doente, dividindo pelos outros quatro marinheiros os 1.000 francos que cabem á tripulaçãõ. Cumpre reconhecer que este systema parece mais conforme com o art. 262 que declara á cargo do navio todas asconsequencias da molestia. E' verdade que os outros marinheiros aproveitarão com a ausencia do camarada, pois seus quinhões augmentam ; mas assim será si o doente não fôr substituído ; e neste caso, não será justo que o accrescimo da tarefa que lhes incumbe augmente proporcionalmente os seus proveitos?»

(1) Ob. cit. n. 601.

261. E por conta de quem deve correr o pagamento do marinheiro contractado para substituir o doente no serviço de bordo ?

Certamente não será por conta do marinheiro doente, porque então seria admittir a zombaria de não conceder à lei o beneficio cogitado senão para retiral-o: *donner et retenir ne vaut.*

Este ponto deve ser previsto nos ajustes das soldadas; mas, na ausencia da previsão, parece merecer igual solução a que foi dada a precedente questão: são despezas á cargo do navio.

262. A disposição do art. 560 é extensiva ao capitão ? O art. 564 do Codigo responde pela affirmativa a esta questão, dispondo:—entender-se-ha por equipagem ou tripulação para o dicto effeito (1) e para todos os mais dispostos neste titulo (2) o capitão, officiaes marinheiros e todas as mais pessoas empregadas no serviço do navio, menos os sobrecargas.

A disposição da 1ª parte do art. 560 contém uma providencia de ordem publica, a que entende com a conservação da vida e por isso não póde ser objecto de pactos.

E' por isso que nas viagens de longo curso são exigidos medico e provisões de pharmacia á bordo.

Na França, a lei de 4 de Março de de 1852 declara de ordem publica, não podendo ser derogado por convenções particulares, a providencia do art. 262 do cod. do com. que corresponde ao art. 560 1ª parte do nosso Codigo.

(1) Isto é, para as preferencias que lhe assistem.

(2) E' o titulo V. que começa no art. 543 e vai até ao art. 565 e portanto comprehende o art. 560.

263. Os ferimentos e mutilações que soffrer a tripulação, na defesa do navio entram na regra de contribuição por avaria grossa, entre navio e carga: Cod. de Com art. 764—VII (1)

Releva notar que si os ferimentos ou mutilações são consequências de rixas a bordo, o seu curativo é feito por conta do marinheiro. Si o marinheiro sae a terra a serviço do navio e é ali acommettido de molestia ou aggreddido, sem provocação sua, o tractamento é por conta do navio, não assim si a molestia ou aggresões que soffrer procederem de facto seu, caso em que o curativo é por sua conta.

264. Fallecendo o tripulante em viagem, seu enterro é feito por conta do navio, recebendo os herdeiros as soldadas vencidas até o dia do obito, si a soldada era por mez; si, porém, era por viagem, os herdeiros recebem a soldada até ao porto do destino si falleceo o *de cujus* em caminho para elle; e de ida e volta si o fallecimento se deu na volta, tratando-se de soldada por viagem redonda: Cod. Com. art. 561, Reg. n. 737 de 1850, art. 289.

Nesta disposição ha sempre um favor ao tripulante, *maxime* si á morte precedem alguns dias de molestia, nos quaes o tripulante não presta o serviço ajustado.

Si o tripulante morre defendendo o navio, é presumido viver para todos os vencimentos a que lhe der direito o seu ajuste até á chegada do navio no porto do seu destino; é tambem caso de avaria grossa, sob contribuição do navio e carga: Cod. do Com. art. 764—VII.

Este beneficio prevalece, no caso de ser aprisionado o tripulante em defesa do navio, si este chegar a salvamento no porto do destino: Cod. Com. art. 522 *in fine*.

(1) Vide *Avarias*

Cumpre distinguir si a defesa aproveita isoladamente ao navio, á carga ou conjunctmente a ambos ; no primeiro caso, a indemnisação é por conta de quem haurio proveito da defesa ; no segundo, entra em regra de contribuição: Cod. Com. art. 764 — VIII.

265. Não contemplou o Codigo o caso da falta de noticias para regular o pagamento das soldadas, como fez a citada lei franceza de 12 de Agosto de 1885 que substituiu o art. 258 do cod. do comm. francez por outro, no que se prevê o caso de perda sem noticias, verificado o qual, os herdeiros ou representantes dos marinheiros contractados por mez têm direito ás soldadas vencidas até ás ultimas noticias e mais á um mez; e quando são contractados por viagem redonda, recebem um quarto da soldada total, si o navio perdeu-se na ida, e tres quartos se perdeu-se na volta; sendo em todô o caso devido o repatriamento, a cargo do armador até a concurrencia do valor do navio ou dos seus destroços e da importancia do frete das mercadorias salvas.

O nosso Codigo só tractou da falta de noticias no caso do seguro, facultando ao segurado o abandono subrogatorio, quando passado um anno a datar da sahida do navio para qualquer porto da America ou dous para qualquer outro ponto do mundo e tendo expirado o prazo da apolice, não houver noticia alguma do navio: Cod. do Com. arts. 720 e 753—IV.

A falta de noticias, inductiva da perda do navio, é uma presumpção legal condicional, dispensando do onus da prova aquelle que a póde invocar, segundo o conceito do art. 186 do Reg. n. 737 de 1850.

Ora, a presumpção legal é de direito singular, porque tem um valor estabelecido *a priori*, substituida á certeza moral a certeza legal, e derogatorio do principio de pura razão juri-¹²⁹

dica, segundo o qual, o factonão é provado sinão quando o juiz delle esteja intimamente convencido, como diz Ramponi (1); justamente conforme o principio dominante do nosso direito, que manda julgar pelo allegado e provado (2); donde conclue o citado escriptor que as presumpções legaes devem ser restrictamente interpretadas: *quod contra rationem juris receptum est non est producendum ad consequentias*, L 14 Dig. *de leg.*

Isto posto, é visto que a falta de noticias do navio é inoperante no caso de que nos occupamos.

266. Variação do destino. Quando ao navio antes da viagem é dado destino differente daquelle que foi previsto, ao serem ajustadas as soldadas, tem o tripulante direito a novo ajuste; e o tripulante que não estiver por novò ajuste, tem direito a receber a soldada vencida e a reter o que haja recebido adeantado: Cod. Com. art. 551.

Abreviada a viagem por qualquer causa, os tripulantes justos por viagem têm direito a ser pagos por inteiro: Cod. Com. art. 553 *in fine*; e os que o forem por mez, receberão o que vencerem pelo tempo decorrido; esta é a bõa doutrina sustentada por Bedarride (3), de Valroger (4), contraria á de Lyon-Caen e Renault (5), Desjardins (6) e Jacobs (7), que equiparam a abreviação da viagem ao rompimento desta e dão á tripulação o direito a uma indemnisação igual á metade das soldadas pelo tempo presumido da viagem para que fõra contractada, conforme a regra do art. 252 do cod. com. francez.

(1) *La Teoria Generale delle Presunzioni* p. 35; Pescatore—*Logica del diritto* p. I cap. XX.

(2) Ord. L. 3 tit. 66 pr.

(3) Ob. cit. n. 581.

(4) Ob. cit. t. 2 n. 562.

(5) Ob. cit. t. 3 n. 706.

(6) Ob. cit. t. 5 n. 457.

(7) Ob. cit. t. 1 n. 237.

Si a viagem fôr prolongada, carregando ou retendo o capitão o navio para outro porto, é direito da tripulação fazer novo ajuste ou retirar-se; todavia, si o capitão fóra de porto brazileiro achar a bem navegar para outro porto livre e nelle carregar ou descarregar, pôde a tripulação contractada por viagem exigir augmento da soldada na proporção da prolongação: Cod. Com. art. 552.

A retardação ou prolongação da viagem por facto dos carregadores, tractando-se de soldadas a partes e quinhões no frete, dá direito aos tripulantes a uma parte nas indemnisações prestadas, na mesma proporção em que seria dividido o frete; si a retardação ou prolongamento fôr devido ao capitão ou ao dono do navio são estes obrigados ás respectivas e proporcionaes indemnisações; si porém, a retardação ou prolongação da viagem é causada por força maior, nem uma indemnisação será devida: Cod. Com. art. 553.

SECÇÃO VII

OBRIGAÇÕES DA TRIPULAÇÃO

267. A summa das obrigações dos officiaes e gente da tripulação é desempenhar fielmente o contracto que fizer com o capitão, salvo legitimo impedimento.

268. O motivo de força maior, como a molestia devidamente comprovada, pôde relevar as pessoas de bordo do cumprimento dos seus ajustes.

269. A prisão do marinheiro pôde tambem constituir motivo de força maior, uma vez que não seja imputavel ao marinheiro o facto que a tenha determinado.

Assi que, o tripulante que delinque, não tem, no facto que houver praticado, motivo que possa dar como oriundo de força maior.

Si a prisão é effectuada sem causa legitima, reconhecendo a autoridade competente a illegalidade da detenção ou prisão do tripulante, não fica este sujeito á sancção que pesa contra os remissos no cumprimento das obrigações estipuladas.

270. Enumeremos as differentes obrigações dos tripulantes, antes, durante e finda a viagem, para a qual se tenham assoldado: são estas :

1º Ir para bordo promptos para seguir viagem no tempo ajustado, sob pena de poderem ser despedidos: Cod. Com. art. 545 § 1º

Cumpre notar que o tripulante não é o passageiro que póde chegar á ultima hora; pois, precedem ao começo da viagem certos serviços, como sejam as manobras de levantar ferros e outros, sem as quaes o navio não se póde mover.

2º Não sahir do navio, nem passar a noite fóra d'elle, sem licença do capitão, sob pena da perda de um mez de soldadas: Cod. Com. art. 545 § 2º

Si a soldada tiver sido contractada por mez, *quod plerumque fit*; a sancção desta disposição não contém difficuldade alguma; o tripulante incurso nesta disposição perde a importancia equivalente a um mez de suas soldadas; mas si estas forem ajustadas por viagem ou á partes e quinhões no frete, *quid juris*?

Não se póde comprehender que o facto reprimido, no caso da soldada por mez, se transforme em acto indifferente nos ajustes de outra especie.

No caso proposto, tem applicação o art. 498 do Codigo do Commercio que dá ao capitão a attribuição de impôr penas disciplinares aos que deixarem de fazer o serviço que lhes competir ou faltarem á disciplina de bordo.

3º Não retirar seus effectos de bordo sem serem visitados pelo capitão ou seu immediato, sob a mesma pena: Cod. cit. art. 545 § 3º

4º Obedecer sem contradicção ao capitão e mais officiaes nas suas qualidades, abstando-se de brigas, sob pena de repressão disciplinar e poderem ser despedidos: Cod. cit. art. 545 § 4, 498 e 555.

5º Auxiliar o capitão na defesa do navio, em caso de ataque ou desastres que sobrevierem ao navio ou á carga, seja qual fôr o sinistro, sob pena da perda das soldadas vencidas: Cod. cit. art. 545 § 5.

6º Finda a viagem, fundear e desaparellhar o navio, conduzil-o a surgidouro seguro e amarral-o sempre que o capitão exigir: sob pena de perderem as soldadas vencidas: Cod. cit. art. 545 § 6.

7º Prestar os depoimentos necessarios para a ratificação dos processos testemunhaveis e protestos formados a bordo, sob pena de não terem acção para demandar as soldadas vencidas: Cod. cit. art. 545 § 7.

8º Uma vez matriculada a tripulação, não póde abandonar a viagem para a qual se assoldadou, nem ausentar-se durante ella. A transgressão desta obrigação, importa a prisão do transgressor, como meio compulsorio do cumprimento de obrigação, ficando alem disso sujeito a restituir o¹⁴¹

() Pothier, *Louages maritimes* t. 4 n. 173.

que tiver recebido adeantado e a servir um mez sem receber soldada alguma: Cod. Com. art. 546.

A Ord. do L' 5 tit. 97 § 2 mandava pagar da cadêa anoveado, isto é, nove vezes mais, o saldo recebido pelo tripulante.

A sanção do art. 546 do Cod. do Comm. é derogatoria do principio que nas obrigações, que consistem em fazer, o devedor não pôde ser physicamente obrigado a fazer o que prometteu: *nemo cogi potest ad factum*; só dando lugar á indemnisação das perdas e damnos a falta do cumprimento de obrigação estipulada (1). Esta derogação justifica-se por duas considerações, a saber: 1.^a porque, uma acção pessoal contra o tripulante por perdas e damnos, neste caso, seria quasi sempre illusoria, deante da insolvabilidade do devedor; 2.^a, porque, importa no mais subido ponto, em bem da marinha mercante e de seu livre e completo desenvolvimento, assegurar a fidelidade aos ajustes, a obediencia aos superiores hierarchicos, a exactidão e o zelo no serviço de bordo.

O Dec. n. 4.968, de 24 de Maio de 1872, art. 137, providencia sobre o caso de desertarem os tripulantes dos navios mercantes brazileiros, em porto estrangeiro, mandando que os consules brazileiros dêem parte ás autoridades locaes, ás quaes requererão assistencia e auxilio a fim de descobrirem e apprehenderem os desertores e serem remetidos para bordo do navio, a cuja tripulação pertencerem (2).

Si o desertor fôr estrangeiro, os consules devem recorrer ao consul da nação a que pertencer o tripulante ou á autoridade local, conforme as circumstancias, em ordem a

(1) Cresp. ob. cit. pag. 471.

(2) Vile Dec. n. 3.259 de 1899.

obrigal-o a cumprimento de seu dever: Dec. n. 4.968 art. 138.

9.º E' obrigação da tripulação continuar a servir posto que seja em prolongamento da viagem ajustada, recebendo um augmento proporcional á soldada contractada, sempre que o capitão, fóra do Brazil, entender navegar para outro porto livre e neste carregar ou descarregar: Codigo do Commercio art. 552, 2ª parte.

10.º O individuo da tripulação deve abster-se de intentar litigio contra o navio ou capitão antes de terminada a viagem. Esta prohibição, porém, tem limitações; porque, é lícito ao tripulante demandar a rescisão do contracto, si, estando o navio em bom porto, fôr maltrado ou faltar-lhe com o devido sustento o capitão: Codigo do Commercio art. 557.

Na Allemanha, a lei de 27 de Dezembro de 1872, *Seemanns Ordnung* art. 105, primeiro periodo, contém providencias semelhantes á do art. 557 do nosso Codigo, estabelecendo: « individuo da tripulação não póde accionar o capitão perante tribunal estrangeiro; si transgredir esta disposição, responde pelo prejuizo resultante, além de perder a soldada até então vencida».

Em justificação deste preceito, tem-se ponderado que sem essa providencia fóra impossivel manter-se a disciplina; que muito soffreria si ao tripulante fosse permittido por qualquer nonada invocar a protecção estrangeira, embaraçando o capitão e impedindo a navegação.

11.º Não póde carregar na embarcação, ainda que seja nos agasalhados, mercadorias de sua conta particular, sem consentimento expresso do dono do navio ou dos afretadores, sob pena de pagar o frete em dobro: Cod. Com. art. 523.¹⁴²

Outr'ora; estava em uso deixar-se ao marinheiro a opção entre ter parte no frete do navio ou carregar mercadorias até o concurrente valor de suas soldadas, é o que a antiga lei—Rôles d'Oleron chamava *portée* ou *portage*.

As contestações entre armadores e tripulantes amiudando-se tornaram necessaria a abolição desse uso; pelo que, os tripulantes deixaram de receber praça no navio, para terem soldadas fixas.

Está claro que a prohibição do art. 523 do nosso Codigo não exclue o caso de ter o tripulante contractado a sua soldada mediante a reserva de certo espaço ou praça no navio para nelle carregar mercadorias, de cujo transporte se encarregue, percebendo para si o frete : é o contracto de pacotilha (1) e isto entra na clausula do *consentimento por escripto* do dono do navio ou afretador, de que falla o citado art. 523.

São obvias as rasões que justificam esta prohibição ; pois, dar-se-hiam conflictos de interesses entre donos, armadores ou afretadores do navio e os seus tripulantes, curando estes mais das suas mercadorias do que das daquelles dos quaes são prepostos.

12º Os tripulantes respondem para com o capitão pelos danos que causarem no serviço do navio, oriundos de delicto, culpa ou omissão culposa, sendo garantes desta obrigação as soldadas ajustadas : Cod. Com. art. 565.

13º Os tripulantes não podem contractar perpetua prestação de serviços nauticos; porque, importaria tal pratica a renuncia da liberdade.

Uma promessa que sahe do direito das cousas, diz von Ithering (2), enlaça juridicamente a propria pessoa, aliena

(1) Vide n. 159.

(2) Ob. cit. t. 2 pag. 217.

até certo ponto sua força pessoal, tende, em uma palavra, a crear uma relação de escravisação parcial.

Si esse laço, *vinculum juris*, envolve a actividade do individuo para sempre, ahi está a escravisação, que o direito não suffraga.

O codigo do commercio da Italia art. 525 dispõe : «O ajuste por tempo indeterminado e para todas as viagens a emprehender não impede o marinheiro de poder despedir-se, dous annos depois, si não fôr acórdado expressamente que o serviço continuará além desse prazo». A lei não permite, diz Böhl (1), que se abuse da bôa fé do marinheiro ; poder-se-ia por meio de promessas vagas de uma ou mais viagens leval-o a um ajuste por tempo indeterminado e obrigar-o assim a servir sem descanso por numerosas viagens.

A lei allemã (*Seemanns Ordnung*) art. 41 fixa em dous annos os serviços da tripulação, quando é contractada sem tempo fixo.

DESPEDIDA

271. A despedida é reciproca : si os officiaes e gente da tripulação podem ser despedidos ; tambem por sua vez elles podem despedir-se, em diferentes casos.

272. Podem ser despedidos :

1.º Por factos que envolvam delicto ou grave desordem perturbadora da disciplina de bordo, por omissão no cumprimento das obrigações contrahidas, por insubordinação reincidente : Cod. Com. art. 555 n. 1.

2.º Por embriaguez habitual: Cod. Comm. art. 555 n. 2.

(1) *Cod. de Commerce du Royaume d'Italie*— commentaire de l'art. 525. 443

Não basta para justificar a despedida do tripulante um facto isolado de embriaguez, ou a embriaguez accidental.

O Código allude a uma serie de factos de embriaguez que se tenha dado, definindo um estado de desfallecimento, onde a vontade perde o seu imperio e a razão não vê claro na escuridão da perturbação alcoolica.

Nesta situação, o marinheiro é um elemento de desordem a bordo e um factor negativo na expedição empreendida; sua conservação, pois, fôra contrariar a navegação, peor muitas vezes do que o furacão impetuoso ou a cerração impenetravel.

Esta providencia é tanto mais acertada, quanto é certo que a marinha mercante fórma um estadió preliminar da marinha de guerra; e nas leis desta, a embriaguez em vez de attenuar, aggrava o delicto.

3.º Ignorancia do mister para que se houver ajustado: Cod. Com. art. 555, n. 3.

Esta causa de despedida deixa vêr que o ajuste deve declarar o seu objecto, isto é, qual o serviço contractado.

Na falta de designação ou especificação, não é licito limitar o serviço de bordo, com tanto que não dependa de habilitações especiaes, não presumidas no tripulante.

Normalmente, o carregamento, o arrumamento e a descarga do navio incumbem ao capitão; e portanto o serviço dos marinheiros comprehende a obrigação de concorrer para tal fim: são accessorios da empreza de transportes. Durante a viagem o marinheiro deve-se todo ao serviço do navio, mas o capitão não pôde exigir serviço superior ás suas forças, nem que exponha imprudentemente a sua vida. Si porém antes da viagem é reconhecida a incapacidade, o capitão

póde despedil-o; encerrado o ról da equipagem, a despedida só tem lugar, si o capitão provar a incapacidade do despedido (1).

4.º A inhabilitação do tripulante, por facto alheio ao serviço do navio, importa a sua despedida: Cod. do Comm. arts. 555-IV, e 560.

273. Os officiaes e gente da tripulação podem despedir-se antes da viagem.

1.º Quando o capitão muda do destino ajustado: Cod. do Com. arts. 556—I e 551.

Desde que o objecto do contracto variou e interesse algum novo alterou a situação, é logico reconhecer este direito na tripulação.

2.º Sobrevindo, depois do ajuste, guerra maritima em que o Brazil esteja envolvido ou se declare peste no lugar do destino: Cod. do Com. art. 556-II.

3.º Faltando o comboio, quando a tripulação, em vista delle, foi assoldada: Cod. do Com. art. 556-III.

Comboio, como termo generico, é empregado como synonimo de conserva e dá-se quando dois ou mais navios de aproximado porte e destinados á mesma viagem associam-se para segurança commum e afim de resistir e auxiliarem-se mutuamente nas occurrencias: tambem ha comboio, quando o governo, em caso de guerra ou expedição perigosa, concede aos navios mercantes a escolta de um ou mais navios de guerra por toda ou parte da viagem (2).

(1) *Pandectes Belges* vb. *Gens de mer* ns. 71, 72 e 146; Jacobs Ob. cit. ns. 226 e 274.

(2) Vide Ferreira Borges Diccionario Juridico Comm. T. 4 b. 6. *Comboio*.⁴⁹

4.º Morrendo ou sendo despedido o capitão: Cod. do Com. art. 556-IV.

Pothier (1), entende que a mudança do capitão não desobriga a tripulação de prestar os serviços contractados; a razão de duvidar diz o notavel jurisconsulto, é que a consideração da pessoa do capitão podia presidir ao compromisso contrahido pelo tripulante; não obstante, Valin decide com Kuricke que o marinheiro é obrigado a servir sob as ordens do capitão que substituir aquelle a quem alugou os seus serviços; porque, quando os marinheiros alugam-se a um capitão para o serviço do navio a que é preposto, é menos para com a pessoa do mestre que elles se obrigam do que para com o navio, isto é, o seu proprietario, o qual por sua vez obriga-se a pagar aos tripulantes as soldadas; accrescendo que o interesse do commercio e da navegação parece exigir esta decisão.

Este é o geral sentimento dos escriptores (2).

O nosso Codigo no art. 556, IV não aceitou esta doutrina, assim como não aceitou-a o codigo vigente da Hespanha art. 647 (3).

Considerações de reciproca confiança, *intuitus personæ*, suggeriram por certo ao nosso legislador a doutrina que perfilhou; da qual affastou-se a legislação allemã (4) expressamente recusando aos homens da equipagem o direito de despedir-se por mudança do armador ou do capitão.

(1) *Louage des matelots* n. 176.

(2) Dalloz, Bedarride, Demangeat, Lyon-Caen e Renault, Vidari etc.

(3) Diz este artigo: *Los oficiales y la tripulación del buque quedarán libres de todo compromiso, si lo estiman oportuno,.... 3º si el buque cambiase de propietario ó de capitán.*

(4) *Seemanns ordnung* 27 dez. 1867 art. 61.

Por força de maior razão, a mudança do navio, justifica a faculdade que tem o tripulante de despedir-se, desde que os seus serviços forem promettidos a um navio, cujas condições de segurança e esperanças de feliz exito, o resolveram a fazer parte da respectiva tripulação. Esta hypothese assemelha-se ao caso de variação da viagem, de que já tractamos.

A mudança de proprietario não deve ser considerada justo motivo para despedir-se o tripulante, visto que o seu contracto é feito com o capitão; e o tripulante tem no navio e fretes o penhor do seu pagamento.

5.º Chegado o navio ao porto do seu destino no Brazil e ultimada a descarga, pôde e tripulante despedir-se, si o capitão em vez de voltar, der ao navio outro destino, salvo convenção em contrario ou estando o navio em porto estrangeiro.

274 Tripulante algum pôde accionar o capitão antes de findar a viagem; é-lhe licito, porém, demandar a rescisão do contracto, verificadas as seguintes hypotheses :

- a) mãos tratos do capitão,
- b) falta do devido sustento,
- c) estando o navio em bom porto: Codigo do Commercio art. 557.

275. Neste assumpto, muitos conflicts de interesse podem occorrer, em frente das leis do commercio marítimo das diferentes nações.

O congresso internacional de Antuerpia, em 1885, estabeleceu que é a lei do pavilhão que rege, em todos os paizes, as contestações, referentes ao navio e á navegação, etc

entre o proprietário ou o capitão do navio e sua tripulação; mas, o mesmo congresso teve por conveniente adiar a solução da questão sobre a competência da jurisdição, chamada a decidir sobre as pendencias possíveis em casos de despedida da tripulação (1).

(1) *Pandectes Belges* vb. *Gens de mer* n. 179.

CAPITULO XIII

CONTRACTO DE TRANSPORTE. FRETAMENTO, CARTA-PARTIDA;
ENUNCIACÕES; EFEITOS; DISSOLUÇÃO

SECÇÃO I

276. A industria de transportes pôde ser apreciada nas suas tres importantes faces—social, economica e juridica.

Como phenomeno social, entra no grande rhytmo universal pelo movimento que lhe é inherente, sob o influxo das leis da dynamica social; porque, transportar, é deslocar, é mover.

O movimento está em toda a parte, está na mina donde sahem as riquezas mineraes do solo, desaggregadas pela polvora ou pelo alvião; está no campo, periodicamente regado pela charrua e outros instrumentos agricolas; está na herdade, na officina, na fabrica, está ainda mais nos caminhos que ligam os centros da acção; e no corpo social, nada corresponde melhor á circulação vascular do animal ou da planta do que os transportes; as veias, as arterias de um povo são as suas vias de communicação; seu systema nervoso é a rede de

postal e telegraphica por onde correm seus pensamentos e palavras...; immobilisae tudo isto e eis morto o povo; além deste movimento interior, ha o movimento exterior, traduzido pelas relações do commercio externo (1).

O estabelecimento e aperfeiçoamento dos meios de transporte são de prodigiosa e benéfica influencia sobre a riqueza, economicamente entendida.

Com effeito, os productores, graças ao bom systema de vias de communicação, têm mais dilata da zona para a procura de seus productos; e, portanto, conquistam mais larga base para o aperfeiçoamento e augmento da obra da produção.

Os consumidores, com o rapido transporte dos productos, realisam a economia de tempo e despezas, recebendo salutar satisfação a lei do menor esforço ou da economia das forças.

E a economia politica que é uma sciencia moral, visando a utilidade, não pôde ser indifferente aos incalculaveis beneficios que os transportes proporcionam em tão vasta escala, confraternizando e evangelizando os povos.

O util, disse-o Bardas-Demoulin (2) é o aspecto pratico do justo e este o aspecto moral daquelle.

O direito está por toda a parte, na realidade ambiente; está nas cidades, nos campos, entre as pessoas, nos animaes, em cada objecto, em cada situação; o direito é um fluido cuja transferencia, inseparavel da personalidade, é mais poderosa e mais bella armadura do que a dos cavalleiros da

(1) Vide Say e Chailley *Nouveau dict. d'écon. politique* vb. *Transports*. Herbert Spencer — *Problèmes de Morale et de Sociologie* trad. par Varigny — pag. 137.

(2) Citado por Lavelaye — *Éléments d'Écon. politique* pag. 10.

legenda, como faz vêr Edmond Picard (1); é talvez mais do que isso, é a própria vida, como bradou Lérminier (2): *in eo vivimus, movemur et sumus.*

O direito, pois, não podia olhar com indiferença para tão ingente assumpto, deixando de traçar as regras, dentro das quaes gyra o dominio da vontade livre.

277. Em seus primeiros tempos, o povoromano passou sem o commercio exterior; para isso concorriam a exiguidade de seu territorio, os limites de suas necessidades e suas continuadas guerras; satisfeitas as suas primeiras ambições, alargou suas vistas, pretendendo, além dos mares, assentar os seus dominios e intuitos conquistadores, recebendo do acaso uma chance feliz, quando em suas praias dêo á costa uma treme carthagineza, permittindo-lhe de fazer face á necessidade que lhe fez sentir a primeira guerra punica, a de possuir uma frota poderosa, que lhe assegurasse a preponderancia sobre o mar. De sorte que, os romanos, que antes não ligavam importancia á navegação maritima, começaram a experimentar novas necessidades e portanto buscaram sua satisfação no commercio maritimo antes disciplinado por limitados preceitos que depois augmentaram, quando reconheceram a salutar conveniencia da troca das armas de guerra pelos instrumentos da industria; substituindo o desdém pela animação votada ao commercio em geral; assim que, a locação do navio, a principio regulada pelas regras da locação ordinaria, passou depois por vicissitudes differentes, contendo o Digesto varios titulos referentes a este assumpto, assim como o Codigo theodosiano, as Basilicas: eis como, os donos¹⁴⁷

(1) *Pandectes Belges, Introd.* do XII tom.

(2) *Philosophie du droit.* L. 5 cap. 1.

dê navios que os exploravam por si ou por seus escravos originariamente, a medida que o commercio se foi desenvolvendo, foram tambem celebrando contractos com terceiros locatarios de seus navios ; d'ahi a origem e a triplice classificação do contracto de fretamento em :

1. *Locatio navis*, tomando o afretador o navio apparelhado e fazendo-o navegar á sua custa e por sua conta.
2. *Locatio operis vehendarum mercium*, contracto de simples transporte e descarga das mercadorias.
3. *Locatio navis et operarum magistri* ; combinação das duas precedentes especies.

Esta divisão acha-se indicada no Digesto L. 19 tit. 5 frag. 1 § 1 L. 4 t. 9 fr. 3 § 1. (3)

278. O contracto de transporte tem por escopo transferir, de um logar para outro, cousas, pessoas e noticias ; os dois primeiros objectivos transportam-se por terra ou por agua por meio de vehiculos differentes : navios, vias-ferreas, carros de differentes especies, por tracção electrica, animal ou á mão ; sendo problema reservado ao porvir os areostatos ; o terceiro objecto é servido por correios, telegraphos e telephonios, salvo o que futuros progressos proporcionarem.

Tractamos neste capitulo do transporte das cousas por mar, sujeito á disciplinas especiaes.

SECÇÃO I

279. O transporte das cousas ; que toma o nome de fretamento, é o contracto pelo qual, mediante preço

(3) Vide *Contrat d'affrètement en droit romain* par Bourgairel, donde foi extrahido o que fica exposto.

ajustado (frete), alguém (fretador) concede a uma pessoa (afretador) o uso total ou parcial de seu navio.

Chama-se também carta-partida o instrumento do contracto de fretamento.

Boerius (1) dá a razão etymologica do termo carta-partida, dizendo que outr'ora estava em uso, na Aquitania e na Inglaterra, redigir por escripto as convenções em uma carta que se cortava de alto a baixo, dividindo-a em duas partes, ficando com o seu pedaço cada um dos contractantes, os quaes as apresentavam e reuniam, quando se tractava de conhecer o que tinha sido ajustado; assegurando-se, pela relação que um pedaço tinha com o outro, que elles formavam o verdadeiro original, do qual constava a convenção, prevenindo a falsidade dos falsarios.

Nas costas do Mediterraneo, na Europa, também se emprega para exprimir este contracto a palavra *nolisement*, de *naulis* antiga palavra que significa frete.

A lei belga de 21 de Agosto de 1879 chama este contracto de — locação marítima.

280. O contracto de fretamento é uma figura jurídica *sui generis*, em cuja formação entram varios elementos morphologicos de outros contractos.

E' assim que no contracto que nos occupa distinguem-se :

a) a locação da cousa—o navio e de serviços—os da tripulação ;

b) a guarda e conservação dos effeitos recebidos a bordo.

Este contracto, na phrase de Endara (2), é o producto de um estado juridico superior, é um organismo delicado

(1) Citado por Pothier—*Oeuvres*—t. 4. *Traité des contrats des louages maritimes* art. préliminaire n. 1 ed. Bugnet.

(2) *Lecciones del derecho mercantil*—lec. 72 n. 1.

tanto por sua complexidade como por ser mais flexivel e adaptavel ás necessidades do mundo economico.

281. Este contracto é bilateral e synallagmatico, porque ha estipulações entre partes contractantes com direitos e obrigações convencionadas. E' acto de commercio objectivo: Reg. n. 737, de 1850 arts. 19 § 4.º e 20 § 4.º.

282. O fretamento do navio pôde ser:

- a) total,
- b) parcial.

O fretamento total do navio comprehende o navio inteiro, salvo a camara do capitão, os agasalhados da equipagem e as necessarias accomodações para o material da embarcação: Cod. do Com. arts. 567 n. 3 e 570.

O fretamento parcial comprehende parte do navio: Cod. do Com. art. 567 n. 3.

O fretamento total do navio pôde ser de duas fórmas:

- a) o dono do navio freta-o desarmado a terceiro, o qual o armará, provendo-o de equipagem e de tudo quanto convier á expedição para que o houver afretado, sendo por sua conta os riscos e perigos da navegação; é a fórma menos usada; ou
- b) o dono do navio, devidamente aparelhado, com tripulação e o mais que fôr necessario, obriga-se para com terceiro a transportar as suas mercadorias: é a fórma mais frequente.

283. O fretamento total do navio pôde ser feito por qualquer dos tres modos seguintes:

- a) por viagem,
- b) por tempo determinado,
- c) por mez.

No fretamento por viagem, o afretador contracta o transporte de mercadorias de um porto para outro, sem contemplação do tempo necessario para effectuar a viagem.

No fretamento por tempo determinado, o afretador faz navegar o navio durante o tempo fixado no contracto, independentemente da declaração da viagem.

No fretamento por mez, o afretador usa do navio mediante o frete mensal estipulado no contracto.

284. O fretamento parcial do navio tem lugar :

- a) quando se contracta o transporte de certa quantidade de cousas a esmo ou em globo, *per aversionem*, por preço redondo, sem attender a seu peso ou volume ;
- b) quando se contracta esse transporte por peso ou medida ;
- c) quando é á colheita ou á prancha e é feito sob condição de transportar as mercadorias, si em um certo prazo puder ficar completo o carregamento.

Neste ultimo caso, diz Ferreira Borges (1), o capitão vai organisando um rol, em que cada um entra com um numero de toneladas, e este acto se chama — tomar praça.

No fretamento parcial, veem Lyon-Caen e Renault (2) mais um contrato de transporte de mercadorias do que um contracto de fretamento do navio, nelle distinguem uma locação de serviços, em quanto que no fretamento total descobrem uma locação da cousa.

285. O fretamento total do navio consta da escriptura publica ou particular — a carta-partida e o parcial é objecto do conhecimento.

(1) *Dicc. Jur. Comm. vb. Fretamento.*

(2) *Ob. cit. n. 621.*

SECÇÃO II

FRETAMENTO TOTAL

286. O contracto de fretamento tem os seguintes requisitos :

1. Pessoas idoneas,
2. A existencia de um navio,
3. Mercadorias a transportar,
4. Frete,
5. O instrumento.

287. PESSOAS. Os contractantes do fretamento recebem as denominações de fretador e afretador ; este é o que toma a frete o navio, aquelle o que assim o dá, como já dissemos (3).

288. Póde fretar o navio.

- a) o seu dono, com capacidade legal;
- b) o armador, representando o dono ;
- c) o caixa autorizado, na parceria maritima: Cod. do Com. art. 493 ;
- d) o socio gerente, nas sociedades mercantis : Cod. do Com. art. 302 — III, dec. n. 454 art. 14.
- e) o capitão na ausencia dos donos, seus representantes ou consignatarios do navio ; Cod. do Com. arts. 513, 569 e 614.

O afretador póde subfretar o navio, no todo ou em parte por preço igual ou differente do da carta-partida, si clausula contraria não obstar.

(3) Vide supra n. 279.

289. Póde afretar o navio, todo aquelle que tiver a livre administração de seus bens e não incorrer em prohibição legal.

290. NAVIO. A existencia de um navio para um uso determinado é o segundo dos essenciaes elementos do contracto de fretamento.

O navio, já o dissemos, é o theatro de variados factos que directamente entendem com varios emprehendimentos; mas tambem póde ser especial objecto de operações do commercio marítimo, como occorre quando é contractado para fazer transportes.

291. MERCADORIAS. As mercadorias ou os effeitos á transportar é outro requisito inherente ao contracto de fretamento.

E' claro que as cousas que se têm de transportar devem ser licitas: Cod. do Com. art. 600.

Assim tambem devem as cousas á transportar ser postas á bordo com consentimento de quem de direito: Cod. do Com. art. 599.

292. FRETE. O frete é outra estipulação inseparavel do contracto de fretamento.

Com quanto o navio possa ser objecto de contractos beneficos, sendo concedido o seu uso gratuitamente, conforme as hypotheses que lembra Desjardins (1): quando o christão fervente, que não quer lucrar, transporta missionarios; quando o amigo da sciencia, que, por amor desta, transporta intrepidos viajantes em busca do descobrimento de uma região inexplorada, hypotheses essas que, não tendo a

(1) Obr. cit. t. 3 n. 756.

especulação por fim, mas a simples generosidade, não são do elasterio do direito commercial.

Diz-se muitas vezes, escreve de Courey (2), que o frete é o preço do transporte das mercadorias e o preço da locação do navio; sendo alternativamente exactas as duas proposições, conforme se tractar de uma ou da outra especie de frete; póde haver locação de um navio e frete, sem mercadorias a transportar; póde haver mercadorias transportadas e frete sem que haja locação do navio; não se dirá jámais, e seria exprimir uma idéa falsa, que aquelle que remette alguns volumes ao escriptorio de uma estrada de ferro faz um contracto de locação do caminho de ferro, — faz apenas simples contracto de transporte; e é o que se dá com aquelle que remette mercadorias ao escriptorio de uma companhia de navios a vapor ou ao capitão de um navio á carga, é o simples contracto de transporte, idéa bem distincta da que suggere a palavra locação. Pelo contrario, alguém necessita de um navio para fim que não seja commercial, como a exploração scientifica, uma viagem de recreio sem que se proponha transportar mercadoria alguma; não tem navio, não quer compral-o; escolhe um que lhe convenha e áfreta-o por mez ou por viagem determinada, ahi está um contracto de locação e não de transporte.

293. Na formação do contracto de fretamento total ou parcial, sempre preside o accôrdo da vontade dos contractantes.

Mas, si o principio dominante é que não ha obrigação legal de contractar; todavia, cumpre tambem ter em vista

(2) Obr. cit. t. I pags. 125 e 126

o uso publico, juridicamente protegido, do meio de transporte de mercadorias ou passageiros, capaz de gerar a *actio injuriarum* de que falla von Ihering (1), quando na exigencia de maior frete. achando-se o navio á frete de carga geral, occultar-se o proposito de recusar o embarque de mercadorias de algum carregador.

Já o Codigo no art. 601 prohibe ao capitão do navio, a frete de carga geral, deixar de receber carga que lhe fôr offerecida por frete igual, não achando outro mais vantajoso, sob pena de ser compellido pelos carregadores a partir na primeira oportunidade e de responder por perdas e danos consequentes da demora.

Esta sanção, estatuida em prol dos carregadores, firma o intuito legislativo de impedir o constrangimento do commercio maritimo; maxime, havendo annuncijs publicos de estar o navio a carga, salvo tractando-se de mercadorias perigosas ou mal acondicionadas. Os favores que o governo concede a certos navios, mais confirmam a exposta doutrina (2).

294. INSTRUMENTO. O instrumento do contracto de fretamento é a carta-partida, é o ultimo requisito; é tambem um dos papeis de bordo: Cod. do Com. art. 466 § 5.

Não ha contracto de fretamento sem ser reduzido á escripto, *ad solemnitatem*: é o que resulta do art. 566 do Codigo do Commercio, quando determina que o contracto de fretamento de qualquer embarcação deve provar-se por escripto, devendo ser assignado pelo fretador e afretador e por quaes outras pessoas que intervenham no contracto, do qual se dará a cada uma das partes um exemplar. Esta dis-

(1) *Actio injuriarum* pags. 106 a 113.

(2) *Vida Lyon-Caen e Renault* t. 4 n. 639.

posição guarda conformidade com o art. 124 do mesmo Codigo que nega acção aos contractos que não revestem as fórmulas e solemnidades que elle estabelece.

O Codigo citado no art. 569 exige que o contracto de fretamento, para valer contra terceiros, como instrumento publico, seja feyto por intervenção de algum corretor de navios (3) ou na falta por tabellião publico que o porte por fé na presença de duas testemunhas.

E' além disso necessario que o instrumento respectivo seja lançado no registro do commercio, dentro de quinze dias a contar da sahida da embarcação do lugar onde existir Junta commercial; e si esta não existir, o prazo começará a correr do dia seguinte ao da chegada do segundo correio, navio ou paquete que houver sahido do districto do domicilio das partes depois da data do instrumento: Cod. cit. arts. 31 e 568.

A carta-partida que não fôr authenticada na fórma indicada só obrigará ás partes contractantes, como expressamente preceitúa o art. 569 do Codigo.

No estrangeiro, os consules authenticam as cartas-partidas: Dec. n. 4.968, de 1872 art. 96 § 5.

SECÇÃO III

ENUNCIAÇÕES

295. A carta-partida deve ter, conforme exige o art. 567 do Cod. do Comm., as principaes enunciações seguintes:

A) O nome do capitão. Esta declaração tem por fim a individuação do navio, e como dizem Lyon-Caen e Renault

(3) Dec. n. 806, de 26 de Julho de 1851, art. 28 n. 2.

(1), importa também ao afretador conhecer o capitão ; pois, de algum modo d'elle depende o exito da navegação ; além de que, como já vimos, o capitão pôde empenhar e até vender a mercadoria carregada no navio ; isto explica por que se diz que o afretamento é feito, quanto ao capitão, *intuitu personæ*.

Em algumas cartas partidas se costuma logo apóz a indicação do nome do capitão accrescentar—*ou outro por elle*, o que implica a faculdade de poder ser substituído o capitão, sem prejuizo da subsistencia do contracto, clausula essa que é sub-entendida, quando não é expressa, como opina Bedarride (2).

O nosso Codigo exige expressa declaração do nome do capitão ; e portanto, não deve ser omittido: Codigo art. 567—1.

b) O nome, porte, nacionalidade e porto do registro do navio : Cod. do Comm. art. 567—1.

Estas enunciações servem para firmar a individualidade e identidade do navio. Todo o navio tem um nome, servindo para differencal-o de outros navios; mas, não basta o nome para accentuar a sua individualidade e identidade, cumpre ainda declarar o seu porte ou tonelagem, cuja utilidade consiste em poder determinar-se a quantidade de mercadorias que pôde carregar e prestar base á determinação da importancia do frete, quando este é ajustado por quintal ou tonelada.

A nação, a que pertence o navio, deve ser declarada afim de assegurar-lhe a protecção diplomatica e competencia¹⁵²

(1) Obr. cit. t. v. n. 651.

(2) Obr. cit. t. II pag. 649.

consular, quando molhar em aguas estrangeiras, nos diferentes casos em que o consulado deve intervir.

c) Os nomes e domicilios do fretador e afretadar e do terceiro por conta do qual fôr feito o fretamento: Cod. do Com. art. 567 — II.

Já dissemos o fretador e afretador devem assignar a carta-partida (1), formalidade essencial a todo o contracto: Reg. n. 737, de 1850 art. 684 § 2.

Si o fretamento é contractado pelo capitão, representando este o dono do navio, não é essencial a declaração do dono; assim tambem, si é o commissario, que afreta o navio, o nome do committente pôde ser omitido, por isso que o commissario contracta *proprio nomine*: Cod. do Com. art. 166.

Discutem os commercialistas si a carta de fretamento é endossavel.

O endosso é a transferencia do titulo que tem clausula á ordem, operando efeitos que lhe são peculiares.

Lyon-Caen e Renault (2), de Valroger (3) sustentam a affirmativa baseados em que o silencio da lei autorisa o uso da clausula á ordem e portanto do endosso.

Outros o negam, como Vidari (4) que, comquanto não veja inconveniente no uso daquella clausula e pratica do endosso, todavia não as acceitam, porque a lei não foi expressa a tal respeito quando o foi tractando dos conhecimentos.

Adoptamos a opinião de Vidari. Releva, entretanto, notar que si em alguma carta-partida fôr lançada a clausula

(1) Vide supra n. 2º

(2) Ob. cit. t. 5 n. 659 bis.

(3) Ob. cit. t. 2 n. 677.

(4) Ob. cit. t. 6 pag. 246.

á ordem; e uma vez que não se devem suppor clausulas ociosas em um acto qualquer; pois, não é natural que se falle para nada dizer, em actos, em que são presumidas a attenção da parte dos interessados: *verba intelligenda sunt ut aliquid operentur* (1); deve se entender que essa clausula á ordem é empregada como autorisação para poder o afretador transferir a carta-partida, sub-fretando o navio.

Tanto mais procede este nosso modo de vêr; quanto é corrente que ha casos em que, certos titulos, nos quaes é licito escrever a clausula á ordem e por isso são transferiveis e exequiveis por via de endosso; todavia, o endosso perde a sua peculiar virtude, só produzindo effeitos de mera cessão; assim occorre no endosso das letras, com clausula á ordem, já vencidas ou prejudicadas, isto é, daquellas cujo prazo foi esgotado ou em relação ás quaes não foi praticada alguma formalidade legal: Cod. do Com. art. 364.

O Congresso Internacional de direito commercial, de Bruxellas, de 1888 proclama a inmissibilidade da carta-partida por via de endosso

Na Allemanha a pratica é contraria ao endosso da carta-partida.

D) A carta-partida deve resar a viagem; declarando si é redonda ou ao mez para uma ou mais viagens, si estas são de ida e volta ou sómente de ida ou de volta e si o fretamento versa sobre todo ou parte do navio: Cod. do Com. art. 567 — III.

E) A designação por toneladas, numeros e pesos ou volúmes do genero e quantidade da carga e declaração da

(1) Victor Fons—*Aphorismes de droit* n. 104.

(2) Charles Constant ob. cit. pag. 13.

pessoa por conta de quem a carga é conduzida para bordo e deste para terra: Cod. do Com. art. 567 — iv.

Este requisito não obriga ao exame do conteúdo dos volumes que são recebidos á bordo; si alguém carrega uma partida de chá especialmente acondicionado, não é licito entrar no minucioso exame do que se contém nos envolveros respectivos para verificação da natureza e qualidade do que nelles se acha; é a qualidade generica e apparente e não a especifica e interior, na phrase de Valin, que deve ser considerada.

F) A carta-partida deve annunciar o tempo da carga e descarga, portos de escala, se houver, as estadias, sobrestadias ou demoras e a forma por que se hão vencer e contar: Cod. do Com. art. 567 — v.

Confundem-se muitas vezes o lugar da carga com o porto de partida e o da descarga com o do destino; si isto se dá quando não ha convenção; todavia, não acontece sempre assim; porquanto, ás vezes o navio tem de receber a carga em um porto que não é aquelle em que se achava e onde foi contractado o fretamento; assim como pôde ser convencionado que o navio descarregue em um ou mais portos de escala; pôde ainda ser estipulado que o navio fretado vá aguardar ordens em um porto determinado acerca da descarga, é o caso do destino alternativo (1).

Estadia, estallia, dias de prarcha, são termos equivalentes e servem para exprimir a demora a que é obrigado o navio fretado no porto onde chegou, sem que por ella seja devido outro pagamento além do frete estipulado.

As estadias são uteis ou correntes, estas correm de momento a momento, sem interrupção de dias sanctos ou

(1) Lyon-Caen e Renault ob. cit. t. 5 n. 654.

feriados ; aquellas correm, exceptuados os dias sanctos e feriados.

As estadias tambem são classificadas em regulares e irregulares ; e aquellas em ordinarias e extraordinarias.

As estadias regulares nascem da causa necessaria de receber e entregar a mercadoria e por isso são previstas na carta-partida, tendo-se em consideração a natureza da carga, a viagem e os usos da praça em que se contracta ; as irregulares são as que procedem de accidentes maritimos ou força maior, contra as quaes não tem imperio a vontade das partes, *necessitas caret lex*, nem os usos do lugar : estadias ordinarias são as que o uso tem estabelecido e estão comprehendidas no frete ; estadias extraordinarias são as que se augmentam a commodo do afretador por convenção ou disposição legal (1).

Si é excedido o prazo para carregar e descarregar, isto é, si esgotada a estadia, o navio ainda não se achar desembaraçado, tem lugar o que se chama sobrestadia, sendo o navio indemnizado pela demora na carga ou descarga.

Ainda se denomina contra e sobrestadia a demora excessiva na carga ou descarga do navio.

A carta-partida contém clausulas sobre todas estas particularidades, cuja omissão é supprida pelos usos do lugar.

g) O preço do frete, primagem do capitão, indemnisação das estadias e sobrestadias, fórma, tempo e lugar do pagamento: Cod. do Comm. art. 567—vi são outras enunciações legaes.

O frete, como já fizemos ver (2), é, em regra, um dos ¹⁵⁴ elementos do contracto de fretamento.

(1) Vide Ferreira Borges, Obr. cit. vb. *Estallia*.

(2) Vide supra n. 286.

Entretanto, ha uma pratica nesta materia que tem suscitado contestações. Referimo-nos ao fretamento do navio a esmo para uma viagem de ida e volta, estipulando-se, porém, na carta-partida que só será pago o frete ao fretador concluida a volta: é o caso de ser fretado o navio para um porto, com as mercadorias que receber em portos intermediarios, e chegando a seu destino ahi carregar mercadorias para trazer ao porto da partida, sendo neste ultimo porto pago o frete ajustado, mais elevado do que o da taxa corrente, porque comprehende o preço da viagem da ida.

Esta convenção é licita e pôde obedecer a conveniencias mutuas, como pondera de Courcy (1). Com effeito, o fretador consegue assim a vantagem de não se inquietar com a cobrança do frete em longiquas paragens, o que só realisaria com perdas oriundas de differenças de cambio, em saques a sessenta e a noventa dias de vista, e cuja importancia na realidade só embolsaria quando o navio estivesse de volta; por outro lado, o afretador, que tiver limitado credito, acha nessa pratica a vantagem de ter dinheiro no lugar para onde envia o navio e onde projecta comprar mercadorias.

A's vezes, para evitar contestações, costuma-se fixar o frete illusorio de uma quantia insignificantissima; como quando estipula-se que o frete será de 500 réis; esta clausula, como reflectem Lyon-Caen e Renault (2), tem um alcance especial; não quer dizer que o fretador deixe de receber frete; é um modo de renunciar o fretador ao privilegio que lhe concede a lei sobre as mercadorias (Cod. do Com.

(1) Ob. cit. t. I p. 130.

(2) Ob. cit. t. V n. 656.

art. 280); em virtude desta clausula, o fretador não pôde exercer seu privilegio em relação a terceiros, especialmente quanto aos portadores de saques documentaes (*traites documentaires*), em proveito dos quaes as mercadorias da carga são constituídas em penhor.

Primagem é a gratificação ao capitão pela atenção que promette ter para com a carga: é o *hat money* dos inglezes, tambem chamado o chapéo, a carapuça ou capa do capitão; parece que assim se chamou a gratificação do capitão, porque ao chapéo ou carapuça se atirava essa gratificação que a principio era de méra liberalidade e com o uso se tornou estipulação ordinaria das cartas partidas, paga em quantia fixa ou dependente de uma porcentagem por tonelada da carga recebida a bordo (1).

O pagamento do frete, primagem e indemnisações deve ser regulado pela carta-partida; devendo ser applicadas as disposições dos arts. 429 e seguintes do Cod. do Com. que regulam os pagamentos mercantis, sempre que esta materia não tiver sido prevista nas clausulas da carta-partida.

O preço corrente dos fretes é determinado pelo resultado das respectivas operações da praça, em cujo curso possa ser annotado: Cod. do Com. art. 33.

Os fretes para os portos do Brazil e Portugal são pagos por arroba ou volumes, para os outros da Europa por tonelada de 70 arrobas ou por volume; para os portos da França pelas tarifas do Havre e Marselha.

A primagem nos fretes em moeda ingleza ou norte-ame-⁴⁵⁵ricana é do 5 % e nos portos da França é de 10 %.

Ha tambem primagem de quantia fixada.

(1) Vide Ferreira Borges, *Dict. J. Com.* vb. *Capa, Primagem.*

H) A carta-partida deve indicar si ha lugares reservados, além dos necessarios para uso e accommodação do pessoal e material do serviço do navio: Cod. do Com. arts. 567 — VII e 570.

A falta de algum destes requisitos não implica a nullidade da carta-partida, desde que os seus termos essenciaes forem observados.

Com effeito, os contractos são feitos para serem cumpridos, *ut valeant potius quam pereant*, como disse o jurisculto Juliano (1).

Si, pois, não houve fraude, si o erro não viciou o consentimento, si as partes obedeceram ao legislador no que era essencial e no que se deveria ter como objecto unico de sua vontade, si prejuizo algum occorreu, nullidade não existe; e seu pronunciamento, além de irrogar uma injustiça, seria effeito sem causa (2).

Vidari (3) expende que o contracto de fretamento escripto é sempre necessario, sendo licito substituir os requisitos essenciaes por equipollentes; e quando falte algum, nem por isso fica nullo o contracto, uma vez que possa ser provado por algum outro meio de prova; o que procede, por força de maior razão, si tractar-se de requisitos accidentaes.

Além destas enunciações outras podem ser estabelecidas na carta-partida, conforme permite o art. 567 — VIII do Cod. do Comm.

296. Discute-se si é licito estipular na carta-partida a clausula depositaria.

(1) Digesto L. 12—*de rebus dubiis*.

(2) Vide: Solon - *Théorie de la nullité* t. I. p. 241, Perrin—*Traité des nullités* p. 236.

(3) Ob. cit. n. 3.147.

Não duvidamos affirmar-o; porque, a lei de 30 de Maio de 1774, abolindo essa clausula na generalidade dos casos, a permite nos contractos de frete e seguro.

Além disso, o Reg. n. 737 de 1850, entre outros casos em que não admite litigio sem deposito do principal pedido, indica claramente, nos arts. 294 e 296, o caso da soldada vencida e não paga, suggerindo assim um criterio aceitavel no sentido exposto.

Na Inglaterra e nos Estados Unidos da America do Norte costuma-se inserir na carta-partida uma clausula penal: *penalty for non performance of this agreement.*

Esta clausula pôde tambem ser exarada em qualquer carta-partida que tenha de ser cumprida no Brazil. Neste caso, ha regras dominantes a consultar.

Assim que, a Ord. do L. 4 tit. 70 pr. e § 2 estabelece que a pena convencional não pôde ser maior do valor da obrigação principal; igual preceito contém o art. 431 do Reg. n. 737 de 1850, quanto ao compromisso arbitral, mas foi reduzido a dois terços pelo dec. n. 3.900 de 26 de Junho de 1867 art. 10 *in fine.* (1)

(1) Não se deve usar de um termo diferente para exprimir o mesmo que se costuma significar com as locuções *clausula penal* ou *pena convencional*.

Clausula compulsoria — eis a expressão technica que adoptamos em substituição daquellas locuções. As incorrecções de linguagem, as imperfeições technicas devem ser eliminadas da legislação.

Essas locuções suggerem conceitos falsos, quaes os de empregar-se na ordem civil ou commercial, o que só é da alçada criminal — a pena, o *malum passionis ob malum actionis*.

Além disso, na corrente censura de direito, a pena não pôde ser objecto de pactos, porque é de ordem publica e *jus publicum privatorum pactis mutari non potest* (Dig. l. 38 *de partis*); e aquellas locuções como que azam ensejo a que as partes possam contractar a imposição da pena, invadindo a esphera legislativa e o circulo da acção judiciaria.

Eis porque na parte que nos compete na commissão encarregada de elaborar o projecto do Codigo Civil, sob a Augusta Presidencia do Magnanimo Imperador o Senhor D. Pedro II, consignamos a clausula compulsoria e a regulamos — em substituição da chamada *clausula penal* ou pena convencional. — 156

297. De ordinario as cartas partidas contêm a maior parte de suas clausulas impressas com claros para a expressa menção de condições ou clausulas que só pôdem ser acordadas no acto da celebração do contracto; cumprindo notar que as clausulas manuscriptas prevalecem sobre as impressas, quando a estas forem contrarias; pois, presume-se que as manuscriptas traduzem mais directa e significativamente a intenção das partes no caso obveniente.

298. A carta-partida costuma ser escripta na lingua ingleza, de preferencia empregada nos contractos do direito commercial maritimo; o emprego de uma lingua estrangeira não obsta o cumprimento das estipulações que nella sejam feitas; sendo para notar que o contracto de fretamento de um navio estrangeiro ajustado no Brazil ou fóra d'elle, mas exequivel no Brazil está sujeito ás regras do nosso direito: Cod. do Comm. art 628, Reg. n. 737 de 1850 art. 3 §§ 2, 4 e 5.

Para serem exhibidas em juizo as cartas-partidas redigidas em lingua estrangeira devem se traduzidas para a lingua nacional: Reg. n. 737 de 1850 art. 147 dec n. 863 de 1851 arts. 12 e 13.

Devem ser exarados em idioma nacional os instrumentos de contractos de fretamento, celebrados no Brazil brazileiros, exequiveis no Brazil para serem admittidos em juizo: Cod. do Comm. arts. 125, 628, Reg. n. 737 de 1850 art. 147.

299. Vimos que o Codigo do Commercio art. 569 exige para a validade da carta de fretamento que ella seja revestida de certas formalidades, para valer contra terceiros, declarando que a que não fôr authenticada pelo corretor de navios ou pelo

tabellião na falta d'aquelle — só obriga ás partes, que a assignarem ; vê-se, pois, que o escripto é essencial em todo o caso para que subsista o contracto de fretamento. Esta disposição legal resolveu de modo categorico a questão que se ventila entre escriptores estrangeiros sobre a possibilidade juridica de poder ser provado o fretamento por qualquer genero de prova.

300. LEGISLAÇÃO COMPARADA. Na França, o codigo do commercio art. 273 diz que — toda a convenção para a locação de um navio, chamada carta-partida ou afretamento, deve ser redigida por escripto.

Interpretando este artigo Lyon-Caen e Renault (1) dizem que o escripto pôde ser particular ou authentico, porque nêem uma disposição legal restringe a liberdade das partes ; pois, não sendo o afretamento um contracto solemne, a falta de escriptura não invalida o contracto, de cuja prova sómente occupou-se o legislador, tendo apenas querido excluir a prova testemunhal por muito pequena que fosse a importancia do ajuste, temendo que essa prova, em razão das complicações que acarreta, viesse demorar os processos, em detrimento do commercio maritimo; pelo que, entendem esses commercialistas que a confissão, o juramento decisorio são acceitaveis como provas neste contracto, excluidas as presumpções, a correspondencia e o exame de livros, porque por escripto deve-se entender o acto authentico ou de assignatura particular.

Na Belgica, pelo art. 67 da lei de 21 Agosto de 1879, o contracto de locação maritima prova-se por todos os modos

(1) Ob. cit. t. V. n. 642.

de prova admittidos em materia commercial ; segundo o citado codigo, a escriptura não é essencial, mas sim um dos meios de prova do contracto, sem exclusão de todos os outros.

O § 557 do codigo do commercio da Allemanha diz : — Sendo fretada a totalidade, uma quota-parte ou um espaço do navio, cada um dos contractantes pôde exigir que o contracto seja redigido por escripto (*Chartepartie*).

Exigem que seja reduzido a escripto o contracto de fretamento os codigos de commercio da Italia art. 547, de Portugal art. 41, do Chile art. 979, do Mexico art. 727.

Na Inglaterra e nos Estados Unidos da America do Norte não se exige prova por escripto do fretamento.

301. A carta-partida está sujeita ao sello de estampilha: até o valor de 500\$000, 1\$100; de mais de 500\$000 até 1.000\$000, de 2\$000; de mais de 1.000\$000 até 2:000\$000 de 4\$400, e assim por diante, cobrando-se mais 2\$200 por conto de réis ou fracção desta importancia; sendo o navio fretado para paiz estrangeiro, ou sem declaração do lugar, paga-se o dobro da respectiva taxa: Reg. n. 2.573, de 3 de Agosto 1897, de bella A § 5. A lei n. 559 de 31 de Dezembro de 1898 art. 10 manda revalidar o documento que não fôr sellado, exigindo : dez vezes o valor do sello até 30 dias data em que fôr devido o sello; vinte cinco vezes até noventa dias; depois deste prazo o documento será considerado nullo.

O cit. dec. n. 2.573, de 1897, art. 17 § 1.º n. 10 indicando quem deve inutilisar a estampilha, diz: Nos contractos de fretamento de navio (carta-partida ou de fretamento) o capitão ou mestre na nota do despacho marítimo, em que deverá declarar o valor do frete; nos conhecimentos

de navios á carga, colheita ou prancha, o signatario; nos passaportes ou passes das embarcações, o signatario (1).

SECCÃO IV

EFFEITOS DO CONTRACTO DE FRETAMENTO

302. O contracto de fretamento surte effeitos já quanto aos contractantes, fretador e afretador, já quanto a terceiros.

Os effeitos deste contracto quanto aos contractantes cifram-se nos reciprocos direitos e obrigações, antes, durante e finda a viagem.

303. DIREITOS DO FRETADOR ANTES DA VIAGEM. Estes direitos consistem no seguinte :

1.º O fretador pôde exigir que seja carregado o navio no tempo estipulado ; e não havendo esta estipulação, logo que o capitão o declare prompto para receber a carga : Cod. do Comm. art. 591.

2.º Vencido o prazo estipulado ou em uso, na falta de estipulação, sem que seja carregado o navio, tem o capitão, fretador, do representante o direito optativo ou de resilir o contracto, exigindo do afretador metade do frete ajustado e primagem com estadias e sobrestadias ouprehender a viagem mesmo sem carga, recebendo o frete por inteiro, primagem, estadias, sobrestadias e avarias : Cod. do Com. art. 592.

(1) Fundada neste artigo e no capitulo 13 tit. 7 da Nova consolidação das leis das alfandegas e mesas de renda, de idiu a Receb doria do Rio de Janeiro, em 2 de Março e 16 de Junho de 1898, que o sello dos contractos de fretamento é pago no despacho maritimo e fiscalizado pelas alfandegas: isto nos autos do Juizo Seccional—autor, Hans Ludwig Lorentzen, capitão e dono do vapor nacional *Rio e Réos*, E. Johnston & C. Tractava-se de uma carta de fretamento feita no Rio de Janeiro para ir o navio buscar no Prado (Bahia) 152 um carregamento de madeiras.

Si só parte da carga foi para bordo do navio, é licito ao capitão descarregar-a por conta do afretador ou emprehender a viagem com aquella carga, havendo o inteiro frete, primagem, estadias, subrestadias e primagem : Cod. do Com. art. 593.

Recusando o afretador cumprir o contracto antes de esgotado o prazo para effectuar-se a carga, o capitão recebe meio frete e a primagem : Cod. do Com. art. 594.

Cumpre precisar a natureza juridica do meio frete nos casos previstos.

O meio frete, tambem chamado falso frete, é uma verdadeira indemnisação.

Não é frete, propriamente dicto ; porque, sendo o frete o preço da locação do navio e não tendo este sido utilizado para o fim contractado, isto é, para o transporte das mercadorias, não ha locação e portanto não ha frete.

Tambem não é amparado o meio frete por privilegio ; por isso que, só podendo o privilegio recahir sobre as mercadorias em transporte e não existindo a bordo taes mercadorias, carece de base o privilegio.

Releva tambem conhecer a significação juridica da sobrestadia.

A este respeito, dois systemas disputam a verdadeira intelligencia.

Um delles affirma que o credito resultante é uma remuneração accessoria do frete. Deste conceito resultam os seguintes consecutarios (1) :

1. Cessa esse credito no caso de perda ou apresamento da carga ;

(1) Vide Lyon-Caen e Renault t. V. n. 797.

2. Tem como garantia o mesmo privilegio do frete sobre as mercadorias ;
3. Póde o capitão depositar as mercadorias, no caso de não pagamento das sobre-estadias e contra estadias etc. ;
4. Está sujeito á mesma prescripção do frete ;
5. O abandono liberatorio comprehende as sobrestadias etc. ;
6. A mesma competencia chamada a decidir do frete tem alçada quanto ás sobrestadias etc. ;

Lyon-Caen e Renault estão de accôrdo com este systema, parecendo-lhes mais natural considerar, como faz a *Cour de Cassation* de França, as sobrestadias e contra sobrestadias como uma remuneração ou frete supplementar adicionado ao principal. O afretamento, proseguem os citados commercialistas, é uma especie de locação; o afretador em consequencia da demora no carregamento ou na descarga, usa do navio por mais tempo do que podia ; é pois justo que pague um aluguer supplementar, o qual consiste precisamente nas sobrestadias e contra-sobrestadias.

A este systema filia-se a generalidade dos commercialistas modernos da França (1).

Um segundo systema entende que as sobrestadias importam reparação do tempo perdido e indemnisação do consequente damno, sem ligação com o facto do transporte, como o frete, nem seguir-lhe a sorte, salvo convenção em contrario.

(1) Vide, além dos citados Lyon-Caen e Renault, Desjardins t. III n. 828 de Valroger t. II n. 701.

E' este o systema de Valin (1) Dageville (2) e Delvincourt (3).

Jacobs (4) tractando deste assumpto diz que a obrigação de pagar as sobrestadias constitue uma obrigação que deriva do contracto de afretamento, o que é incontestavel, mas tambem indifferente; do que se tracta é investigar si a obrigação tem por causa a execução do contracto ou a sua inexecução; quanto a nós, continua elle, as sobrestadias são indemnisações fixadas de antemão, para o caso da inexecução de uma obrigação contractual, qual a de carregar ou descarregar o navio em prazo determinado. Os partidarios da opinião geralmente admittida na França distinguem—as sobrestadias, importando ainda a execução do contracto de afretamento, das—contraestadias, que exprimem a sua inexecução; distincção que não lhe parece admissivel; umas e outras são a inexecução do que entrava na intenção commum das partes; mas, emquanto as sobrestadias são a inexecução prevista e regulada de antemão, as contraestadias são a inexecução que ultrapassa as previsões das partes. O locatario que, não obstante o despejo exigido pelo proprietario, continúa a occupar a casa sem direito, fica obrigado, não pelo aluguer durante o tempo de indevida occupação, mas por todo o prejuizo que esta occupação causa ao proprietario.

De Valroger (5), a proposito desta questão, lembra que na conferencia de Hamburgo que elaborou o antigo codigo allemão, foi proposto assemelhar as quantias pagas por sobrestadias (*Liegegeld*) a um aluguer; o que não passou; e

(1) L. 3 tit. I. a. t. 4.

(2) II. 350.

(3) L. II tit. V. cap. III

(4) t. I n. 301 pag. 334 e 335.

(5) T. II n. 701.

Lewis, commentando o art. 556 do dicto código allemão, fez vêr que ninguém pensou em assemelhar as sobrestadias a uma clausula penal (*Conventionalstrafe*); ponderando que o afretador que utiliza as sobrestadias não contravem ao contracto, não faz senão exercer um direito que lhe dá o contracto.

Esta é doutrina que tem prevalecido na jurisprudencia belga e foi acceita pelos tribunaes do commercio de Marseille e Aix.

Inclinamo-nos a esta opinião, como manifestamos na *Revista Juridica*, que outr'ora redigimos (1); convencidos de que a indole do nosso direito não autorisa outra solução (2).

O direito ao pagamento das sobrestadias nem sempre se faz valer contra uma só pessoa; pois, pôde occorrer que haja varios carregadores ou destinatarios das mercadorias carregadas; nesta ultima hypothese, convem saber si cada carregador ou destinatario tem direito aos dias de prancha estabelecidos na carta partida ou em uso ou si, pelo contrario, os consignatarios devem-se entender a tal respeito, sob pena de responderem respectivamente pelas sobrestadias verificadas. Ha divergencias :

Pensam uns que o conhecimento não estabelece nem um laço juridico entre os diversos destinatarios, que permanecem entre si como estranhos; entendem outros que os destinatarios são responsaveis pela demora na descarga, salvo o direito dos destinatarios diligentes contra os retardatarios.

Desjardins (3) considerando que não ha entre os destinatarios, quanto á obrigação de descarregar, solidariedade

(1) Vide anno de 1873 pag. 5.

(2) A jurisprudencia dos tribunaes brasileiros não é uniforme a este respeito.

(3) Ob. cit. n. 829 pag. 627.

nem indivisibilidade, pensa que as sobrestadias não são devidas pelos diversos reclamantes das mercadorias carregadas em um navio, cabendo ao capitão pôr em móra os retardatarios.

Estas divergentes opiniões têm sido suffragadas por varios julgados na França; é mais consentaneo, porém, com o direito o que dicidiu o Tribunal do Commercio de Marseille, com o qual acertadamente se conformou de Valroger (1) isto é, quando um navio estipula em cada conhecimento que haverá dez dias de prancha, é difficil dizer que cada destinatario poderá reclamar este prazo de dez dias; foi a sua plena liberdade que o navio quiz assegurar findos os dez dias; si, em verdade, destinatario algum incorre em culpa, tendo-se effectuado sem atrazo nem interrupção a descarga, poder-se-ha então considerar que todos os consignatarios incorrem igualmente na culpa de não terem feito estipular maior prazo para a descarga do navio; e, portanto, devem ser repartidas as sobrestadias pelos consignatarios *pro rata* de suas mercadorias.

Os principios expostos são extensivos aos differentes modos pelos quaes tenha sido fretado o navio.

O nosso Codigo no art. 627 estabelece que a divida de fretes, primagem, estadias e sobrestadias, avarias e despesas da carga prefere a todas as outras sobre o valor dos effectos carregados, salvo os casos do art. 470 n. 1; mas o Reg. n. 737 de 1850, no art. 308 § 1º, só concede acção executiva aos fretes dos navios.

O codigo commercial de Portugal contém a seguinte disposição, no art. 545 : «Não se estipulando na carta de fre-

(1) Ob. cit. ns. 702 e 703 pags. 224 a 227.

tamento o tempo para a carga e descarga do navio, calcular-se-ha a estadia, si o navio fôr á vapor, na razão de cento e vinte toneladas de peso por dia, e si fôr de véla na de metade.

§ 1. Havendo sobre-demoras, serão estas pagas na razão de cem réis por cada tonelada de navio á vapor e na de cinquenta réis por cada uma dos de véla.

§ 2. No tempo regulado neste artigo e § 1.º não são contados os domingos e dias santificados».

3.º Nos casos em que é licito fazer sahir o navio sem carga ou com parte della, póde o fretador, para segurança do frete e de outras possíveis indemnisações, completar a carga por outros carregadores, sem consentimento do afretador, pertencendo, porém, a este o beneficio do novo frete: Cod. do Com. art. 596».

São as mercadorias da carga que garantem o pagamento do frete e das indemnisações que possam haver, eis porque é assegurada ao fretador esta faculdade; por outro lado, desde que outros carregadores concorrem com suas mercadorias para completar a carga do navio, é de equidade que ao afretador aproveitem os fretes pagos por outros carregadores.

O código allemão § 578 autorisa o capitão a exigir garantias especiaes, quando a carga não foi completada pelo afretador.

4.º O fretador póde fazer descarregar o excesso da carga, cujo transporte foi ajustado, salvo si fôr-lhe pago o frete pelo excesso, permittindo-o o porte do navio: Cod. do Com. art. 598.

Si carregadores ou afretadores tiverem clandestinamente posto a bordo mercadoria, cuja entrada ou sahida seja prohibida ou praticarem qualquer outro acto illicito, o fretador tem direito ao frete por inteiro, á primagem, á con-

tribuição por avaria grossa, ainda que as mercadorias sejam confiscadas: Cod. do Com. art. 599: E neste caso, provado que o capitão assentiu a taes factos ou, delles tendo conhecimento, não os denunciou na primeira visita da alfandega que recebeu a bordo, fica o capitão solidariamente responsavel para com os interessados por todas as perdas e danos consequentes: Cod. do Com. art. 600.

Não é indifferente ao fretador a qualidade da mercadoria, da qual muitas vezes depende o maior risco que uma embarcação pôde correr.

Si, pois, uma embarcação é afretada para transportar um carregamento determinado, não é licito ao afretador variar o carregamento, pondo a bordo artigos inflammaveis ou outro genero de carregamento, como o gado, que exige cuidados especiaes; em fim, ao carregador não é licito substituir a natureza da carga, maxime si ella comprometter a segurança do navio.

O codigo allemão § 562 dispõe: «O fretador é obrigado a acceitar, em lugar das mercadorias estipuladas no contracto, outras quaesquer que apresentar-lhe o afretador para serem transportadas pelo navio ao mesmo destino, uma vez que com isso não aggrave a sua situação. Esta disposição não se applica quando as mercadorias tiverem sido especialmente designadas no contracto e não simplesmente quando fôr declarado o seu genero ou especie».

Esta disposição é das mais justas, porque só em vista da mercadoria é que pôde ser estipulado o frete.

5.º Pôde o fretador subrogar outro navio para transportar a carga que estiver a bordo, comtanto que esse navio seja igualmente apto para emprehender a viagem, pagando a despeza da baldeação, augmento de frete e do premio do

seguro, si no prazo de um mez a contar do dia em que o navio estiver a frete geral não puder obter mais de dois terços da carga e a maioria dos carregadores exigir a partida do navio: Cod. do Comm. art. 604.

304. DIREITOS DO FRETADOR DURANTE A VIAGEM. Estes direitos reduzem-se a uma synthese, que consiste em manter o fretador, desde que o navio levanta ferros no porto do carregamento até que chegue a seu destino e descarrega, todas as faculdades e meio de acção indispensaveis ao cumprimento das obrigações do afretador ou carregadores.

305. DIREITOS DO FRETADOR FINDA A VIAGEM. Já mostrámos quando se podia dizer finda a viagem (1).

306. Os direitos do fretador neste periodo são os que seguem :

1.º Receber o frete devido.

Cumpre aqui estudar :

- 1) quem recebe o frete,
- 2) de quem pôde exigil-o,
- 3) onde,
- 4) quando,
- 5) em que moeda,
- 6) sobre que,
- 7) quando cessa.

1) O capitão, o *magister navis*, o *exercitor*, é aquelle a quem cabe exigir o pagamento do frete, na ausencia de qualquer estipulação a respeito.

Assim que, si o navio tem consignatario, ao qual o proprietario ou o armador, conforme o caso, tenha dirigido ou

(1) Vide supra n. 97.

recommendo o navio, a elle cabe operar no sentido de cobrar o frete, usando dos meios de direito.

2) Em principio, incumbe ao afretador pagar o frete.

Póde o mesmo navio ter mais de um afretador, póde tambem ter varios carregadores, aos quaes são destinadas as mercadorias embarcadas. Neste caso, é ao consignatario, como representante do dono da mercadoria, que corre a obrigação de satisfazer o frete, sem que contrahia por isso obrigação pessoal.

A causa de que deriva esta obrigação não é, como a primeira vista poderia parecer o *do ut des* entre o capitão e o consignatario de parte as relações juridicas do mandato entre o consignante e o consignatario; porque, o frete representa o preço do transporte da mercadoria e não o preço da mesma mercadoria (1).

Releva ainda notar que o facto de receber o consignatario da carga as mercadorias desta não isenta o afretador do pagamento do frete; pois semelhante facto não importa novação, certo como é, que a novação não se presume, só existindo deante da expressa significação da intenção de novar.

Donde resulta que no caso de não pagar o consignatario o frete da mercadoria que recebeu, nem por isso extingue-se o direito do fretador ou seu representante de haver a importancia, que pelo transporte da mercadoria, é devida pelo carregador.

O art. 619 do nosso Codigo negando ao capitão a faculdade de reter mercadorias da carga sob fundamento da falta de pagamento do frete, avaria grossa ou despeza,

(1) Bourgarel—*Contrat d'Affrètement* pag. 88.

reconhece-lhe o direito de, feito o protesto, requerer deposito de fazendas equivalentes e pedir a venda dellas, salvando-lhe o direito de haver do carregador a differença, quando seja insufficiente o deposito.

Si no caso previsto, o capitão não perde direito contra o carregador, por força de igual razão não pôde perder quando o caso se dá directamente com o consignatario.

Cumpre não confundir a acção propria e directa que tem o capitão para haver o que lhe é devido, em razão de seu credito privilegiado, e a acção que lhe cabe como mandatario.

Assim também, não pôde o afretador prevalecer-se da compensação, invocando um credito que não se relacione intimamente com a embarcação afretada; de modo que, além de depender a compensação ou encontro da existencia de dividas liquidas, certas, com effeitos de igual natureza e especie, como exige o Codigo do Commercio no art. 439, é indispensavel que a compensação ou encontro de dividas se possa fazer sem prejuizo da fortuna de terra.

O frete pôde ser directamente reclamado do sub-afretador, semelhantemente como ocorre com o sublocatario do immovel, esta solução assume particular importancia, quando é declarado fallido o afretador e o frete principal não foi pago, case em que o fretador tem o direito de receber o que lhe fôr devido, com exclusão dos syndicos da fallencia do afretador (1).

3) O frete é pago no porto da descarga e realisada esta, em regra: é o que se deduz dos arts. 527 e 619 do Cod. do Com.

(1) Vide Desjardins t. III n. 836 p. 651.

A convenção das partes póde determinar outra estipulação; sendo licito pactuar que o frete seja pago, total ou parcialmente, no porto do carregamento: é o caso do frete adeantado.

Circumstancias podem dar-se que determinem a interrupção da viagem; neste caso, não podendo as mercadorias ser transportadas para o lugar de seu destino, deve o frete que fôr devido ser liquidado no lugar onde o navio der por finda a viagem, salvo convenção em contrario, certo como é que na carta-partida devem ser estabelecidas as condições do pagamento do frete: Cod. do Com. art. 567-vi.

4) Em regra o frete é pago, quando a mercadoria chega ao lugar do seu destino, porque, só então recebe execução plena o contracto de transporte : prestado o serviço é devida a remuneração ; accrescendo que podem occorrer circumstancias, já nascidas das contingencias da navegação, já de estipuladas condições, que só no ultimo termo da viagem podem ser averiguadas e reguladas.

Algumas vezes os carregadores fazem adeantamentos sobre o frete : nesta hypothese ainda, póde ser convencionado que o frete ou parte do frete não seja restituído, quando acontecer algum incidente.

A clausula de não reembolso dos adeantamentos sobre o frete costuma ser estipulada, obrigando-se, por seu lado, o capitão ou o armador a pagar o premio do seguro de taes adeantamentos.

5) O pagamento do frete é feito na moeda em circulação do lugar em que deve ser effectuado, calculado pelo cambio do dia, cuja oscillação corre por conta do fretador sendo estrangeira a moeda.

Assim que, si fôr estipulado o pagamento do frete em moeda metallica, não havendo esta, e não tendo sido fixado d'antemão o cambio, prevalece o que correr no dia do vencimento; e si houver mora e o cambio descer, deverá ser feito o pagamento pela taxa do dia respectivo: Cod. do Com. arts. 431 e 628.

6) Sobre que deve ser pago o frete, eis o que assume particular interesse, quando as partes não se entenderam expressamente á respeito.

Assim, si as partes convencionam que o frete será pago conforme o numero, peso ou medida que forem achados no embarque ou descarga, nem uma constestação é de suppor que appareça; quando, porém, guarda-se silencio a tal respeito, é que surgem as difficuldades; *maxime*, na divergencia dos usos locaes, o que acontece principalmente nos fretamentos parciaes.

Si o frete é justo por peso, sem declaração de ser este liquido ou bruto, entende-se ter sido por peso bruto, comprehendidos os recipientes, como capa, caixa ou vasilha em que as mercadorias estiverem acondicionadas: Cod. do Com. art. 615.

Não é, não póde ser equiparado a frete o aluguer que recebe o fretador pelos saccos que fornece para transporte dos generos embarcados.

Si o frete é justo por numero, peso ou medida e houver condição de ser a carga entregue no portalo do navio, o direito do capitão exigir que os effeitos sejam contados medidos ou pesados á bordo, antes de se tornar effectiva a descarga; feita esta diligencia, cessa a responsabilidade do capitão por quaesquer differenças que possam apparecer em terra. Si assim não proceder o capitão, fica elle obrigado a

responder pelo resultado da verificação que o consignatario promover depois de recebidos taes effeitos: Cod. do Com. art. 616.

Ha generos que por sua natureza são susceptiveis de augmento ou diminuição, independentemente da má arrumação ou falta de estiva ou mesmo por defeito do vasilhame, como occorre com o sal; as differenças que nestes generos fõrem encontradas correm por conta dos respectivos donos sendo devido em todo o caso o frete do que se contar; medir ou pesar no acto da descarga: Cod. do Com. art. 617.

Pagam frete por inteiro:

- a) as fazendas deterioradas por avaria ou por defeito dos recipientes, provando o capitão que o damno não proveio da arrumação ou estiva;
- b) às fazendas que o capitão fôr obrigado a vender;
- c) as fazendas alijadas, em caso de avaria grossa: Cod. do Comm. arts. 621, 624, 515 e 764 n. 2.

O frete tambem pôde ser designado sobre o valor, o que se dá quando se transporta metaes ou pedras preciosas.

Na França cobra-se um quarto por cento sobre o valor (1).

Os fretes para os portos do Brazil e Portugal pagam-se por arroba ou volumes; para os outros portos européos por tonellada de 70 arrobas ou por volumes; regulam os fretes para os portos da França as tarifas do Havre e Marselha: Ass. do I. do Comm. n. 17 de 17 de Agosto de 1857.

O Congresso de Bruxellas adoptou as seguintes conclusões.

(1) De Valroger n. 761; Desjardins n. 843

« O frete é devido por inteiro :

- 1.º quando as mercadorias chegam a seu destino, qualquer que seja o seu estado ;
- 2.º quando são sacrificadas para salvação commum do navio e da carga ;
- 3.º quando foram vendidas, empenhadas ou empregados na necessidade do navio, chegando este a bom porto ;
- 4.º quando, durante a viagem, pereceram por vício proprio ou por culpa do afretador ou foram vendidas no interesse do proprietario.

Não obstante si, nos casos previstos sob ns. 2, 3 e 4, o capitão alcançou economisar gastos, são estes deduzidos do frete.

A obrigação do afretador pagar o frete é independente da obrigação que corre ao fretador de

- a) contribuir na avaria commum ;
- b) pagar por seu valor no porto de descarga, as mercadorias vendidas, empenhadas ou empregadas nas necessidades do navio ;
- c) participar dos gastos com o resgate ou salvação das mercadorias na proporção do frete respectivo ».

7) O frete cessa em diferentes emergencias.

O nosso Codigo do Com. art. 622 enumera as seguintes :

- a) naufragio ou varação:
- b) roubo de piratas, presa de inimigos.

Não se deve ligar á disposição do Codigo sentido restricto, fallando em naufragio ou varação, o legislador não fez senão exemplificar ; de sorte que, sempre que se provar que a perda ¹⁶⁵

das mercadorias foi devida á fortuna do mar, como o incendio a fulminação do raio etc., o frete não é devido.

Cumprê advertir que o fretador mantem o seu direito ao frete, quando a mercadoria perde-se por facto ou culpa do afretador ou por vicio proprio, como seja a combustão espontanea de certos generos quaes o algodão em rama, certo carvão.

A morte dos animaes embarcados não é equiparavel á perda de mercadorias carregadas, a morte de seres vivos é um acontecimento natural, a mortalidade é seu vicio proprio; o dono de animaes que morrem durante a viagem, não póde ir contra o fretador, si não provar que o facto é-lhe imputavel, cumprindo-lhe pagar o frete, si não mostrar que a morte proveio de culpa do fretador ou de fortuna do mar (1).

Vê-se bem que não recebem applicação nesta materia os principios geraes que governam a locação da cousa e segundo os quaes o locador tem direito ao aluguer até o momento do perecimento da cousa; no commercio maritimo, porém, a fortuna do mar nivella as situações do fretador e dos carregadores, aquelle perde o seu frete e estes as suas mercadorias: é a igualdade perante o infortunio. Accresce que, o que foi contractado foi o transporte da mercadoria e si esse transporte não teve lugar, si a mercadoria não foi entregue, não ha como justificar o pagamento do serviço que não foi prestado. Já na lei 15 § 6 do Digesto—*Locati conducti*, dizia Ulpiano: *ma. aere vehendi functus non sit.*

Assim tambem decidia o *Guidon de la mer.*

O frete, de que fica privado o fretador, é o que fôr devido no momento da fortuna do mar.

(1) Jacobs ob. cit. I n. 399; Vide tambem de Valroger t. II—n. 879; *Cod. allemão* § 618.

São varias as estipulações sobre o frete : ha o frete de ida, de volta, de ida e volta.

Quando os fretes são distinctos, cessa o frete na viagem em que se der qualquer dos acontecimentos que isenta o seu pagamento.

Tendo-se estabelecido que o frete é por viagem de ida e volta, o frete é pago na volta ; a perda do carregamento na ida não influe sobre o frete devido ; d'outra sorte, fôra dar lugar á odiosa chance de enriquecer o afretador em detrimento do armador, dispensando-o de pagar o preço do primeiro transporte.

Si a perda occorreo na volta, nem um frete é devido (1).

Não havendo estipulação de preço especial para a ida e a volta, procede-se á fixação do frete da ida por arbitramento (2).

Pôde-se convencionar que o transporte da mercadoria na ida seja livre de frete ou por uma quantia insignifican-tissima; neste caso, não ha que estimar ; porque, assim foi o contracto que é a lei das partes, salvo si o fretador provar que esse ajuste visou evitar a acção privilegiada da tripulação ou facilitar a negociação dos saques fornecidos pelo carregador contra o consignatario, tendo realmente sido convencionado um frete—de ida; si o fretador não o conseguir provar tanto peor para elle; pois, prestou-se a essa combinação (3).

Estes principios governam quer se tracte de fretamento total quer parcial ou a viagem tenha-se effectuado em um só

(1) Vide Lyon—Caen et Renault, ob cit t. V.n.767, Desjardins t. III n.847, Bedarride t. II n. 795.

(2) E' o que na França se ent-nde por *ventilation*. Vide Desjardins l. c. 115.
o P. Poitevin *Dictionnaire de la langue française vb. ventiler*.

(3) Desjardins t. III n. 847.

navio ou, tendo havido baldeação, a perda acontecer no mar alto ou no porto do destino, mas antes que o destinatario esteja de posse da mercadoria, salvo demora de sua parte em receber a carga (1).

Só ao frete e a seus accessorios é que se applicam estas regras e não a tudo quanto lhe fôr estranho.

A respeito das mercadorias perdidas ou que não chegam a seu destino, ha tres systemas ;

- a) o do frete de distancia ;
- b) o da indivisibilidade do frete ;
- c) o da equidade.

O primeiro destes systemas é do codigo do commercio da França, arts. 296, 302 e 303.

Por este systema, desde que as mercadorias não chegaram a seu destino, mas foram descarregadas em um porto mais ou menos afastado do lugar para onde deviam ser transportadas, o carregador deve pagar o frete proporcional, remuneração devida pela vantagem que tem o carregador da distancia vencida. E' o do nosso Codigo arts. 611 e 622, 2.ª parte.

O segundo systema é o da lei belga de 1879 art. 97, que diz « nem um frete é devido por mercadorias perdidas por naufragio ou varação, pilhadas por piratas ou apresadas por inimigos... nem um frete é devido por mercadorias que, apoz naufragio ou declaração da innavegabilidade do navio, não chegarem a seu destino » (2).

Por este systema, o contracto de fretamento é indivisivel, e só se póde considerar cumprido pelo effectivo trans-

(1) Vide Desjardins l. c. De Valroger n. 880, Jacobs t. I n. 399.

(2) Esta disposição é fundada no projecto francez de 1865.

porte das mercadorias ao porto do seu destino; de sorte que, o frete só é exigível si as mercadorias são entregues no porto para onde devem ser transportadas; si, porém, as mercadorias ficaram em caminho, nem um frete é devido.

O terceiro systema é o do congresso de Bruxellas, que organisa um plano *ex æquo et bono*, tendo em conta a vantagem que o transporte parcial da mercadoria pôde proporcionar ao seu dono.

Discutindo a especie, Laurin (1) pondera que a obrigação que produz o contracto de transporte é como todas as obrigações — de fazer, e salvo indicação em contrario resultante da vontade das partes, perfeitamente divisivel, isto é, susceptivel de executar-se por frações, e comprehende-se bem que quando a viagem está antecipada na razão de um terço ou de metade, o afretador tenha colhido o terço ou metade do proveito que devia resultar do contracto, este resultado, hoje sobretudo com a presença dos progressos do commercio, da multiplicidade e regularidade das communições, não pôde ser negado; foi, pois, com muitissima razão que o legislador fez uma intersecção na convenção das partes resilindo-a para o futuro, mas deixando-a subsistir quanto ao passado.

O modo pelo qual deve ser apreciado o proveito que aufera o carregador, no caso vertente, tem suscitado discussão.

De Courcy (2) faz as seguintes reflexões: « como calcular o frete proporcional devido em razão da distancia percorrida? Em França, na falta de outra base, de ordinario,

(1) *Droit maritime par Cresp, annoté et complété par Laurin II pag. 116.*¹⁶⁷

(2) *D'une réforme internationale du Droit maritime pag. 74.*

procede-se simplesmente ao calculo das distancias ; processo muito commodo, mas bem vicioso. O frete é a remuneração de um serviço prestado, do transporte de uma mercadoria á um porto designado onde é esperado. Si em um paiz montanhoso, eu contracto com um conductor que obriga-se a transportar-me de um ponto a outro onde tenho pressa de chegar, si o carro quebra-se em meio do caminho, deixando-me contuso, estropiado e muito embaraçado em alcançar o meu destino, e só ahi consigo chegar com fortes gastos, julgar-me-hei obrigado a pagar a metade do preço ajustado? Ora, é exactamente a mesma situação. Contractei com um capitão, mediante cem francos por tonelada, o transporte de minha mercadoria do Havre a S. Francisco, por exemplo, e seu navio encalha ou arriba em estado de inavegabilidade nas immediações do cabo Horn nas ilhas Malouines. Geographica-mente é cerca de metade do caminho. A força maior o isentou de sua obrigação para commigo, não me deve indemnização alguma, posso porém, eu dever-lhe cincoenta francos por tonellada por ter deixado sobre uma ilhota minha mercadoria avariada, depreciada, que não poderei levar a seu destino si não mandando outro navio tomal-a com frete maior que o primeiro, dispendios de toda a sorte e ruinosa demora? Que serviço prestou-me o capitão; melhor fôra que minha mercadoria permanecesse nos meus armazens do Havre».

Na Allemanha, o respectivo codigo § 632 manda pagar o frete de distancia, calculada a relação existente entre a distancia percorrida e que resta a percorrer, e mais ainda a proporção do gasto do tempo, dos perigos, da média dos esforços da parte da viagem feita e da por fazer.

O Congresso de Bruxellas, adoptou as seguintes conclusões :

Quando o navio não pôde acabar a sua viagem, applicam-se as seguintes regras :

a) Si a impossibilidade provem de uma interdicção de commercio ou de qualquer outra causa geral, extensiva a todos os navios, o capitão desembarca o carregamento no porto que julgar mais favoravel ao interesse dos carregadores ; sendo a importancia fixada *ex æquo et bono*.

b) Si a impossibilidade concerne ao navio, o capitão deve acautelar o mais possivel os interesses dos carregadores, re-expedindo as mercadorias para o seu destino, si o permittirem as circumstancias. Si as mercadorias chegam a seu destino por frete menor do que o convencionado a differença entre os dois fretes pertence ao primeiro fretador ; nada receberá si os dois fretes forem iguaes ; si o novo frete é superior, a differença é supportada pelo carregador, salvo o direito de ir contra aquelles, cuja culpa tenha causado a interrupção da viagem. Si o capitão não pôde re-expedir as mercadorias para o seu destino, a importancia do frete é fixada *ex æquo et bono*, as regras estabelecidas não prejudicam os direitos respectivos do fretador, do capitão ou do afretador, em caso de culpa imputavel a qualquer delles.

Tendo-se pago o frete adeantado, repete-se, salvo convenção em contrario.

E' o caso do quasi-contracto, repetição do indebito, que o Codigo do Commercio, art. 622, sancionou.

Resgatando-se o navio e fazendas ou salvando-se do naufragio, é devido o frete correspondente até ao lugar da¹¹⁴

presa ou naufragio ; sendo pago por inteiro, si o capitão conduzir as fazendas salvas a seu destino, contribuindo o capitão para o resgate assim como no caso de avaria grossa : Cod. do Comm. art. 622, 2ª parte.

Salvando-se, sem cooperação da tripulação, fazendas que façam parte da carga e sejam entregues por pessoas estranhas, não é devido frete algum : Cod. do Comm. art. 623.

Este preceito está de acôrdo com o que dispõem os codigos da Finlandia art. 108 e da Hollanda art. 484.

A jurisprudencia franceza não faz depender o pagamento do frete do esforço pessoal do capitão na salvação das mercadorias da carga, considerando ser devido - o frete por inteiro desde que chegar a carga ao porto do destino.

Tambem cessa o frete, esgottado o prazo da prescrição que é de um anno a contar da entrega da carga ; salvo : 1.º si a respectiva obrigação constar de differente documento, caso em que a prescrição será a do dicto documento; 2.º si fôr interrompida a prescrição, caso em que, esta começará a correr de novo da data do acto interruptivo : Cod. do Com. arts. 441, 449 n. 3 e 453.

2.º Outro direito do fretador é fazer valer a prelação que lhe é assegurada.

Esta prelação ou privilegio legal, recae sobre os effeitos carregados, em segurança do pagamento do frete, primagem, estadias e sobrestadias, avarias e despesas da carga: Cod. do Com. art. 627, combinado com o art. 470 n. 1.

Si é estipulado prazo para pagamento do frete, o fretador ou o capitão não pôde pretender as seguranças que assegura-lhe a lei, emquanto pender o prazo; porquanto, a concessão do prazo mostra que houve confiança na solvabilidade pessoal do afretador e renuncia da garantia real que

lhe proporcionava a mercadoria carregada, como bem pondera de Valroger (1).

Esta interpretação guarda conformidade com a regra do art. 136 do Cod. do Comm. e com o aphorismo : *dies adjectus efficit ne praesenti die debeat*; termos em que, medida alguma assecuratoria pôde requerer o capitão que adiou o recebimento daquillo que podia promptamente receber.

Isto, porém, não quer dizer que declarada a insolvabilidade do afretador ou carregadores, o capitão não se possa apresentar como credor privilegiado na massa do devedor : Cod. do Com. art. 877 n. 7 (2), Reg. n. 737 de 1850 art. 621.

3.º O capitão, representando o fretador tem o direito de exigir antes de abrir as escotilhas do navio, que os destinatarios ou consignatarios da carga prestem fiança idonea ao pagamento da avaria grossa, a que possam ser obrigadas as suas mercadorias no rateio da contribuição. Em caso de recusa, é direito do capitão requerer deposito judicial dos effeitos obrigados á contribuição, até ser pago, ficando o preço da venda subrogado no lugar das mercadorias para por elle ser paga a devida contribuição : Cod. do Com., arts. 784 e 785, Reg. n. 737 de 1850 arts. 358, 359 e 402.

Esta materia será desenvolvida quando tractarmos das avarias.

307. OBRIGAÇÕES DO FRETADOR ANTES DA VIAGEM.

1.ª Ter o navio em condições de navegabilidade e lestes: para receber a carga : Cod. do Com. art. 590.

(1) Obra cit. n. 349.

(2) Reproduzido pelo acto do governo provisório n. 917, de 1890, art. 70, g).

Na ausencia de fixação do dia em que deve começar a carregar, cabe ao capitão declarar quando se acha prompto o navio para receber a carga: Cod. do Com. art. 591.

Decorre do exposto que é o navio, objecto do contracto de fretamento, que o fretador deve ter á disposição do afretador.

A vistoria official e a visita são presumpções da navegabilidade do navio ; mas, só a navegação effectiva pôde tirar a limpo a verdade que possa encerrar aquella presumpção ; pois, estas diligencias, graciosas por sua natureza e nunca aprofundadas, não podem excluir a prova em contrario, que incumbe ao afretador.

As cartas-partidas costumam consignar a declaração «de estar o navio calafetado, estanque de quilha á borda, bem acondicionado e inteiramente preparado, equipado e munido de todo o necessario para a viagem ». E' a traducção do que exprimem a *Charter-party* nos fretamentos dos navios inglezes — *The said ship being tight staunch and strong, in every way fitted for the voyage* (1).

Si o afretador conhecia o estado do navio, quando o contractou e o deixou partir, não pôde esquivar-se de pagar o frete, não podendo reclamar indemnisação pelo máo estado do navio, assim como si o carregou de mais (2).

Discute-se muito si é licita a clausula de não responder o fretador pela innavegabilidade do navio, antes da partida.

A solução affirmativa, não nos parece duvidosa.

Com effeito, o afretador deve certificar-se das condições em que se acha o navio, o exame que por si ou por pessoas

(1) Vide Cod. do Com. art. 614 *in-fine*. Reg. 737. de 1850. art. 186. Ruben de Couder ob. cit. vb. *Fret.* ns. 63 a 66.

(2) Ruben de Couder l. c. n. 66, de Courcy ob. cit. t. I pg. 149.

de sua confiança pôde fazer, as informações que pôde colher dos registros marítimos dos Lloyds e as diligencias legais a que é obrigado todo o navio, que tem de viajar, põe o afretador em uma situação, tão clara quanto possível, deante da cogitada clausula de irresponsabilidade.

Tanto mais aceitavel é esta opinião quanto é sabido que nos contractos em que o fretador não responde pela innavegabilidade do navio, e frete costuma ser menor, constituindo a differença do frete uma especie de premio do seguro, que o afretador faz da propria mercadoria.

2.^a O fretador deve assegurar ao afretador o goso do navio, com a capacidade declarada na carta-partida. Uma tolerancia da decima parte da capacidade do navio é estabelecida em favor do fretador: Cod. do Com. art. 597.

Daqui resulta: 1.^o que quando o carregamento não é sufficiente, o fretador ou o capitão não pôde tomar outras mercadorias sem consentimento do afretador; 2.^o no caso de completar-se o carregamento com mercadorias de outros carregadores com o consentimento do afretador, deve-se concluir que este mantém o seu direito sobre o frete das mercadorias de terceiros; porque, não só a renuncia não se presume facilmente, como porque — *in obligationibus quod minimum sequimur*.

Cumpre não esquecer que nos fretamentos do navio por inteiro, entende-se sempre que ficam reservados—a camara do capitão, os agazalhados da equipagem e as accomodações necessarias para o material do navio: Cod. do Com. art. 570.

Nos fretamentos parciaes pôde occorrer que as cargas recebidas á bordo excedam a continencia do navio, em taes circumstancias o carregador ou afretador de boa fé é ⁽¹⁴⁰⁾

preferido mesmo áquelle que antes tinha tomado praça, porque, o precedeu na posse; si carga alguma foi recebida, regula a preferencia a prioridade do titulo; si os titulos são da mesma data, faz-se uma repartição proporcional (1); neste caso, o capitão responde por perdas e damnos: Cod. do Com. art. 605.

A inexactidão do porte do navio póde tambem ser para menos, hypothese que raramente póde-se apresentar; pois, a tendencia é antes de exaggerar para mais do que para menos.

Seja como fôr, desde que o navio não tem a capacidade declarada e provado o prejuizo resultante, em qualquer hypothese, a indemnisação é sempre de direito, na qual, por certo, se contem a redução do frete quando fôr excedida a capacidade que o fretador indicar: é como resolveram os codigos da Italia, art. 562 e de Portugal. art. 542.

Variam os codigos quanto á tolerancia legal; o da Finlandia, art. 84, estabelece a tolerancia de um decimo, como o nosso; o da Italia art. 562, o de Portugal art. 542 § 2, a de uma vigesima parte; o da França art. 290, a lei belga de 1879 art. 74 a de uma quadragésima parte; o de Hespanha art. 669, o do Mexico art. 744, a de dois por cento entre a manifestada e a real.

Na Inglaterra, uma lei de 25 de Agosto de 1894 exige que todo o navio de mais de oitenta toneladas seja marcado pelo *Board of Trade* permanente e visivelmente com linhas (*deck-lines*) brancas ou amarellas sobre fundo escuro pintadas sobre o comprimento do navio, servindo para indicar cada

(1) Pardessus *Cours* n. 706. Sebire et Carteret *Encyclopédie* n. 57 Alauzet n. 1885, Ruben de Couder—*Dict. vb. Fret.* n. 86; Vide infra quando tratamos dos conhecimentos, cap. XIV.

uma das cobertas situadas acima da linha d'agua (*clear-side*) — art. 441. Si um navio é carregado a ponto de immergir a linha de carga (*load-line*) é reputado perigoso o navio (*unsafe ship*) — arts. 439 e 440.

A tolerancia legal suppõe a bôa fé: o capitão que faz scientemente uma declaração falsa, responde pelas consequências da alteração da verdade; cumpre ainda notar que si o erro do capitão tem base em um certificado official, embora ultrapasse a tolerancia legal, tal erro não compromette o capitão; em todo o caso, o frete é reduzido, tendo-se em attenção o erro commettido (1).

A transgressão da tolerancia, salvo si a declaração arguida estiver conforme a lotação do navio, dá lugar á annullação do contracto de fretamento ou ao abatimento no frete e ainda á indemnisação por perdas e danos: Cod. do Com. art 597.

Esta é a doutrina predominante nos differentes codigos estrangeiros, relevando notar que a lei belga de 1879 não dá o direito de annullar por tal motivo o contracto de fretamento.

3^a E' obrigação do fretador bem acondicionar a carga.

O Codigo do Commercio no art. 519, faz responsavel o capitão pela bôa arrumação da carga (2); esta e outras obrigações do capitão quanto ao bom acondicionamento, guarda e conservação dos effectos que recebe á bordo—oneram igualmente ao fretador, seu representado: Cod. do Com. art. 494 (3).

(1) Vide Alauzet n. 1886, Desjardins t. III n. 801, Bedaride n. 745, Jacobs t. I n. 319.

(2) Vide supra n. 156.

(3) Vide supra n. 192

Não basta receber as mercadorias a bordo, cumpre dispor-as de certo modo, afim de que umas não prejudiquem as outras, sendo acauteladas as susceptibilidades e riscos inherentes a cada especie: é o serviço de arrumação.

Além deste serviço ha a observar a estivação da carga, isto é, a sua collocação no navio de tal arte que este fique equilibrado e a carga não corra (1).

Já vimos (2) que ao capitão é prohibido pôr carga no convez do navio sem consentimento por escripto dos carregadores; justamente porque, nesse lugar as mercadorias ficam expostas ao máo tempo, a serem arrebatadas pelos golpes de mar e são as primeiras a serem alijadas, quando o exige a salvação commum: Cod. do Com. arts. 521, 764 n. 2, 769.

Alguns codigos estrangeiros restringem esta prohibição, tornando-a inapplicavel na navegação da pequena cabotagem ou costeagem, attenta a inferior tonelagem das embarcações nella empregadas.

4.^a O fretador deve entregar aos carregadores o conhecimento, cujas vias são assignadas pelo capitão, dentro de 24 horas depois de ultimada a carga, resgatados os recibos provisórios: Cod. do Com. arts. 577 e 578. (3)

5.^a O fretador é obrigado a fazer partir o navio na época fixada.

Esta obrigação é capitulada entre as que incumbem ao capitão, na sua qualidade, isto é, como representante legal do fretador, conforme reflecte Jacobs (4).

(1) Vide supra n. 1 224

(2) Vide supra n. 2 235-4.^o

(3) Vide o capitulo XIV

(4) Ob. cit. n. 357.

Tractando-se de frete á colheita ou a prancha, findo o prazo marcado, o capitão é obrigado a partir, permittindo o tempo, com o primeiro vento favoravel é a linguagem usual, o que não quer dizer que isto assim é, sómente em relação aos navios de vela, pena de responder pelas perdas e damnos resultantes da demora ; salvo si os carregadores em maioria quanto ao valor do frete convierem na demora : Cod. do Com. art. 602.

As cartas-partidas costumam estipular que o navio parta, ao mais tardar, dois dias após a ultimação do carregamento ou si se tractar de vapores, 24 horas depois de findo o carregamento, si permittir o tempo.

O prazo concedido ao afretador, como os dias de prancha, só aproveita ao carregador ; portanto, logo que o navio está carregado, deve partir sem poder tirar proveito daquelle prazo.

A mora do capitão, no caso de época fixada, manifesta-se eis que expira o prazo : *dies interpellat pro homine* ; nos outros casos, cumpre que haja interpeção judicial e tempestivamente feita, isto é, que não haja força maior como ventos contrarios, tempestades que obstem a partida do navio ; pois, estes extraordinarios acontecimentos, quando o capitão esteja em mora, já não o isentam da obrigação de reparar os prejuizos, perdas e damnos consequentes da demora : *Si culpa processit casum* (1).

Esta reparação pôde ser prevista no contracto, estabelecendo-se a quantia que deverá pagar o capitão, nesta qualidade, pela demora ; quando não é estipulada, é arbitrada em

(1) De Valroger t. II n. 704.

processo legal e neste caso a reparação deve comprehender : o ganho de que ficou privado o carregador, a perda que soffreu, as avarias que a demora possa ter occasionado ; a baixa do preço que as mercadorias da carga possam ter no intervallo entre o dia em que devesse chegar, si partisse no dia fixado, e aquelle em que effectivamente chegou a seu destino (3).

Esta doutrina conforma-se com os correntes aphorismos : — *Qui occasionem præstat damnum fecisse videtur*, da lei 30 § 3 do Dig — *ad leg. Aquil. e* — *Unicuique sua mora nocet*, da lei 173 § 2 do Dig. *de reg. jur.*

Mas, não basta allegar os prejuizos, as perdas, os danos e os lucros cessantes cuja reparação o carregador exija, cumpre que isso seja provado : *actori incumbit onus probandi*.

Não havendo tempo fixado para a partida, o navio é obrigado a partir com o primeiro vento favoravel, isto é, na primeira oportunidade, depois que tiver recebido mais de dois terços da carga correspondente á lotação do navio, si assim o exigir a maioria dos carregadores em relação ao valor do frete, sem que nem um dos outros possa retirar as fazendas que tiver a bordo : Cod. do Com. art. 603.

A presença de mercadorias de varios donos a bordo de um navio, os riscos a que começam a ser expostas, desde que são recebidas a bordo, estabelecem uma certa communhão de interesses, cuja sorte de algum modo depende do voto da maioria, não foi outro o criterio do legislador decretando o preceito do art. 603. Pelo § 590 do codigo do commercio allemão, o navio fretado á colheita sem fixação da época da

(3) Desjardins . . 805, de Valroger n. 818, Jacobs n. 358.

partida, dá direito ao afretador a requerer ao juiz que determine o dia além do qual a partida não poderá ser adiada.

Póde occorrer que o capitão não possa conseguir carregar o navio com os dous terços de que reza o art. 603 do Codigo, si isto se der dentro de um mez, a contar do dia em que o navio tiver sido posto a frete geral, poderá o capitão baldear a carga que tiver a bordo para outro navio, igualmente apto para fazer a viagem ajustada, correndo por sua conta a despeza da baldeação, o augmento de frete e o premio do seguro ; podem neste caso os carregadores retirar de bordo as suas mercadorias, sem pagar frete, sendo por conta desses carregadores as despezas da desarrumação e descarga, devendo restituir os recibos provisionarios ou os conhecimentos que tiverem recebido ; e si tiverem remetido alguns exemplares do conhecimento expedido pelo capitão, prestarão fiança.

Si o capitão não puder achar navio e os carregadores não quizerem descarregar, será obrigado a sahir com a carga que tiver a bordo sessenta dias depois que houver posto o navio á carga : Cod. do Com. art. 604.

A subrogação do navio, reflecte Reus y Garcia (1), é um favor que se concede ao fretador, mas só no caso de não poder reunir os tres quintos (2) da carga em fretamento parciaes.

« Este privilegio, prosegue o commercialista hespanhol, como todos, é odioso, e não deve estender-se a outros casos nem a maior prazo do que o artigo assignala (art. 670) ; revelando este artigo um verdadeiro desconhecimento do estado real e positivo da marinha mercante e até de sua natureza e condições na actualidade. As linhas de vapores estabele-

(1) *Código de Comercio* de 1885 t. II p. 246.

(2) E' o que dispõe o art. 670 do cod. do com. da Hespanha

cidas para os portos mais importantes do mundo, parece que não existem para o legislador, só se occupando da antiga navegação á vela, que comquanto exista alguma não é entretanto a mais numerosa, nem a mais em voga. O procedimento das grandes empresas de navegação não dá logar a casos como os previstos neste artigo (670), revelando á primeira vista a grande deficiencia do nosso direito marítimo mercantil».

Estas reflexões, com relação á Hespanha, têm toda a applicação ao nosso estado de cousas.

Si a carga que o navio tiver a bordo não fôr sufficiente para assegurar as justas condições de navegação do navio; de sorte que este possa ter o indispensavel equilibrio pelo peso, offerecendo a precisa resistencia ao embate dos ventos, podem os carregadores obrigar o capitão a partir, deve este submeter-se a tal exigencia sem incorrer em responsabilidade?

A solução negativa não nos parece duvidosa.

A navegação correndo perigos conhecidos, deixar de acautelal-os é uma verdadeira barataria que o capitão não pôde praticar, nem ninguem d'elle exigir: *quod alicui suo non licet nomine, nec alieno licebit.*

O direito romano, tão rigoroso em suas fórmulas e preceitos, suggere-nos criterio seguro para assim pensarmos; a lei 2 § 43 do Digesto, *Ad senatusconsultum Tertyllianum* diz: *CONFESTIM sic erit accipiendum, ubi primum potuit... nisi forte infirmitate impedita est vel alia magna causa.*

6ª E' obrigação do capitão, *ex qualitate*, receber, desde que o navio de seu commando está a carga geral e já recebeu parte da carga, não recusar outra carga que se lhe offereça por frete igual, si outro mais vantajoso não achar:

procedimento em contrario expõe-no a ser compellido pelos carregadores a partir na primeira oportunidade e a indemnisar as perdas e danos que da demora resultarem : Cod. do Com. art. 601 (1).

Esta disposição obedece ao favor que o legislador entendeu dever assegurar ao commercio maritimo, alliado natural da prosperidade.

7ª Não podendo ser recebidas a bordo fazendas prohibidas, é obrigação do capitão recusar taes fazendas: Cod. do Com. art. 600.

São prohibidos (1):

- a) qualquer objecto de esculptura, pintura ou lithographia obsceno ou offensivo da moral e bons costumes;
- b) qualquer artefacto cujo uso ou applicação esteja nos mesmos casos;
- c) Os impressos ou obras contrafeitas a que se referem a lei n. 369 de 18 de Janeiro de 1845 e Dec. n. 2.491 de 30 de Setembro de 1859.
- d) Os punhaes, canivetes-punhaes, as espingardas, guarda-chuvas ou quaesquer outros objectos que contenham espadas, estoques, punhaes ou espingardas;
- e) A polvora de qualquer qualidade, quando o despachante não apresentar com a nota a licença da competente autoridade policial do destino fica *in solidum* resposavel pelas perdas e danos que resultarem ao navio ou á carga, sem acção para haver o frete, nem indemnisação, ainda que estipulada, do carregador: (14) Cod. do Com. arts. ns. 600 e 790.

(1) Vide supra n. 293.

(14) Nova Consolidação das Leis das Alfandegas art. 416.

f) as mercadorias e generos alimenticios ou medicinaes em estado de putrefacção, ou de avaria, que possam ser nocivos á saúde publica, precedendo exame de pessoas idoneas, na fórma da secção 3.^a cap. III do tit. VIII da nova consolidação das leis das alfandegas, e mesas de renda.

g) o armamento e petrechos de guerra, quando o governo entender necessario á segurança e manutenção da ordem publica.

Denegado o despacho destes artigos são apprehendidos e immediatamente destruidos ou inutilizados os objectos relacionados sob letras *a) b) d) f)*; os de letra *e)* são confiscados, os das letras *e) g)* são depositados nos arsenaes de guerra ou armazens que o governo designar, até que obtida a necessaria dispensa possam ser despachados, do que tudo se lavra termo (1)

Si os objectos constantes das letras *a) b)* não podem ser destruidos ou inutilizados sem prejuizo ou estrago de outros não prohibidos a que se possam achar annexos, é permittido o despacho destes; no caso contrario serão tambem destruidos; semelhantemente se procederá quanto aos objectos sob letra *d)* si nelles se encontrarem artigos de materias preciosas e de valor e mesmo fóra deste caso si as armas prohibidas poderem ser destruidas e inutilizadas sem prejuizo ou estrago das bengalas, guarda-chuvas, chicotes etc. que as contiverem (2).

O capitão que consente na introduccção de objectos prohibidos ou que sendo introduzidos a bordo sem sciencia

(1) Nova Consolidação das leis das alfandegas art. 446.

(2) Citada Nova Consolidação art. 446 §§ 1.^o e 2.^o

sua não as fizer escarregar, ou só disso sendo informado já estando em viagem o navio, não denunciar tal facto na primeira visita da alfandega no porto do destino fica *in solidum* responsável pelas perdas e damnos que resultarem ao navio ou á carga, sem acção para haver o frete, nem indemnisação ainda que estipulada, do carregador: Cod. do Comm. arts. 600 e 790.

Os carregadores ou afretadores respondem pelos damnos originados da introdução, sem sciencia e consentimento do capitão, de objectos cuja sahida ou entradas seja prohibida; e ainda que esses objectos sejam confiscados, ficam sempre obrigados ao pagamento do frete e primagem por inteiro e da contribuição por avaria commum: Cod. do Com. art. 599.

308. OBRIGAÇÕES DO FRETADOR DURANTE A VIAGEM. São as seguintes, exercitadas por seo representante legal, o capitão:

1.^o Velar pela guarda, bom acondicionamento e conservação dos objectos recebidos á bordo do navio: Cod. do Com. arts. 519 e 621.

Esta obrigação soffre naturaes limitações, determinadas pelas circumstancias extraordinarias da navegação.

E' assim que o capitão é ás vezes obrigado a vender mercadorias da carga para reparo ou provisão do navio. Para que o capitão se considere livre de responsabilidade, neste caso, é indispensavel o concurso das seguintes premissas (2):

- I. que o capitão não tenha absolutamente em seu poder fundos pertencentes á embarcação;
- II. que não esteja presente o dono do navio, seu mandatario ou consignatario e na falta destes algum

(1) Nova consolidação das leis das Alfandegas art. 445 e seus §§.

(2) Cod. do Com. arts. 515 e 516, Dec. n. 4.968 de 1874 arts. 126 e 127.¹⁷⁵

interessado na carga ou estado presente não tenham providenciando;

- III. que assim delibere o capitão de acôrdo com os officiaes de bordo, lavrando-se o competente termo no diario da navegação;
- IV. justificação perante a autoridade judiciaria competente, em territorio brasileiro e perante o consul brasileiro, em territorio estrangeiro.

As mercadorias da carga, vendidas na exposta conformidade, serão pagas aos carregadores pelo preço que outras de igual qualidade obiverem no porto da descarga ou pelo que fôr estimado por arbitradores, no caso da venda ter comprehendido todas da mesma qualidade: Cod. do Com. arts. 515 ultima parte e 621.

O capitão que fóra destas condições vender ou empenhar as mercadorias da carga, e o que fôr convencido de fraude em suas contas, além de ficar obrigado á indemnisação das perdas e danos, fica sujeito á acção criminal que no caso couber: Cod. Comm. art. 518.

As formalidades que a lei exige sendo cumpridas, estabelecem uma presumpção favoravel ao capitão, sem excluir o direito que assiste aos donos das mercadorias vendidas ou empenhadas de provar o abuso do capitão e as acções desse abuso resultantes; porquanto, as diligencias, a que o capitão é obrigado para salvar a sua responsabilidade, são processadas perante a jurisdicção voluntaria e não perante a jurisdicção contenciosa que daria cunho de irretroatibilidade á decisão judiciaria pelo valor da cousa julgada: *res judicata pro veritate habetur.*

Supponha-se, porém, que as mercadorias da carga foram vendidas sem as formalidades legais, *quid juris?*

Si o cumprimento das formalidades exigidas pelo art. 516 do Código do Commercio, produz uma simples presumpção legal condicional em favor do capitão (Reg. n. 737 de 1850, art. 186) sujeita á prova em contrario; o capitão não pôde deixar de ser recebido a provar *in limine litis* a regularidade do seu procedimento, dispondo da carga ou empenhando-a, nos casos autorizados; semelhantemente, como occorre com a falta do protesto formado a bordo, que com quanto a sua ratificação valha como prova plena absoluta (Reg. n. 737 de 1850, art. 369); todavia, a sua omissão não inibe a prova dos factos, nelle relatados, por outros meios probatórios (1).

Sustentam Boulay-Paty (2) e Pardessus (3) que a ausencia das formalidades por lei exigidas importa a nullidade das vendas ou empréstimos feitos a terceiros de boa fé; isto porque, é de direito que o mandatario em regra não pôde ultrapassar os limites da méra administração e aquelles actos constituem alienações ou destas germen; e o juiz substituindo o proprietario ausente é quem confere o poder que o mandatario não tem, accrescendo que quando a lei presereve uma autorisação para habilitar os incapazes, a omissão desta formalidade encontra sancção na nullidade do acto.

Jacobs (4) combate esta opinião dizendo: « o erro de Boulay Paty e de Pardessus repousa em uma confusão entre o direito de administração geral abstracto e o direito especial

(1) Vide *Revista Juridica* pelo autor, anno de 1870, pag. 181. Vide ^{supra} n. 238.

(2) Ob. e l. cit.

(3) Cours n. 910.

(4) Ob. cit. t. II n. 161.

concreto, attribuido ao capitão. O direito de administrar segundo a natureza da varia missão do administrador ; os perigos do mar não permitem restringir os poderes do capitão nos limites dos do administrador de um immovel ; procurar salvar o navio e a carga, custe o que custar, é seu primeiro dever ; texto algum o autoriza a alijar mercadorias ou apparatus ao mar, entretanto a lei (1) reparte este sacrificio entre os armadores e os carregadores ; já a nota explicativa do projecto elaborado pela commissão franceza tinha respondido a essa objecção — esta questão de principio está ha muito resolvida pela necessidade ; cumpre absolutamente que, em certos casos, o capitão esteja armado do poder de contrahir emprestimo sobre o navio e até, em caso de necessidade, de vender as mercadorias da carga ; o capitão não é um mandatario ordinario, elle é um *prepostosui generis* que, na ausencia de seu committente, tem os mais latos poderes e destes os unicos que não lhe são outorgados são os de alienar e hypothecar o navio, e estes mesmos, em casos excepçionaes, o capitão tem-n'os».

Esta é tambem a opinião professada por varios commercialistas, como Valin, Emerigon, Bedarride, Demangeat, Boistel, de Courcy, Desjardins, De Valroger, Lyon-Caen e Renault, *Jacobs*.

E' sempre de bom conselho que os que contractam com o capitão verifiquem com que poderes elle contracta, em nome dos donos do navio e da carga ; mas, a ausencia das formalidades não deve obstar ao cumprimento de obrigações em boa fé e lealmente consentidas, uma vez que se prove que o em prestimo ou a venda que o capitão realisou redundaram em

(1) Art. 102 da lei belga de 1889.

bem dos interesses que elle devia zelar, como determina Codigo do Commercio no caso do art. 494 primeira parte.

As legislações estrangeiras não são uniformes quanto á extensão dos poderes do capitão na hypothese que nos occupa; e, pois, em caso de conflicto, deve prevalecer a lei do pavilhão do navio, como resolveram os congressos de Anvers e Bruxellas e não a lei do lugar para onde fortuitamente a contingencia da navegação levar o navio: o credito mercantil fica mais amparado com a certeza da lei que lhe é applicavel do que com as variações que a incerteza da lei pôde causar: a constancia na justiça é o seu mais bello e edificante apanagio.

2.^a E' obrigado o capitão, representando o fretador, a concertar o navio durante a viagem: Cod. do Com. art. 613.

Si o afretador, os carregadores ou consignatarios não quizerem esperar pelo concerto, é-lhes licito retirar as suas fazendas, pagando todo o frete, estadias, sobrestadias, avaria grossa (havendo), as despezas da descarga e desarrumação: Cod. do Com. art. 613.

E' uma das fortunas do mar, que sobrevindo sujeita a seus naturaes effectos todos os interessados.

Assim que, as despezas de descargas e de reconducção das respectivas mercadorias para bordo não oneram os carregadores, si o concerto é motivado por avaria particular do navio, porque estas despezas fazem parte d'aquellas a que é obrigado o navio em rasão da respectiva avaria particular: Cod. do Com. art. 766 — v.

Em varias outras hypotheses, o carregador não pôde deixar de aguardar o impedimento que temporariamente traz o navio ancorado em um porto intermediario; podendo, entre-¹⁹⁷

tanto, descarregar os seus effeitos á sua custa, para melhor garantil-os e beneficial-os; o capitão não pôde oppôr-se a essa descarga, comtanto que o carregador preste fiança de os reembargar logo que cesse o impedimento ou de pagar o frete por inteiro. estadias e sobrestadias si não os tornar a embarcar; dessas hypotheses são: o embargo, o arresto por ordem de uma potencia, a declaração de guerra, a interdicção e o bloqueio no porto de destino, o perigo de piratas e inimigos, a força maior emfim (1).

O codigo do commercio Allemão § 587 n. 2 subordina o direito de descarregar que compete a qualquer carregador ou afretador á acquiescencia dos outros carregadores si da descarga resultar demora da viagem ou baldeação; disposição bem entendida, por que acautela legitimos interesses contra arbitrios detrimntosos; mas releva notar que com isso nada tem o capitão uma vez que seus direitos não sofram.

Si a demora pelo embargo ou por outro motivo for imputavel ao capitão, este responde por perdas e damnos para com o fretador e afretador; Cod. do Commercio art. 608.

Releva ainda ponderar, com de Valroger (2), que quando o navio no curso de sua viagem é obrigado a estar em um ponto para fazer reparações necessarias, o afretador não pôde ser obrigado a esperar indefinadamente; prolongando-se as reparações até o ponto de comprometter o carregamento, o carregador poderá livrar-se pagando o frete proporcional; considerado então innavegavel o navio em relação ás mercadorias; mas, fóra disto, em principio, o afretador que retira suas mercadorias durante a viagem deve o frete

(1) Cod. do Com. arts. 609 a 612.

(2) Ob. cit. t. II n. 721.

por inteiro, sem que tenha-se de distinguir si a retirada é mais ou menos voluntaria.

O nosso Codigo não falla na substituição da mercadoria pelo carregador, nem si elle póde retirar parte de suas mercadorias.

Não duvidamos affirmar-o, uma vez que o carregador mantenha as obrigações que contrahiu quanto ao pagamento do frete, pagando mesmo mais si a qualidade da mercadoria assim o exigir e prestando as cauções a que estiver obrigado.

E' opinativo si substituindo o capitão as mercadorias por outras, cujo transporte lhe seja pago, deva levar em conta ao carregador das mercadorias descarregadas (cujo frete por inteiro pagou) a importancia do frete das mercadorias que substituíram as que foram desembarcadas.

De Valroger (1) argumentante — com o art. 287 do codigo do commercio da França, correspondente ao art. 596 do nosso, que permite que ao afretador do navio por inteiro beneficie o frete das mercadorias carregadas por outros,— com o art. 288, correspondente ao art. 593 do nosso que não obriga o afretador a pagar o frete por inteiro sinão partindo o navio com parte da carga e— com o art. 294 que não obriga a pagar o frete de volta sinão voltando o navio sem carga, conclue pela affirmativa ; mas, só na hypothese de continuar o navio a viagem ; não assim quando do navio é retirado todo o seu carregamento ou é afretado para outro destino ; pois, em tal caso já ha não mais dependencia.

Esta é a hypothese de poder ser concertado o navio ; supponha-se, porém, que o navio não possa ser concertado, ou porque não haja no logar meios de o fazer ou porque seja

(1) Ob. cit. t. II n. 805.

condemnado por innavegavel, em tal caso o capitão é obrigado a afretar um ou mais navios, por sua conta, e, sem augmento de frete, transportar a carga para o lugar do seu destino : Cod. do Com. art. 614.

Si o capitão não puder a fretar outro ou outros navios para effectuar o transporte contractado, dentro de sessenta dias a contar daquelle em que fôr o navio julgado innavegavel e quando o concerto fôr julgado impraticavel, deve o capitão requerer deposito judicial da carga, interpondo os competentes protestos para sua resalva. Neste caso, rompe-se o contracto de fretamento, só sendo devido o frete vencido. Este frete mesmo não é devido, mas além disso é obrigado o fretador a indemnisar as perdas e damnos que soffrerem os afretadores e carregadores, si estes provarem que quando o navio partio era innavegavel, não obstante os certificados de visita na sahida : Cod. do Com. art. 614.

O navio é considerado innavegavel quando, tem perdido todas as condições de navegabilidade, é a innavegabilidade absoluta; ou quando carece de concertos, cuja importancia equivale pelo menos a tres quartos do seu valor ou tambem quando não ha fundos para pagar os concertos ou não ha materiaes para fazel-os, é a innavegabilidade relativa (1).

A providencia do art. 614 do Codigo não se limita só ao caso da innavegabilidade do navio, como poderia parecer em vista de seu texto, ella tem applicação em todos os casos que, em consequencia de um acontecimento de força maior, o navio não pôde concluir a viagem comprehendida, ainda que as mercadorias estejam salvas, no todo ou em parte (2).

(1) Silva Costa, *Seguros maritimos e terrestres*. ns. 264 e 266.

(2) Vide Lyon-Caen e Renault ob. cit. t. V n. 683.

O nosso Código no art. 614 cortou cerce a discussão que suscitam escriptores estrangeiros acerca da obrigação dos carregadores de pagar frete maior, menor ou igual ao contractado, em razão da baldeação de suas mercadorias.

O nosso Código é terminante, o capitão é obrigado a afretar um ou mais navios por sua conta, sem poder exigir augmento de frete.

Cumpre distinguir, dizem Lyon - Caen e Renault (1), a viagem do navio e a das mercadorias; a innavegabilidade termina a primeira; a segunda, porém, pôde ser continuada e continúa pela locação de um segundo navio em cujo bordo o primitivo frete, os seguros anteriores, as vendas a entregar já concluidas seguem as mercadorias; e com maior singellessa poderiam dizer o contracto é um só — o do transporte, a cujos effeitos se ligaram fretador e carregadores, nos termos da lei.

Os carregadores não são obrigados a aceitar qualquer navio, para proseguir na viagem interrompida, o novo navio deve estar em condições analogas ao que ficou impedido; assim, si o navio contractado era á vapor não pode ser substituido por um veleiro; si era um navio de registro conhecido não pode ser substituido por outro que não offereça iguaes condições de segurança.

E' licito ao capitão transportar a carga não por um ou dois navios, mas por diversos outros? Valin negava-o, o nosso Código, porém, no art. 614 não o exclue, não considerando indivisivel a obrigação do capitão.

Si o navio ou navios, para onde forem baldeadas as mercadorias se perderem, nem um frete é devido.

(1) Ob. cit. t. V n. 679.

O código do commercio da Hespanha art. 657 contem disposição semelhante ao do nosso ; o da Italia art. 570 estabelecendo o frete da distancia no caso de não poder o navio continuar a viagem, põe a cargo dos carregadores o novo frete si as mercadorias fcram baldeadas para outro navio. O código do commercio d'Allemanha § 632 manda transportar a carga por outro navio por conta dos interessados, com direito sómente ao frete da distancia e mais as despesas desde a arribada ou perda do navio. O cod. do Mexico art. 1.019 contem a igual providencia do nosso. Na Inglaterra o capitão não é obrigado a alugar outro navio, pôde entretanto fazel-o para não perder o seu frete, controverte-se si o novo frete é por conta do carregador, como se pratica nos Estados Unidos da America do Norte e como se pratica na França.

A questão de não ter podido o capitão achar navios para transportar a carga a seu destino, os motivos que possam assistir aos carregadores para recusar o navio ou navios para os quaes devam ser baldeadas as mercadorias, são questões que, em caso de contestação, devem ser decididas pela autoridade judiciaria competente.

Seja como fôr, resilido o contracto ; este surte seus effeitos até o momento, em que se verifica a impossibilidade que tem o capitão, a despeito dos esforços envidados, de obter navios que transportem a carga, que o navio irreparavel não pôde levar a seu destino.

3^a Si o navio não puder entrar no porto a que se destina por declaração de guerra, interdicto de commercio ou bloqueio, o capitão deve seguir immediatamente para aquelle que tiver sido indicado na sua carta de ordens; si assim não tiver sido providenciado, deve dirigir-se para o porto mais proximo que não estiver impedido, dando aviso aos afretadores,

cujas ordens deve esperar por tanto tempo quanto necessario para receber resposta, a qual não chegando, deve o navio voltar para o porto donde sahiu com a carga : Cod. de Com. art. 610.

A facilidade que proporciona a linha telegraphica abre ensejo a que o capitão communique a situação em que se achar o navio.

Nestas circumstancias, o capitão incide em responsabilidade pessoal, desde que não observar as instrucções que tenha recebido do fretador; e cumprindo-as ou não, tendo recebido instrucções, pratica actos em nome do afretador, só empenhando a responsabilidade deste.

E' de notar que só ao bloqueio effectivo (1), obstaculo real á entrada do navio, é que deve ser equiparado qualquer facto de força maior obstativo da mesma entrada, como seja a epidemia reinante.

Diversos codigos de commercio, como o da Italia art. 553, de Portugal art. 549, não limitam a pratica imposta ao capitão ao caso de bloqueio, estendendo-a a qualquer outro caso de força maior, que embarace a entrada do navio no porto do destino.

Na escolha do porto mais visinho ou na volta do porto da partida, o capitão deve attender ás circumstancias mais favoraveis aos carregadores, como recommenda o citado art. 553, do codigo italiano — *deve agire nel modo migliore per gl'interessi del caricatore.*

Ha portos, cujas marés não consentem sempre na livre entrada dos navios, o capitão deve esperar preamar ou

(1) A declaração de Paris de 16 de Abril de 1856 providenciou que só são obrigatorios os bloqueios effectivos, isto é, os que são mantidas por força bastante para impedir a entrada de navios no porto bloqueado.

fazer a descarga do navio, empregando embarcações de pequeno calado á sua custa, salvo estipulação em contrario; pois, o capitão não deve aproximar-se tanto de terra que faça o navio correr perigo, como aliás algumas cartas de fretamento costumam previnir.

Quando o navio volta ao porto da partida, o frete devido é sómente o da ida, ainda mesmo quando tivesse sido ajustado o frete de ida e volta, é o que se póde afirmar por argumento do art. 612 do nosso Código do Commercio, que manda abonar ao fretador o frete da ida sómente, quando o navio por perigo de inimigos ou piratas volta ao porto da partida.

309. OBRIGAÇÕES DO FRETADOR FINDA A VIAGEM.
São estas :

1.^a Fazer entrega das mercadorias transportadas, no estado em que foram embarcadas, ao destinatario.

O destinatario é de ordinario o portador do conhecimento.

Si não ha quem receba as mercadorias ou effeitos transportados pelo navio, si ha recusa da parte do destinatario, si apresentam-se diversos portadores de exemplares do mesmo conhecimento, ou si ha penhora, embargo ou sequestro, cumpre ao capitão depositar judicialmente os objectos de que resa o conhecimento, por conta de quem pertencer: Cod. do Com. arts. 519, 583, 585 e 619.

Da convenção das partes depende o modo porque se hade effectuar a entrega, isto é, si á bordo ou no caes: *exoneratione tempestive indicare*.

Generos ha que são descarregados na alfandega, em trapiches alfandegados ou em pontões.

O navio não descarrega sem prévia licença da guardamoria (1).

O facto do recebimento da mercadoria na alfandega ou pontos equiparaveis importa entrega das mesmas para o effeito da fluencia dos prazos estabelecidos por lei para o exercicio das acções e providencias acautelatorias de direitos, si desse facto tiver conhecimento o destinatario (2).

As mercadorias recebidas nas alfandegas e repartições congeneres devem ser despachadas em determinados prazos conforme os editaes de previo aviso, sob pena de serem publicamente vendidas por conta de quem pertencerem, sendo depositado seu liquido producto (3).

Póde occorrer que certos generos se misturem, de sorte que no acto da entrega não seja possivel descriminal-os para delles se fazer a devida entrega: cumpre distinguir si a mistura se deu por culpa do capitão ou por caso fortuito; no primeiro caso, responde o fretador pelos prejuizos resultantes do facto ou omissão do seu preposto; no segundo caso, aquelle que aproveitou com a mistura, isto é, o dono da mercadoria de inferior qualidade que lucrou com a mistura deve compensar os outros, que com a mistura tiverem os seus generos depreciados. Si dada a mistura, parte das mercadorias perde-se ou é furtada e o portador faz entrega a um carregador de toda a sua porção, desfalcando a dos outros, a estes cabe acção *oneris aversi* contra o capitão e uma acção de repetição do indevido contra o carregador que obteve a entrega de toda a sua quantidade: eis as soluções sugge-

(1) Vide Nova Consolidação das leis das alfandegas arts. 371 e seguintes

(2) Vide de Valroger t. V n. 2 324, Lyon-Caen e Renaul t. V n. 814⁴³ nota. Vide supra n. 274.

(3) Vide Nova Consolidação cit. arts. 246 e seguintes.

ridas por Casaregis (1), as quaes Desjardins (2) aconselha aos tribunaes de ainda hoje seguirem.

São estas as palavras de Casaregis: *aut confusio seu mixtio facta fuerit ob negligentiam, culpam et incuriam magistri et tunc tenebitur de damno, si autem casu fortuito commixtio acciderit, ille, cujus merces ob talem confusionem meliores et pretiosiores factæ sunt, tenebitur erga alium proportionaliter pro utilitate recepta pretitum refundere ob actionem de in rem verso, vel ob equitatem: L. SI ME, ET VITIUM 32 ff. SI CER. PET. PETAT. Item quia ne nemo locupletari debet cum alterius jactura, et similibus. Succedit hic altera questio in casu, quo merces plurium mercatorum commixtæ fuerint et antequam magister navis alicui dominorum portionem suam tradiderit, pars earum perisset, vel furata fuisset et deinde totam suam portionem uni ex dominis navarchus consignaverit, itant factum sit quod ille integram alii vero mininam, aut nullam partem habeant; an contra capitaneum, et etiam contra eum, qui prius integram portionem suam receperit, aliqua dabitur actio ad favorem eorum, qui minimam, aut nullam partem habuerunt. Respondemus tam contra capitaneum dari actionem oneris aversi, quam adversus eum, qui totam portionem exegerit, actionem indebiti, et ratio est, quia per sinistram secutum super mercibus confusis et mixtis proportionabiliter diminutæ jam fuerunt portiones omnium dominorum, et sic cum nemo ex dominis mercium amplius haberet post sinistram integram portionem super residualibus mercibus, non poterit deinde magister navis uni ex dominis integram portionem tradere, sed solum ad ratam et quidquid ultra ratam prior dominus exegerit, indebite exegisse non est dubitandum. . .*

(1) *Discursus legales de commercio* d. 23 ns. 94 e 95.

(2) *Ol. eit t. III n 814.*

As raizes logicas desta solução, encontram-se na lei 31 do Dig. L. 19 tit. 2, commentada por Cujacius (1) e Maynz (2).

Si entregue a quantidade de mercadorias constantes de um conhecimento, encontrar-se a bordo um excesso das mesmas mercadorias, ao portador do conhecimento pertence esse excesso, si o capitão não estava autorizado a carregar essas mercadorias por conta propria, principalmente si no conhecimento inseriu-se a clausula — que diz ser (3).

2ª O capitão, sempre como representante do dono do navio, é obrigado a fazer judicialmente vistoriar as fazendas da carga, sempre que houver presumpção de terem sido damnificadas, criminosamente subtraídas ou diminuídas, devendo ser estimados os danos a bordo do navio ou dentro de vinte e quatro horas depois de descarregadas. Este exame, ainda quando requerido pelo capitão, não prejudica os seus meios de defeza. Estas diligencias podem ser igualmente promovidas pelo consignatario ou por outro qualquer interessado. Si as fazendas são entregues sem esse exame, os consignatarios podem requerel-o quarenta e oito horas apoz a descarga; e passado este prazo não haverá mais lugar á reclamação alguma. Si a avaria ou falta não fôr visível por signal exterior, o exame judicial pôde validamente fazer-se ainda dentro de dez dias a contar daquelle em que as fazendas passaram ás mãos dos consignatarios; eis como providencia o art. 618 do Codigo do Commercio.

Convem advertir que não se deve proceder sómente á vistoria, mas tambem a arbitramento (4), podendo a vis-

(1) Opera t. I cap. 40 do liv. 7 p. 312.

(2) Cours de droit romain t. 2 § 219 nota 7.

(3) Ruben de Couder—ob. cit. vb. *Connaissance* n. 134.

(4) Vide Reg. n. 737 de 1850 arts. 189 e seg. arts. 209 e seg.

toria e o arbitramento ser feitos na mesma occasião e reduzidos a um só auto.

Alem disso, deve-se ter presente que o exame ou vistoria e arbitramento que perante a autoridade judiciaria manda fazer o Codigo do Commercio no art. 618, não se confunde com o exame e estimação feitos na Alfandega e repartições congeneres (1); de sorte que, as diligencias praticadas e os despachos proferidos pelo funcionario aduaneiro só tem alcance fiscal ou administrativo e não pôde dispensar e menos prejudicar o exame e arbitramento que o Codigo manda categoricamente que se faça nos prazos estabelecidos.

Com effeito, as disposições consolidadas pelo acto administrativo denominado «consolidação das leis das Alfandegas e mesas de renda» são decretos, instrucções e avisos emanados do poder executivo, que não podem prevalecer nem ter força obrigatoria desde que forem contrarios á lei expressa.

Ora, o Codigo do Commercio, é acto legislativo e determinando expressamente, como faz no art. 618, que se proceda a exame e estimação judiciaes nas mercadorias damnificadas ou subtrahidas contra a vontade de seu dono; é consequente, que nem um funcionario administrativo pôde proceder a exames e estimações que façam fé contra quaesquer interessados no navio ou na carga.

Accresce que o exame da Alfandega e mesas de renda fitam verificar a responsabilidade e sanção administrativa referentes ao empregado da mesma repartição, como claramente se deprehe de dos arts. 250 a 252 da citada nova consolidação, quando providenciam sobre o caso de não poder pagar o responsavel a importancia do damno, que será pago

(1) Vide Nova Consolidação das leis das Alfandegas arts. 246 a 253.

pelo cofre da Alfandega ou mesa de renda, salvo a acção executiva contra o responsavel e seus fiadores, a retenção dos respectivos ordenados e salarios, podendo ser demittido ou despedido do emprego e preso até que preste a indemnisação e tudo isto sem prejuizo da acção criminal. Estas providencias por certo não attingem os interessados, justamente por que não são empregados da Alfandega ou mesa de rendas, nem dono ou possuidor de entreposto particular, sujeito ás regras disciplinares dos arts. 228 e 229 da citada consolidação.

— Tanto menos pôde esse exame ser produzido contra o capitão, representante do dono do navio e sobretudo como substituição do exame judicial do art. 618 do Codigo do Commercio, quanto é certo que elle é feito sem ser ouvido o capitão do navio, como se vê do art. 247 da citada consolidação e na corrente censura de direito, esse exame é quanto ao capitão meramente gracioso e inoperante: *paria sunt non significare et non esse.*

A verdade deste conceito é ainda tirada a limpo pela disposição do art. 385 da citada consolidação, que no caso de verificar-se que algum volume acha-se arrombado ou com indicio de arrombamento ou avaria, determina que os empregados respectivos o participem ao chefe de secção, o qual mandará lavrar editaes com o prazo de oito dias intimando o dono ou consignatario e o capitão ou mestre da embarcação para requererem o que fôr conveniente; justamente, porque as alfandegas e mesas de rendas não têm competencia para resolver sobre questões que entendem com o dominio das mercadorias, as quaes serão decididas pelos tribunaes competentes, por suas decisões devendo regular-se a administração da alfandega, como preceitua o art. 236 da mesma consolidação.

Os interessados, que não usam do direito que lhes dá a lei nos prazos fixados, perdem todo o direito a qualquer reclamação,

Compreende-se facilmente que motivos actuaram no espirito do legislador para assim providenciar: os interesses do commercio marítimo em sua celere circulação, a conveniencia tão altamente momentosa da navegação, exigindo que os navios não fiquem demorados, expostos pela demora em um porto a despesas elevadas e a contingencias imprevistas, aconselharam a limitação dos prazos, dentro dos quaes, sob comminação legal, os interessados devem requerer os exames e diligencias legais indispensaveis para averiguação da damnificação ou extravios das mercadorias transportadas, suas causas e estimação

A competência judiciaria para o exame, quanto ao estado da mercadoria verificado por peritos, é affirmada por Ruben de Couder (1).

A abstenção da parte do destinatario da carga em requerer e effectuar a vistoria e arbitramento das mercadorias no prazo legal, importa a extinção do direito de accionar o fretador por qualquer damno ou differença que na mercadoria fôr achado; e por isso o denominaremos prazo comminatorio.

Estudemos a natureza jurídica desta abstenção e seus effectos.

A perda do direito, pela inacção de seu agente, reveste multifaria significação, conforme o influxo das circumstancias. Com effecto, o direito reconhece: a prescripção extinctiva ou liberatoria, que elimina o direito do credor e livra o

(1) *Dict. de dr. com.* v. b. *Connaissance* n. 137.

devedor do cumprimento da obrigação; a perempção da instancia da lide e da acção, quando citado o réo segunda e terceira vez, o autor não comparece (1); a dilação citatoria, deliberatoria ou probatoria, conforme se tracta—do termo assignado ao réo para comparecer em juizo,—do tempo que lhe é concedido para deliberar sobre os seus meios de defesa,—do periodo em que tem de produzir a prova, finda a qual a parte não é mais attendida (2); o prazo comminatório, cujo exgottamento sem a pratica do acto permittido por lei, despacho ou comminação, acarreta a extincção da acção.

A especie de que tractamos não é uma prescripção, sem embargo das analogias que com tal figura juridica entretem, porque ella não suppõe a existencia de um direito *jus exigendi* que desaparece pelo não exercicio em um espaço de tempo maior ou menor; emquanto que a expiração do prazo comminatório é referente á uma faculdade de que se pôde usar ou não, em tempo ordinariamente muito curto; a prescripção é instituida por motivos de ordem publica, visando pôr fim a processos por via de regra ruinosos e o prazo comminatório fita o interesse privado, estabelecendo prazos para activar qualquer procedimento legal; a prescripção extingue o direito, elimina a obrigação, o prazo exgottado exclue peremptoriamente o *litigio* sobre o direito em seus fundamentos.

O prazo comminatório é a *décheance* do direito francez, é, na phrase de Ed. Picard (3) um limite de duração imposto pela lei ao exercicio de um direito, sem que tenha

(1) Bação de Ramalho—*Prazos brazileira* § 119.

(2) Pereira e Souza *Principios linhas sobre processo civil* § 182.

(3) *Le Droit* Par pag. 220.

havido lesão, nem usurpação da parte de terceiro, pertence á dynamica interna do direito.

O prazo comminatorio tem termos que o completam: o começo e o fim.

O prazo de que reza o art. 618 do Codigo de Commercio é triplice: o primeiro, de vinte e quatro horas, logo depois da descarga; o segundo de quarenta e oito horas, depois da descarga, si as fazendas forem entregues sem o exame no primeiro prazo; e o terceiro de dez dias depois que as fazendas passarem ás mãos do consignatario, si a avaria ou diminuição das fazendas não fôr visivel por fóra.

Começa o prazo das vinte e quatro e das quarenta e oito horas do dia em que a descarga da mercadoria fica concluida.

A descarga faz-se ou directamente do navio para o destinatario ou consignatario da mercadoria, ou do navio para a Alfandega, entre postos, depositos, trapiches alfandegados ou pontos equiparados, conforme a natureza das mercadorias e determinações das respectivas repartições (1).

Estando o destinatario ou consignatario de posse da mercadoria, o exame tem lugar no prazo de dez dias da posse, como se pratica em relação ao comprador da cousa que é-lhe entregue em fardos ou recipientes que impeçam o exame: Cod. do Comm. art. 211.

Conhecido o termo *a quo*, a época da descarga nos dois primeiros casos, e a posse do destinatario no terceiro, resta determinar o termo *ad-quem*.

Findas as vinte e quatro horas, no primeiro caso, as quarenta e oito no segundo e os dez dias no terceiro, sem que

(1) Vide supra n. 309 p. 350. Desjardins t. VIII n. 1.727, ley inglesa de 23 de Agosto de 1894 art. 493 n. 2-b.

se tenha promovido os termos do exame e arbitramento, extinguem-se os prazos legais e com elles o direito de fazer qualquer reclamação.

Estes prazos são fataes e improrogaveis; pois, é expresso no art. 441 do Código do Commercio que « todos os prazos marcados neste Código para dentro d'elle se intentar alguma acção ou protesto ou praticar algum outro acto são fataes e improrogaveis ».

Não é necessaria, pois, a interpeação judicial para que os prazos comminatorios, de que se tracta aqui, operem seus effectos, porque — *dies interpellat pro homine*.

Só é modificavel a computação do prazo de vinte e quatro ou de quarenta e oito horas si nelles sobrevêm um ou dois dias impedidos pela interveniencia do domingo ou feriado; porque nos prazos breves essa modificação tem cabimento (1).

Assim, tambem, basta que se tenha requerido a diligencia legal para que os prazos fiquem interrompidos, embora por motivo superior essa diligencia não se possa concluir no periodo legal.

Vencidos os prazos sem que se tenha requerido o exame e estimação dos objectos transportados, na exposta conformidade, seguem-se os seguintes effectos:

- 1º a extincção do direito de accionar, com fundamento em faltas ou avarias da carga;
- 2º o direito do capitão ou consignatario do navio de allegar a defesa peremptoria a todo o tempo que possa ser demandado por avarias ou faltas não examinadas

(1) Dalloz Rép. vb. *délai* n. 53.

judicialmente no prazo comminatorio: *quæ sunt temporalia ad agendum, sunt perpetua ad excipiendum;*

- 3º a applicação rigorosa da lei que pronuncia o decahimento desse direito, desde que é invocado pelo beneficiario contra o que descurou de seu direito: *vigilantibus succurrit jus;*
- 4º a nullidade da sentença que conhece *de meritis*, sem attender á defesa baseada na perempção da acção: Reg. n. 737 de 1850 art. n. 680 § 2º.
- 3ª O capitão não pôde reter a bordo os effeitos da carga a titulo de segurança do frete: Cod. do Com. art. 527.

Nos transportes por terra e agua, fóra da esphera do nosso assumpto, os conductores e commissarios têm direito a ser pagos, no acto da entrega, do frete ou aluguer ajustado; si passadas vinte e quatro horas não forem pagos, nem houver reclamação contra elles, cabe-lhes requerer séquestro e venda judicial de tantos generos transportados quantos bastem para fazer face ao pagamento do frete e despezas, si algumas tiverem feito em beneficios dos dictos generos: Cod. do Com. arts. 116 e 118.

O Codigo estabeleceu duas regras differentes para as duas especies de transportes — maritimos e terrestres ou de aguas interiores; a razão desta differente maneira de providenciar é que as mercadorias á bordo de um navio, mesmo em um porto, estão expostas a riscos muito graves, não devendo, além disso, os navios demorar-se nos portos mais do que o tempo preciso para a carga e descarga (2).

(2) Vide Lyon-Caen e Renault ob. cit. t. V. n. 755. Jacobs ob. cit. t. I n. 346.

Os codigos do commercio da França art. 306, da Italia art. 580, de Portugal art. 561, da Hespanha art. 665, do Chile art. 1.034, lei belga, de 1879 art. 79 negam o direito de retenção, concedem-no o § 615 do codigo allemão e a legislação ingleza.

Mas, si o capitão não pôde pelo fretador reter mercadorias da carga, é-lhe permittido em compensação, exigir dos seus donos ou consignatarios, no acto da entrega, deposito da importancia do frete, avarias grossas e despezas respectivas ou fiança; e, na falta do prompto pagamento, do deposito ou da fiança, pôde o capitão requerer arresto nas mercadorias da carga, enquanto ellas se acharem em poder dos donos ou consignatarios, quer estejam fóra das estações publicas, quer dentro dellas. O direito de requerer o arresto prescreve passados trinta dias a contar do ultimo dia da descarga: Cod. do Com. art. 527.

Si os generos forem de facil deterioração ou de guarda arriscada ou dispendiosa, pôde o capitão requerer a venda judicial dos generos arrestados: citado art. 527.

Os generos são avaliados e vendidos por leiloeiro, ficando o seu preço subrogado no lugar dos generos e para elle transferidos o arresto e outros quaesquer onus que sobre os dictos generos pesarem: Reg. n. 737 de 1850 arts. 358 e 359.

O arresto só deve ser deferido, si citados os donos ou consignatarios da carga para depositarem a importancia devida ou prestarem a competente fiança *in continenti*, elles ficarem inactivos.

As providencias referidas não dependem da prova da insolvabilidade do destinatario da carga; assim como, nada obsta a que o direito de retenção, que o Codigo nega ao

fretador, seja o objecto de uma estipulação positiva entre as partes contractantes; porque, a disposição legal que recusa o direito de retenção não contem materia de ordem publica (1); e, portanto, póde aquelle em favor de quem é assim legislado renunciar a vantagem concedida: *Regula est juris antiqui omnes licentiam habere his quæ pro se introducta sunt renuntiare*: Const. 29. *Codice de pactis*.—*Invito beneficium non datur*: lei 69 — Dig. *de reg. jur.*

Si para o pagamento do frete é concedido prazo pelo credor, já não prevalecem as providencias alludidas; não só porque, assim procedendo o fretador mostrou confiar na solvabilidade do afretador ou carregador, renunciando ás seguranças que a lei lhe propocionava, como porque, nas obrigações com prazo certo, não é admissivel petição alguma judicial para sua execução antes do dia do vencimento (Codigo do Commercio art. 136); *dies adjectus efficit ne presenti die debeat*.

4.^a Si o consignatario estiver ausente ou não se apresentar o portador do conhecimento, o capitão, não sabendo a quem entregar a mercadoria, deve pedir á autoridade judiciaria a nomeação de um depositario que receba a carga e pague os fretes devidos, por conta de quem pertencer.

O fretador tem uma garantia real na mercadoria que transporta em seu navio, além da acção contra a pessoa do afretador ou carregador; mas, não póde pagar-se por suas mãos pela mercadoria que tem em sua posse, assim como não lhe consente a lei o direito de retel-a, como ficou visto.

Tambem por direito civil, é nulla a condição de ficar o objecto, dado em penhor, pertencendo ao credor, logo que

(1) Jacobs ob. cit. t. I n. 346.

este não é pago no dia do vencimento (Ord. L. 4 tit. 56 pr.), regra que recebe applicação em assumpto commercial por força do disposto no art. 121 do Codigo do Commercio e no Reg. n. 737 de 1850 art. 2.

Justo, portanto, é o preceito do art. 528 do Codigo, autorizando a nomeação de um depositario que por conta de quem pertencer receba a carga, venda-a e com o seu producto pague os fretes, com cujo preceito guardam harmonia os arts. 583 e 585 do mesmo Codigo.

No art. 527, o Codigo suppõe a presença dos donos ou consignatarios, isto é, os que têm qualidade para receber as mercadorias da carga; no art. 583, o Codigo admite a possibilidade de conflictos entre os portadores presentes de conhecimentos ou discussão judicial traduzida por sequestro, arresto ou penhor; nos arts. 528 e 585, tracta o Codigo da ausencia, domicilio ignorado ou fallecimento de quem tem direito a receber a carga (1).

A lei falla em deposito, mas é uma especie de deposito necessario, determinado por uma circumstancia imprevista, com direitos e obrigações peculiares; pois, é da essencia do deposito a restituição da cousa depositada ou do seu equivalente; entretanto, no caso vertente, o depositario deve, por conta de quem pertencer, avaliar e vender os bens que só recebeu para esse fim, em ordem a pagar pelo seu liquido producto daquelles bens o que fôr devido.

O art. 528 do Codigo só falla em pagamento de fretes, mas não ha razão para não se estender a providencia ao pagamento de outras dividas em que possam incorrer os donos ou

(1) De Valroger (ob. cit. t. II n. 905) diz que si o portador do conhecimento não é conhecido do capitão, este provoca o seu comparecimento com a publicação do manifesto nos jornaes do porto da chegada.

consignatarios das mercadorias, em razão destas: *ubi eadem ratio, ibi idem jus debet esse.*

A promptidão desta medida corresponde á conveniencia da navegação e á vantagem do estabelecimento e maior elasticidade do credito maritimo; e ella deve ser admittida quer a recusa do recebimento seja de toda ou de parte da carga, já que a garantia do fretador é indivisivel, como indivisivel é o conhecimento: *tota in toto et in qualibet parte*, salvo estipulação em contrario.

DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS AFRETADORES

310. A enumeração dos direitos e obrigações do fretador envolve, em sua implicita reciprocidade, as obrigações e os direitos do afretador; pelo que, limitamo-nos a fazer dessas obrigações e desses direitos a seguinte e succinta exposição.

311. AO AFRETADOR INCUMBE ANTES DA VIAGEM:

1. Levar a carga para bordo no tempo estipulado ou quando o navio esteja prompto para recebê-la;
2. Responder pelas consequencias da demora em carregar o navio;
3. Submeter-se a que o fretador carregue o navio com mercadorias alheias si não completar a carga a que se obrigou;
4. Descarregar o excesso da carga contractada e a responder pela introdução clandestina de mercadorias no navio;
5. Consentir na subrogação do navio idoneo para transportar a carga; pagando as despesas da descarga e

desarrumação, si não estiver pela baldeação, restituindo os conhecimentos ou dando fiança pelos que tiver remettido.

312. DURANTE A VIAGEM. Cabe ao afretador :

1. Responder pelos compromissos que o capitão contrahir em beneficio da carga, sem o direito de abandono; pois, o art. 624 do Cod. do Commercio só permite abandonar as fazendas ao frete no caso de se tractar de liquidos, cujo recipiente esteja vasio ou quasi vasio (1).

313. FIMDA A VIAGEM. Corre ao afretador :

1. Pagar o frete estipulado;
2. Sujeitar as fazendas que carregar ao pagamento do frete;
3. Prestar fiança idonea ao pagamento da avaria grossa, antes de serem abertas as escotilhas do navio em que forem carregadas as suas mercadorias.

314. OS DIREITOS DO AFRETADOR ANTES DA VIAGEM. São estes :

1. Exigir o recebimento de sua carga a bordo do navio para o transporte contractado;
2. Ter o goso do navio na fórma do ajuste;
3. Exigir do fretador a guarda e o bom acondicionamento da carga;
4. Exigir os exemplares do conhecimento da carga resgatados os recibos provisórios;
5. Exigir a partida do navio na época devida, com os direitos resultantes da omissão;
6. Exigir o recebimento da carga quando o navio está á carga geral e já tem parte del'a a bordo, e a fazer partir

(1) Vide *supra* ns. 196 e 197.

o navio na primeira oportunidade com direito a perdas e danos resultantes da demora;

7. Haver a indemnisação devida pelo facto de receber o capitão mercadoria prohibida a bordo, sem ser obrigado a pagar o frete.

315. DURANTE A VIAGEM : Ao afretador compete :

1. Responsabilisar o capitão por falta do zelo que deve pôr na guarda da mercadoria, salvo os casos extraordinarios ;

2. Esperar que o navio seja reparado ou que o capitão contracte outro, afim de cumprir o contracto do transporte da mercadoria sem mais despeza, salvo si não quizer esperar, satisfazendo as condições legais ;

3. Ser avisado de declaração de guerra, interdicto de commercio ou bloqueio no porto do destino afim de providenciar ;

315. FINDA A VIAGEM :

1. Toca ao afretador receber a mercadoria de que reza o conhecimento ;

2. Fazer vistoriar a mercadoria na alfandega, na mesa de rendas e perante o juiz competente, nos prazos legais; obrigando o fretador pelas faltas e avarias, si forem imputaveis á tripulação do navio no qual for embareada ;

3. Retirar a mercadoria de bordo sem que possa ser retida a titulo de segurança do frete, salvo as garantias e providencias de direito.

O desenvolvimento que demos aos direitos e deveres do fretador, dispensa-nos da tarefa de particularisar os co-respectivos direitos e obrigações do afretador, o que seria de uma repetição inutil.

SECÇÃO V

DISSOLUÇÃO DO CONTRACTO DE FRETAMENTO

316. Determinam a dissolução do contracto de fretamento motivos voluntarios e factos independentes da vontade das partes contractantes.

Motivos de ordem geral, influentes na terminação de todo o contracto, são :

317. A) O mutuo consenso. A vontade gerou o vinculo juridico essa mesma vontade o desata : *cujus juris est actus, ejusdem est distractus*.

O jurisconsulto Ulpiano, na lei 35 do Digesto—*de regulis juris*, disse — *nihil tam naturale est quam eo genere quodque dissolvere quo colligatum est*: é o que exprimem as seguintes palavras — contracto e distracto porcedem por igual (1).

318. B) A inexecução de uma das partes. No justo dizer de Bedarride (2), nos contractos synallagmaticos, as respectivas obrigações, as promessas reciprocas são correlativas e indivisiveis, a inexecução por uma das partes deve necessariamente permittir á outra parte, por sua vez, a recusa de manter os respectivos compromissos.

319. Além destas causas, applicaveis aos contractos em geral emquanto *re integra*, como observa Kees (3) ; causas, peculiares ao contracto de fretamento, pôdem militar para que o tornem inefficente.

(1) Nogueira Coelho — Principios de direito n. 155.

(2) *Droit commercial du commerce maritime* t. III n. 191.

(3) *Commentarius ad D. Justiniani Institutionum* l. 3 c. 30 § 14.

Estas causas obdecem a factos superiores á vontade dos contractantes e podem occorrer antes ou durante a viagem.

Os casos de força maior estão previstos no art. 548 do Codigo do Commercio e são :

- a) a declaração de guerra ;
- b) a interdicção do commercio entre o porto da sahida e o do destino ;
- c) a declaração do bloqueio ;
- d) a peste declarada ;
- e) prohibição de admissão dos generos embarcados ;
- f) detenção ou embargo do navio, não sendo admittida ou não se podendo prestar fiança que exceda o prazo de noventa dias ;
- g) a innavegabilidade do navio, motivada por sinistro.

O que caracteriza estes casos de dissolução é a não limitação do tempo ; pois, em regra a força maior por si só, desde que obsta ao cumprimento do contracto, rescinde-o.

Em direito commercial maritimo e na hypothese vertente, só no caso de não poder limitar-se o tempo em que actua a força maior é que o contracto de fretamento dissolve-se, ainda que o impedimento seja por sua natureza temporario, como o é qualquer dos casos enúmerados no art. 548 do Codigo do Commercio.

Os casos de força maior enumerados no art. 548 coincidem com os expressos no art. 571; e em qualquer delles, frustrados os intuitos que presidiram á intenção das partes contractantes, sem o influxo das respectivas vontades, é claro que já não podem definir de suas estipulações os consecarios previstos pela vontade dellas e asseguradas pelo preceito legal ; pois, os acontecimentos aos quaes não se póde resistir

ou que a prudencia humana não pôde prevêr, são naturaes excepções ao fiel cumprimento das obrigações.

Sem embargo de haver enumerado no art. 548 os casos de força maior, determinativos do rompimento da viagem, para o effeito do pagamento das soldadas da tripulação, o Código especificou nos ns. 2, 3 e 4 do art. 574 os casos em que o contracto de fretamento totalmente dissolve-se, antes de principiada a viagem; e são: a superveniencia de declaração de guerra, o interdicto de commercio com o paiz a que se destina o navio, em consequencia do que o navio e a carga não sejam considerados como propriedade neutra; prohibição de exportação de toda ou de parte da carga, comprehendida na carta de fretamento do lugar donde o navio deve sahir ou da importação no lugar do destino; declaração de bloqueio do porto da carga ou do destino.

Todos estes casos são intuitivamente obstaculos ao emprehendimento da viagem do navio e portanto do transporte das mercadorias, conforme o ajuste.

O flagello da guerra, em quanto o arbitramento e o plebiscito não o banirem e com elle as suas execraveis contingencias (1), produz profundas alterações nas relações internacionaes; não são só os belligerantes que soffrem em seus melhores interesses; mas, todos os que collaboram no vasto tecido do grande tear da civilisação, de que falla Schmidt, (2) ficam expostos a retrahimentos e a consequentes detrimientos; embalde o direito internacional creou ficções, postulou maximas para proteger a propriedade neutra; difficuldades sempre surgem inherentes ao direito de visita, que nem¹⁰⁰

(1) Vide Novicow — *La guerre*.

(2) *Epochen und Katastrophen* p. 2.

sempre limita-se ao exame de papeis de bordo para verificar a nacionalidade e neutralidade do navio, dando lugar a demoras e ás vezes a apresamentos injustos, cuja elucidação e definitivo julgamento deparam, mesmo aos neutros, não pequenos sacrificios; *maxime*, quando corsarios e piratas armam-se para suas conhecidas depredações, tornando-se illusorias as praticas internacionaes, como a que proclama que a bandeira cobre a carga licita, embora da nação belligerante.

A guerra acarreta naturalmente a interdicção do commercio, uma vez que todas as relações juridicas entre os belligerantes ficam interrompidas; o direito inglez vae muito longe quando tira toda a legalidade ao contracto celebrado entre um inglez e o que habitar o territorio estrangeiro inimigo; illegalidade essa que estende ao caso de ser feito o contracto com um neutro, si o contracto não puder ser cumprido sem entrar em relações com o inimigo; assim, uma carta-partida assignada por um negociante inglez tendo por objecto um carregamento de trigo que um navio napolitano devia ir buscar em Odessa, foi invalidada em consequencia da guerra declarada entre a Inglaterra e a Russia (1).

Releva notar que nada obsta a que, ainda dada a declaração de guerra, o fretamento de um navio possa ser contractado; pois, a declaração da guerra si torna perigosa a navegação, não a torna impossivel, só aos contractantes cabendo regular as condições em que o contracto deve ser executado em previsão de contingencias possiveis; o que é justo consignar em lei é que a superveniencia de certos eventos podem alterar a situação em que se achavam os con-

(1) Vide de Valroger ob. cit. t. II n. 710.

tractantes do fretamento, quando celebraram os seus ajustes, de modo a invalidal-o.

Mas, esta interdicção, que se póde qualificar de relativa, differe da interdicção absoluta, que envolve a completa inefficacia de contracto e manifesta-se quando sem significar hostilidade, todavia é estabelecida pelo governo de uma nação que julgar a bem prohibir o entretenimento de correspondencia de qualquer especie, suspendendo o intercurso do commercio maritimo (1).

Observa Laurin (2) que não se poderia vêr interdicção geral no facto de uma revolução interior ou de uma doença contagiosa ter rebentado no lugar do destino, salvo a prohibição, nesta ultima hypothese, das leis sanitarias que inibam a entrada ou sahida do navio; pois, taes factos não implicam uma interrupção forçada das relações commerciaes.

A prohibição da importação ou da exportação das mercadorias da carga no todo ou em sua maior parte, confraternisa com a interdicção de commercio; e portanto, justo é ligar-lhe os mesmos consertarios juridicos, assim tambem, quanto ao bloqueio effectivo certo como é que o navio não póde violar o bloqueio devido e efficazmente mantido, sob pena de ser capturado e confiscado.

Em todos estes casos, não ha indemnisação ou outra qualquer exigencia entre as partes contractantes, correndo os gastos da carga e descarga por conta do carregador: nos precisos termos do art. 571 *pr.* e *in fine* do Codigo; na ausencia do frete, diz Jacobs (3), é justo que o dono da

(1) Vide Ferreira Borges. *Diccionario juridico commercial* vb. *interdicção*. de *commercio*. Charles Calvo—*Dict. de dr. int.* vb. *Intercourse*.

(2) *Ob. cit.* pag. 195. nota.

(3) *Obr. cit.* t. I n. 376.

mercadoria suporte todos os gastos aos quaes ella deu lugar e que o fretador, por seu lado, suporte as soldadas e a alimentação da tripulação durante o tempo perdido.

Estes casos produzem o effeito da rescisão total do fretamento, estando o navio fretado em lastro para outro porto, onde deva carregar ou si, chegando a este porto, sobrevierem taes impedimentos, quer estes venham do navio sómente ou do navio e da carga: Cod. do Com. art. 573.

A navegação que faz um navio em lastro para receber carga em um porto não é senão um trajecto preliminar de viagem, a qual só começa realmente no porto da carga (1); pôde-se, pois, considerar este caso de rescisão do fretamento como anterior á viagem.

Relevando notar que si o impedimento no presente caso provier sómente da carga, o afretador é obrigado a pagar meio frete: Cod. do Com. art. 573, *in fine*.

320. LEGISLAÇÃO COMPARADA. O codigo allemão estabelece varios factos capazes de resilir o contracto de fretamento, sem indemnisação, enumerando no § 629 entre os que operam a rescisão do contracto *ipso jure*, por caso fortuito e antes da viagem, os seguintes:

1. Perda do navio por naufragio, por não poder ser concertado, ou ser condemnado.
2. Perda das mercadorias especificadamente declaradas;
3. Perda das mercadorias não especificadas, das quaes o capitão tenha tomado conta a bordo ou no lugar do embarque.

(3) Laurin obr. cit. t. II pag. 211; Desjardins obr. cit. t. III n. 846 de Valroger obr. cit. t. II n. 782.

Enumera o mesmo código no § 630 os casos em que á cada um dos contractantes é licito promover a rescisão do contracto antes da viagem, sem obrigação de indemnisar, quaes são:

1. Embargo ou detenção de potencia estrangeira;
2. Interdicção do commercio com o lugar do destino;
3. Bloqueio;
4. Proibição de exportação ou importação das mercadorias objecto do fretamento;
5. Obstaculo, por ordem da potencia, á sahida do navio, á viagem ou á expedição das mercadorias a entregar;
6. Guerra, pela qual, o navio ou a sua carga ou ambos corram o perigo de serem capturados.

O código do commercio da Italia no art. 551 usa de uma expressão ampla alludindo—ao facto de uma potencia —*fatto d'una potenza*, antes da partida do navio, impedindo-lhe a viagem para o lugar do destino, produzindo a rescisão do fretamento.

O código do commercio de Portugal no art. 547 diz: « Si a sahida do navio para o porto do seu destino é embaraçada por motivo de força maior, guerra, bloqueio ou interdicção do commercio, ha lugar á rescisão do fretamento.

Parapho unico. Nos casos previstos neste artigo não tem o fretador direito á indemnisação e são por conta do afretador as despezas da descarga».

O código do commercio da Hespanha estabelece a rescisão total ou parcial do contracto de fretamento, a requerimento do afretador ou do fretador nos arts. 688 a 693; prescrevendo no art. 690 que o fretamento é rescindido e extinetas todas as obrigações delle oriundas si antes de se

fazer á vela o navio e achando-se este no porto da partida sobrevem qualquer das circumstancias seguintes :

1. Declaração de guerra ou interdicção de commercio com a potencia, para cujos portos se destinou o navio ;
2. Bloqueio do porto do destino ou molestia epidemica sobrevinda após o contracto ;
3. Proibição de receber no mesmo porto as mercadorias da carga ;
4. Detenção indefinida do navio em consequencia de ordem do governo ou de outra causa independente da vontade do armador ;
5. Innavegabilidade do navio, sem provir de culpa do capitão ou armador.

A descarga é effectuada á custa do afretador.

Estas disposições foram reproduzidas, na mesma ordem, pelo codigo do commercio do Mexico arts. 763 a 767, correspondendo o art. 765 destes ao art. 690 do codigo do commercio da Hespanha.

O codigo do commercio da França art. 276 e a lei belga de 1879 art. 90, permitem a rescisão do fretamento, havendo interdicção de commercio antes da partida do navio.

321. Estudemos, agora, a rescisão parcial do fretamento.

Si o navio tiver partido e durante a viagem occorrer a alludida interdicção do commercio e por isso houver o navio de regressar ao porto da sahida, sómente é devido o frete da ida, ainda que tenha o navio sido fretado por ida e volta : Cod. do Com. art. 572.

As partes são livres em estabelecer fretes deseguaes para ida e para a volta, podendo tambem não estabelecer fretes para ida e sim para a volta sómente (1).

No caso de declaração de guerra, estando o navio em um dos portos para que foi fretado, só o navio não estando livre, pôde o fretador resilir o fretamento, com direito ao frete vencido, estadias, sobre estadias, avarias grossas, pagando as despezas da descarga; si só não fôr livre o navio, cabe ao afretador o direito de resilir o contracto pagando a despeza da carga; si pelo contrario só a carga não for livre, ao afretador é lícito rescindir o contracto pagando a despeza da carga, procedendo o capitão nos termos dos arts. 592 e 596: Cod. do Com. art. 611, 3ª parte.

Póde ainda ser parcialmente rescindido o contracto de fretamento si o capitão durante a viagem não puder transportar por outros navios a carga que tinha no seu navio, condemnado por innavegavel, só sendo devido neste caso o frete vencido: Cod. do Com. art. 614.

322. Na constancia da viagem podem occorrer outros factos, além da interdicção de commercio, como previram os arts. 609 e seguintes do Codice, nos quaes o contracto de fretamento subsiste e são elles os adiante enumerados:

1. A superveniencia de impedimento temporario, como o embargo ou força maior, que deixam intacto o contracto, sem mutua indemnisação: Cod. do Com. art. 609;

2. A declaração de guerra, interdicção de commercio ou bloqueio, devendo o capitão seguir as instrucções que lhe forem dadas e não as tendo, regressar para o porto da sahida com a carga: Cod. do Com. art. 610;

(1) Vide supra n. 395—1º, 7).

3. O arresto do navio por ordem de uma potencia, não podendo ser alterado o ajuste sobre o frete: Cod. do Com. art. 611, 1ª parte;

4. Sendo o navio afretado para dous ou mais portos, em um destes saiba o capitão ter sido declarada guerra contra a nação a que pertença o navio ou a carga, si nem esta nem aquelle sejam livres, quando não possa partir em comboio ou por outro modo seguro, caso em que deve o capitão aguardar ordens no porto da noticia: Cod. do Com. art. 611, 2ª parte.

323. E' objecto de discussão si a alienação do navio rescinde o contracto de fretamento de que é elle objecto, não estando em viagem.

Pothier (1) pondera que segundo os principios do contracto de locação, só em relação ao locador e a seus herdeiros tem o locatario direito de gosar da cousa que foi-lhe alugada; não tendo o adquirente por titulo singular da cousa a obrigação de manter a locação de que essa cousa é objecto si assim não fôr estipulado ao tempo da aquisição, *ex-vi* da lei 19 *Codice de locato et conducto* (2); e dahi conclue que si após o contracto de carta-partida, o proprietario vende a alguém o seu navio, sem obrigar-o pela carta-partida, o comprador não é obrigado a mantel-a, podendo obstar a que o afretador do navio carregue as suas mercadoreias, salvo ao afretador a acção por perdas e damnos contra o anterior proprietario. O mesmo escriptor aventa a hypothese de estar já carregado o navio; e neste caso diz — *secundum juris stricti*

(1) *Oeuvres*, ed Bugnet. t. IV — *Contrats des Images maritimes* — n. 55.

(2) Nesta lei diz o Imperador Antonino: *Emptorem q. idem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit: nisi ea lege emit. Verum si probet aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, bonae fidei iudicio, (ei) quod placuit parere cogetur.*

rationem, parece que o comprador do navio poderia compellir o afretador a retirar as suas mercadorias, do mesmo modo que o comprador de uma casa, que a comprou sem o encargo do arrendamento, pôde despejar o locatario, comtudo prosegue elle, eu pensaria que neste caso o interesse publico do commercio deveria obrigar o comprador a manter o afretamento, principalmente si o comprador não tivesse dado conhecimento de sua aquisição sinão na vespera da época em que o navio devia fazer-se á vela. O mesmo Pothier observa que este seu temperamento não foi approved, e por isso nelle não persiste: *on a désapprouvé ce tempèrament: je consens volontiers à n'y pas persister, aimant fort m'attacher aux principes.*

Bedarride (1) pensa com o *judicieux* Pothier, mas accrescenta: si no momento da venda o navio já está carregado, o necessario conhecimento que desta circumstancia tem o comprador equivale ao da carta-partida, impondo-lhe o dever de executal-a.

Jacobs (2) pensa que o adquirente do navio não é obrigado a respeitar o contracto de fretamento feito pelo vendedor, salvo acôrdo; porque, pelos principios geraes de direito, os arrendamentos não constituem direitos reaes e não obrigam ao comprador si essa obrigação pessoal não lhe foi imposta pelo vendedor; o proverbio de Loisel «*vendage ou achat passe louage*» não cessou de ser verdadeiro quanto aos navios, depois da derogação do art. 1.743 do cod. civ. quanto aos immoveis, dependendo do legislador estender dos immoveis ao navio esta «util innovação» segundo a expressão de Mouricault e 194

(1) Ob. cit. t. II n. 727.

(2) Ob. cit. t. I n. 12.

Jaubert ; e até que o faça, cumpre ater-se aos principios e não reconhecer no afretador direito algum contra o comprador do navio ; no caso de estar carregado o navio no momento da venda, ha grave presumpção que o comprador consentiu em respeitar o contracto da locação maritima ; o afretador terá as maiores chances de triumphar no terreno do facto ; mas prefere o terreno de direito.

Lyon-Caen e Renault (1) ensinam que o direito do afretador contra o fretador é um direito de credito ; que não poderá ser invocado contra o adquirente por titulo particular do navio não em virtude de uma disposição legal formal ; e essa disposição não existe ; não sendo decisivo o art. 1.743 do codigo civil, pois concerne exclusivamente á locação de immoveis ; e sem embargo dos graves inconvenientes praticos, deve-se admittir que o adquirente do navio não é obrigado a respeitar e a executar o afretamento consentido pelo alienante ; o afretador expulso fica reduzido á acção de perdas e danos contra o alienante que fretou-lhe o navio antes da alienação.

Alauzet (2) reflecte que a lei *Emptorem* (3) e o art. 1.743 do codigo Napoleão referem-se á locação dos immoveis e os navios e outras embarcações são moveis ; não parecendo-lhe que Pothier e Bedarride tivessem em conta esta circumstancia que torna aquelles textos pouco applicaveis quando se tracta de materia essencialmente commercial ; não pondo em duvida que exceptuado o caso de fraude, sempre reservado, a venda do navio nada influe sobre a execução do contracto, que conserva toda sua força, salvo o direito do comprador de accionar o vendedor, quando possivel.

(1) Ob. cit. t. V n. 804 *ois*.

(2) *Commentaire du Code de Commerce* t. IV n. 1.846.

(3) E' a lei 9 Codice—*de locato et conducto*.

Já Bugnet (1), anotando o citado Pothier, tinha dicto que o contracto de locação não era mais regido pelos principios do direito romano em vista da alteração contida no art. 1.743 do código civil; pelo que, a venda do navio não obstará á execução da carta-partida que houvesse adquirido data antes da venda do navio ou que não tendo adquirido tal data, tivesse nessa época recebido um começo de execução pelo carregamento das mercadorias no navio.

Com esta opinião conforma-se Desjardins (2) e diz quando um código moderno crê dever explicar-se a este respeito, consagra a manutenção do contracto de afretamento, citando os códigos do commercio argentino e chileno.

Borsari (3) opina pela efficacia do contracto de fretamento de todo o navio, no caso que se discute e não nos afretamentos parciaes.

Dufour (4) entende que em principio o adquirente do navio não é obrigado a respeitar o contracto de fretamento; todavia, abunda no proposito de Pothier quando invocando o interesse do commercio inclina-se a manter o contracto de fretamento do navio vendido, indo mesmo mais longe, confessando que si só ouvisse a sua convicção pessoal affirmaria que essa solução não é uma excepção pelo interesse publico invocado, mas antes uma applicação racional dos principios de direito; pois, o comprador é sufficientemente instruido da existencia do fretamento pelo facto de existirem as mercadorias á bordo e seu silencio a este respeito vale a tacita acceitação da obrigação de cumprir, podendo-se dizer—*ca lege emit.*

(1) Nota ao n. 55 citado.

(2) Ob. cit. t. III n. 762.

(3) Ob. cit. t. II ns. 1.148 e 1.149.

(4) Ob. cit. t. II ns. 520 e 521.

Dos codigos conhecidos só alguns e dos modernos têm legislado sobre o assumpto, como o codigo do Chile que no art. 1.009 diz : « A venda do navio fretado não extingue o direito adquirido pelo afretador, e o novo proprietario será obrigado a respeitar o afretamento contractado por seu autor, salvo o direito de reclamar deste a indemnisação das perdas e damnos consequentes » ; o da Hespanha que diz no art. 689. « A requerimento do fretador pôde rescindir-se o contracto do fretamento... 2º se o fretador vende o navio antes que o afretador tenha começado a carregar-o e o comprador o carregar por sua conta. Neste caso o vendedor indemnizará ao afretador dos prejuizos que lhe irroque. Si o novo proprietario do navio não o carregar por sua conta, será respeitado o contracto de fretamento, indemnizando o vendedor ao comprador, si aquelle não o informou da existencia do fretamento ao tempo de contractar a venda » ; o do Mexico, que no art. 765 n. 2 reproduz a transcripta disposição do codigo da Hespanha (de 1885).

Eis o que se pôde respigar do que se passa fóra do Brazil, vejamos que doutrina juridica é applicavel entre nós.

324. A doutrina da lei *Emptorem* foi recebida por nosso vigente direito civil, como se vê da Ord. L. 4, tit. 9.

O nosso Codigo não previu a hypothese, mas sua omissão não torna insolúvel o caso ; pois, o mesmo codigo no art. 121, manda applicar aos contractos commerciaes as regras e disposições do direito civil, salvo as restricções nelle estabelecidas e o Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 art. 2 diz que constituem legislação commercial o Codigo do Comercio e subsidiariamente os usos commerciaes e as leis civis.

Ora, a doutrina da lei romana *Emptorem* foi consagrada pelo Ord. L. 4, tit. 9; conseguintemente, a menos que o comprador não tenha por qualquer modo consentido na continuação do arrendamento, ou que não tenha sido o predio hypothecado ao cumprimento do contracto, o comprador não é obrigado a manter o contracto de arrendamento.

Isto posto, e haurindo nesse subsidio o principio de demonstrar regulador da especie de que tractamos, é de concluir que o comprador do navio afretado não é obrigado a respeitar o afretamento, salvo si provar-se que por qualquer modo consentiu no contracto, como si recebeu todo ou parte do frete ou sobre elle operou, salvo ainda si ao cumprimento do contracto de transporte fôr dado o respectivo navio em penhor ao afretador. A natureza movel do navio não exclue a applicação do principio que rege o immovel arrendado, pois, o contracto de fretamento tem permanencias disciplinares communs com o arrendamento, sob o aspecto que examinamos. 176



CAPITULO XIV

CONTINUAÇÃO DO CONTRACTO DE TRANSPORTE, CONHECIMENTO

325. No capitulo anterior tractámos do contracto de transporte em geral e quanto á mercadorias; objecto da carta-partida, na sua dupla modalidade total e parcial.

Vamos agora entrar no exame mais particular do recebimento da carga do navio em seu bordo, na razão de ser e na utilidade do conhecimento.

O conhecimento contem a prova de que effectivamente o objecto que tem de ser transportado pelo navio, foi por seu capitão recebido; tornando-se assim o complemento do contracto de fretamento, ás mais das vezes; d'ahi a sua justificação e a sua manifesta utilidade.

326. No estudo do conhecimento, ha a considerar:

- a) a sua significação,
- b) os seus caracteres analogicos e differenciaes,
- c) as suas enunciações,
- d) a sua criação ou emissão,
- e) as suas funções,
- f) os seus effectos,
- g) a sua interpretação,
- h) as suas condições fiscaes.

SECCÃO I

SIGNIFICAÇÃO DO CONHECIMENTO

327. Conhecimento é o documento pelo qual se reconhece haver sido recebidas a bordo de um navio, por seu capitão, mercadorias afim de serem transportadas para determinado lugar, mediante frete estipulado.

O conhecimento é também denominado — apolice de carregamento, — letra de cambio do mar.

O uso do conhecimento remonta ao fim do seculo XVI. *O Guidon de la mer* o definia — o reconhecimento que faz o mestre do navio do numero e da qualidade de mercadorias neste carregadas.

O conhecimento é um dos papeis de bordo: Cod. do Com. art. 466 n. 5.

SECCÃO II

ANALOGIAS E DIFFERENÇAS DO CONHECIMENTO

328. O conhecimento guarda analogias e differenças em relação a outros instrumentos, com os quaes entretem relações de affinidade ; entre elles destacaremos :

a carta-partida,

o *warrant* e conhecimento de deposito,

a guia de transporte de mercadorias (*lettre de voiture*),
o bilhete pagavel em mercadoria,
a letra de cambio,
a apolice de seguro.

329. Com a carta-partida o conhecimento tem as seguintes analogias ou permanencias communs, como diria Ed. Picard (1): os dous instrumentos devem conter :

- a) os nomes do capitão, do navio e o porte deste ;
- b) a qualidade e quantidade dos generos ;
- c) os lugares da partida, da chegada do navio e escalas (havendo-as) ;
- d) o preço do frete e primagem (havendo), lugar e fórma do pagamento ;
- e) as assignaturas dos contractantes em documento formal.

330. Suas differenças consistem no seguinte :

a) a carta-partida é um documento que prova a locação do navio no todo ou em parte, por tempo determinado, por uma ou mais viagens ; o conhecimento é um documento que faz certo o facto do embarque da mercadoria, para ser transportada ;

b) a carta-partida ou contracto de fretamento é uma promessa que o conhecimento executa ; pois, pôde haver contracto de fretamento e ficar sem cumprimento ;

c) a carta-partida pôde deixar de existir, como occorre quando o proprietario ou o capitão, seu representante, carrega á colheita ou prancha ou contracta o transporte de um carre-192

(1) *Le Droit Pur.*

gamento completo, directamente; mas, o conhecimento da carga é sempre necessario ;

d) a carta-partida concerne ás relações juridicas entre o fretador e o afretador ; e o conhecimento é um documento *erga omnes*, referente aos direitos e obrigações entre o capitão e os destinatarios das mercadorias da carga e entrega desta a terceiros ;

e) o conhecimento, posterior á carta-partida, póde completar ou modificar as estipulações da carta-partida ; mas, esta é *res inter alios* quanto aos portadores do conhecimento, salvo referencia expressa ;

f) o conhecimento póde ser passado á pessoa determinada, á ordem ou ao portador e a carta de fretamento só á pessoa determinada ;

g) o conhecimento não depende de intervenção official, nem de registro ; a carta de fretamento, para valer contra terceiros, deve ser inscripta no registro do commercio no prazo legal e authenticada por corretor ou tabellião.

331. O conhecimento tem com o *warrant* é conhecimento de deposito analogias e differenças que seguimos a enumerar.

Antes, porém, de o fazermos, cumpre dar aqui as linhas geraes destes ultimos titulos.

A lei n. 1.746 de 13 de Outubro de 1869 art. 1 § 6 autorizou o governo a conceder ás companhias de docas a faculdade de emitir titulos de garantia das mercadorias depositados nos respectivos armazens, conhecidos pelo nome de *warrants*.

O dec. n.º 4.450 de 8 de Janeiro de 1870 regulou a emissão desses titulos.

Novo regulamento foi expedido e aprovado pelo dec. n.º 2.502 de 24 de Abril de 1897, autorisando a emissão de dous titulos : um denominado conhecimento do deposito e outro *warrant*.

332. O conhecimento e os dous titulos alludidos têm analogias ; porque, nelles são declarados :

- a) a data;
- b) a quantidade, qualidade marcas, numero e peso dos volumes;
- c) o nome do navio em que foram transportados ;
- d) são endossaveis,
- e) são assignados (1) ;

333. Divergem, porém, em que :

a) o conhecimento exige enunciações e admite clausulas que para os outros titulos não são necessarias e *vice-versa* ;

b) o conhecimento induz o transporte por mar, os outros titulos não excluem outros meios de transporte, como a estrada de ferro ;

c) o conhecimento não consigna o valor da mercadoria (2), os outros titulos o declaram ;

d) o conhecimento póde ser ao portador, não assim os outros titulos;

e) o conhecimento é indivisivel, os dous titulos unidos podem ser divididos em partes quanto a mercadoria depositada, expedindo-se conhecimento de deposito e respectivo *warrant* por volume ;

(1) Cod. do Com. art. 575, Dec. n. 2.502 de 1897 art. 1.

(2) Nas costas do conhecimento ás vezes declara-se o valor da mercadoria.

f) o conhecimento não é endossavel, si não tiver a clausula á ordem, os outros titulos são transferiveis por endosso apesar de não terem aquella clausula ;

g) O conhecimento por si só é transferivel e negociavel, com a clausula a ordem ou sendo ao portador, os outros titulos têm ambos unidos essas funções juridicas e economicas, mas separadamente o *warrant* representa a posse, o titulo de penhor e o do conhecimento de deposito, o direito de dispor onerado pelo penhor ;

h) o conhecimento é sellado com estampilhas de 300 rs., o do deposito paga igual sello e o *warrant* o proporcional ao valor da mercadoria ;

i) a mercadoria da carga de que reza o conhecimento pôde ser embargada, penhorada ou apprehendida ; a mercadoria constante do conhecimento do deposito não está sujeita a embargo ou arresto, penhora, sequestro ou qualquer *outra embaraço*, exceptuados os casos de perda do titulo, extravio, furto ou sinistro.

j) O conhecimento é um documento passado entre as partes contractantes, os outros titulos são extrahidos de um livro de talão revestido das formalidades do art. 13 do Cod. do Comm. (1)

334. O conhecimento tem com a guia de transporte de mercadorias analogas enunciações, quanto :

- a) ao carregador, conductor e destinatario ;
- b) á qualidade, peso, numero e marcas dos volumes a transportar ;
- c) ao frete ou aluguel do transporte ;

(1) Cod. do Com. art. 575 e seg. e dec. cit n. 2.502 de 1897 art. 1 e seg

d) ao prazo para a entrega ;

e) á quaesquer outras condições ou clausulas ajustadas ;

f) ás duas ou mais vias da guia de transporte ;

g) a assegurarem preferencia sobre as mercadorias, quanto ao pagamento do frete ;

h) a poderem ser nominativos, á ordem ou ao portador, uma vez que a lei não prohibe que as guias de transporte assim o estipulem ;

i) á acção executiva pela qual se póde demandar o pagamento dos fretes ;

j) ao pagamento do mesmo sello fixo de 300 rs., no conhecimento dentro de oito dias da data e na guia quando seja apresentado como documento (1).

335. Póde-se affirmar em presença das manifestas analogias entre o conhecimento e a guia de transporte que estes dous titulos só diversificam ; porque, o primeiro é referente aos transportes marítimos e o segundo concerne ao transporte por terra e aguas interiores, guardadas as disciplinas leaes attinentes ao meio e circumstancias em que circulam as mercadorias em transporte.

336. Com o bilhete de mercadoria, que não é mais do que uma letra de cambio pagavel em mercadoria, o conhecimento tambem tem analogias ; porque,

a) são datados ;

b) especificam as mercadorias sobre que versam ;

c) designam as pessoas que se relacionam com os respectivos objectos ;

d) estipulam a clausula que os tornam endossaveis.

(1) Cod. do Comm. arts. 99 e segg., 575 e segg. Reg. n. 2.573 de 1897¹⁰⁰ art. 37 ns. 4 e 8 Tabella B § 1º n. 5.

337. Diversificam em que :

a) o conhecimento não declara o valor das mercadorias que enuncia e o bilhete de mercadoria deve expressar o valor desta ;

b) o conhecimento não tem prazo fixo, o bilhete de mercadoria deve essencialmente fixar o prazo em que deve fazer-se a consignação ou vencer-se a obrigação ;

c) o conhecimento tem o sello fixo de 300 rs. e o bilhete de mercadoria paga sello proporcional (1).

338. Com a letra de cambio o conhecimento tem analogias ; pois,

a) tem enunciações prescriptas na lei ;

b) a provisão de fundos da letra de cambio corresponde á mercadoria de que reza o conhecimento ;

c) o acceite da letra de cambio relaciona-se com a assignatura do capitão no conhecimento ;

d) são endossaveis.

339. Diversificam; porque,

a) o conhecimento não tem declaração de valor da mercadoria e a letra de cambio deve declarar o valor e proveniencia ;

b) o conhecimento póde ser ao portador, a letra não ;

c) o conhecimento é um titulo contendo obrigações diversas, já quanto ao frete, já quanto ao transporte da mercadoria, a letra de cambio é um contracto pecuniario ;

d) a letra de cambio é um regimen particular em que predomina o rigor cambiario , não assim o conhecimento ;

(1) Cod. do Comm. arts. 575 e segg. decretos do governo provisório n. 165 A, de 17 de Janeiro de 1890 art. 4 e n. 370 de 2 de Maio de 1890 art. 379, Reg n. 2.573 de 1897, Tabella A § 1º n. 3.

e) o conhecimento está sujeito ao sello fixo de 300 réis e a letra ao sello proporcional (1).

340. Com a apolice do seguro o conhecimento mantem analogias; pois, contem enunciações sobre :

- a) a data do contracto;
- b) os nomes e assignatura dos contratantes;
- c) os nomes do navio e do seu capitão;
- d) a qualidade e natureza da mercadoria;
- e) os lugares da partida e destino;
- f) o preço, lugar e fórma do seu pagamento;
- g) são endossaveis.

341. Differem os dous titulos; porque :

a) o conhecimento não declara o valor da mercadoria e a apolice de seguro deve fazel-o conhecido;

b) o conhecimento pôde ser ao portador, não assim a apolice de seguro;

c) o conhecimento serve de prova entre os interesados na carga e frete de um lado e os seguradores de outro lado, servindo o primeiro como de complemento do segundo;

d) as acções resultantes do conhecimento para entrega da mercadoria e cobrança do frete prescrevem no fim de um anno e as acções resultantes de seguro prescrevem no fim de um anno sendo as obrigações contrahidas no Brazil e no fim de tres sendo contrahidas em paiz estrangeiro;

e) o conhecimento paga o sello fixo de 300 réis e a apolice de seguro paga sello proporcional sobre o premio (2).

(1) Cod. do Com. art. 354 e segg., 575 e segg. Reg. n. 2.573 de 1897 Tabella A ns. 1 e 2 Vide infra n. 337.

(2) Cod. do Com art. 575 e segg., 667 e segg. Reg. n. 2.573 de 1897, Tabella A § 6 e Tabella B § 4 n. 4.

SECÇÃO III

ENUNCIACÕES DO CONHECIMENTO

342. O conhecimento deve conter as seguintes declarações :

- a)* a data,
- b)* o nome e assignatura do capitão;
- c)* o nome e assignatura do carregador;
- d)* o nome do consignatario, podendo omittir-se si fôr á ordem,
- e)* o nome e porte do navio ;
- f)* a qualidade e quantidade da carga, suas marcas e numeros marginaes ;
- g)* o lugar de partida e destino com as escalas, havendo-as;
- h)* o frete e primagem (si está houver) lugar e fórma do pagamento;
- i)* clausulas condicionaes (1).

343. DATA. A data é exigida por nossó Codigo, que assim derimiu as contestações que suscitou a omissão do legislador francez.

A antedata, quer proceda do descuido, quer do dolo, abre espaço á indemnisação das perdas e damnos consequentes, além da imposição da pena, quando a intenção criminosa a motiva.

(1) Cod. do Comm. arts. 575 e 576.

Considere-se que uma mercadoria tenha preço elevado no dia em que devia partir, e só dez dias uepois, quando o preço da mercadoria desceu, é que o navio parte: o capitão que quer fazer crêr que o navio partiu no dia estipulado, antedata o conhecimento lançando-lhe aquella data: eis aqui uma fraude que sujeita o capitão á obrigação de indemnizar, além das penas em que incorrer.

Sempre, pois, que se provar que da alteração da verdadeira data do conhecimento resultou qualquer prejuizo para o destinatario da carga, tem este acção para vindicar a lesão de seus direitos.

A indemnisação é ainda devida quando o capitão houver assignado dous conhecimentos, enunciando cada um metade do carregamento e tiver antedatado um desses conhecimentos; prevalecendo a indemnisação em favor mesmo daquelle cujo conhecimento tiver a data exacta, desde que provar que a antedata do outro trouxe-lhe prejuizo em relação a sua carga (1).

Na theoria geral dos contractos, o instrumento que não tem data incide em nullidade de pleno direito: Reg. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 684 § 2.º; pois, a época em que os actos juridicos são praticados muito importa averiguar, não só quanto á capacidade contractual, como tambem quanto á fraude, cujo elemento conspira contra os validos effectos das relações de direito.

Accresce que a data é essencial para determinar as vinte quatro horas dentro das quaes o capitão deve resgatar¹⁰² os recibos provisorios: Cod. do Com. art. 578.

(1) Pandectes Belges vb. *Connaissance* n. 118.

344. O NOME E ASSIGNATURA DO CAPITÃO. O capitão assume responsabilidades graves já perante o proprietário, já perante o carregador e até para com o destinatario, dahi a attinencia juridica de sua expressa designação no conhecimento.

Muitas vezes esta exigencia pôde deixar de ser satisfeita, como acontece quando as mercadorias não pôdem ser transportadas para o lugar de seu destino sinão por diversas linhas de navios ; cabendo então ao ultimo transportador maritimo a obrigação de responder pela carga para com o seu destinatario, salvo o seu direito contra os anteriores (1)

Varios codigos estrangeiros, como o da França, art. 281, exigem que se declare o domicilio do capitão.

Releva, porém, notar que o domicilio do capitão é no navio onde serve ; só pôde interessar o domicilio individual do capitão quando elle possa ser pessoalmente demandado por actos em que sua responsabilidade individual esteja compromettida nos actos que praticar como capitão, mas pelos quaes responda individualmente.

Não basta a indicação do capitão, é necessario tambem que elle assigne os diversos exemplares do conhecimento ; porque, só assim se preconstitue a obrigação de conservar, acondicionar e guardar a mercadoria que recebe a bordo do navio de seu commando.

A medida que a carga vai sendo levada para bordo, vão sendo expedidos recibos provisionarios, nos quaes se terá o cuidado de manifestar a existencia da carga de modo a excluir todas as duvidas no acto de serem resgatados esses

(1) Desjardins t. IV n. 914.

recibos pela entrega do conhecimento a cada carregador nas vinte e quatro horas que se seguirem á ultimação da respectiva carga; a demora na entrega do conhecimento acarreta a obrigação de indemnisar o damno consequente por parte daquelle que houver motivado tal demora : Cod. do Com. art. 578.

O codigo do commercio allemão § 642 não marca prazo para entrega do conhecimento, o qual manda entregar sem tardança, *unverzüglich*.

A falta do conhecimento não pôde ser supprida pelos recibos provisórios da carga ; salvo si o navio partiu sem que o capitão o tivesse assignado e entregue ao carregador ; neste caso, cumpre ao carregador interpor o seu protesto dentro de tres dias uteis contados da sahida do navio, com intimação do armador, consignatario ou outro qualquer interessado e na falta delles por editaes ; e quando seja levada a questão para os tribunaes, cumpre ao carregador provar que envidou todos os esforços para obter o conhecimento, sem o ter conseguido : Cod. do Com. art. 589.

Eis porque diz Jacobs (1) *les connaissements son transférables et non portables ; l'Ordonnance prescrivait aux marchands de présenter les connaissements à la signature du capitaine. Il serait impossible qu'il en fût autrement ; pendant le chargement la place du capitaine est à bord.*

Si o capitão fôr ao mesmo tempo carregador, o conhecimento da respectiva carga é assignado por duas pessoas da tripulação, immediatas ao capitão no commando do navio : Cod. do Com. art. 577.

(1) Ob. cit. n. 209.

Igual pratica se deve observar quando o carregador fôr pessoa intima do capitão, a fim de ficarem acauteladas as presumpções da fraude (1).

Si o capitão por fallecimento ou por outro qualquer motivo deixar o navio, o seu successor é obrigado a revalidar com sua assignatura os conhecimentos expedidos, conferindo os com a carga recebida; o novo capitão que revalidar os conhecimentos sem essa conferencia responde pelas faltas, salvo si os caregadores convierem em que se declare nos conhecimentos que a carga não foi conferida: as despesas da conferencia são por conta do capitão, si este fôr despedido por justa causa; no caso contrario, provindo da morte do capitão, as despesas são por conta do dono do navio: Cod. do Com. art. 581.

O capitão que assigna novos conhecimentos sem recolher os que anteriormente houver assignado, no caso de variarem os carregadores de consignaão, fica responsavel para com os carregadores pelos conhecimentos que apresentarem: Cod. do Com. art. 579.

Allegando-se extravio de conhecimentos, o capitão pôde exigir, á sua satisfação, fiança dos carregadores pelo valor da carga, para expedir novos conhecimentos: Cod. do Com. art. 580

345. O NOME E ASSIGNATURA DO CARREGADOR. No transporte da mercadoria o essencial é saber quem manda para bordo a mercadoria, é só do seu transporte que se tracta; e, portanto, do conhecimento, que o traduz, deve constar o nome do carregador.

(1) Boulay Paty — *Cours* t. II pg. 304. Dalloz — *Rép. v. Droit Maritime* n. 876.

Além disso, pôde acontecer que não se apresente a receber a pessoa a quem é endereçada a mercadoria ou que seja esta recusada, pôde ainda ser vendida a mercadoria, nos casos permittidos, e o producto da venda não dar para pagar o frete ; para occorrer a todas estas incertezas é que se exige a declaração do nome e assignatura do corretor.

O carregador pôde não ser o dono da mercadoria, o que na hypothese não é sem valor pratico, uma vez que o carregador é quem responde pelas consequencias de seu acto.

O Codigo do Commercio não exige a declaração do domicilio do carregador, como tambem não a exigem os codigos da França (art. 281), da Hespanha (art. 706), da Allemanha (art. 645) o do Mexico (art. 731) ; exigem-n'o a lei belga de 1879 (art. 40), o da Italia (art. 555), de Portugal art. (538).

A exigencia desta declaração tem por fim evitar discussões sobre o domicilio do carregador, o qual, entretanto, deve responder no lugar em que houver carregado a mercadoria.

Não basta a designação do carregador, dono ou não, da carga, é essencial que elle assigne o conhecimento.

A' primeira vista parece que deveria bastar a assignatura do capitão no conhecimento ; entretanto, é muito justificavel a exigencia da assignatura do carregador ; pois, o conhecimento deve consti:uir prova *erga omnes* do recebimento da mercadoria ; de sorte que, não só essa prova é concludente entre o capitão e o carregador, como tambem em relação a terceiros, especialmente aos seguradores da carga, que nisso têm uma garantia quanto á importancia da mercadoria de que reza o conhecimento ; além disso, a assignatura do carregador é essencial quando o conhecimento é apresen- 354

tado pelo armador para provar que no afretamento ha clausulas desfavoraveis ao carregador ou ao destinatario, como sejam as clausulas que restringem a responsabilidade do capitão ou do armador (1).

A lei belga de 1879, art. 41, determina que o exemplar do conhecimento destinado ao capitão seja assignado pelo carregador e os outros pelo capitão, afastando-se assim do preceito do art. 282 do cod. do com. da França que, como o nosso, manda que o capitão e o carregador assignem os conhecimentos; assim procedendo, o legislador da Belgica, confomou-se com a pratica em uso, no que não achou inconveniente; pois, cada qual se obriga para com aquelle com quem contracta (2).

346. O NOME DO CONSIGNATARIO. O conhecimento póde ser :

- a) á pessoa determinada,
- b) á ordem,
- c) ao portador.

O projecto do nosso Codigo do commercio, art. 836, dizia expressamente que o conhecimento podia ser á ordem, ao portador ou a pessoa determinada.

O nosso Codigo não falla positivamente em conhecimento ao portador, mas implicitamente o admite desde que no art. 575 n. 1 faculta a omissão do nome do consignatario. Do conhecimento á pessoa determinada e á ordem fallam os arts. 575 n. 1 e 587, alem de alludir o art. 579 ao conhecimento «seja qual fôr a sua natureza».

(1) Lyon-Caen e Renault ob. cit. t. V n. 699.

(2) Jacobs ob. cit. t. I n. 209.

Adeante tractaremos dos effeitos que acompanham as tres especies de conhecimentos aqui indicados (1).

347. LEGISLAÇÃO COMPARADA. Admittem que o conhecimento possa ser á pessoa determinada, á ordem ou ao portador os codigos commerciaes da França art. 281, da Italia art. 555, de Portugal art. 538 § 1º, da Hespanha art. 706, do Chile art. 1.051, do Mexico art. 78', a lei belga de 1879, art. 40. O da Allemanha no § 644 diz : « Exigindo o carregador, o conhecimento, salvo convenção em contrario, é passado á ordem do destinatario ou simplesmente á ordem ; neste ultimo caso entende-se que é a ordem do carregador. O conhecimento pôde tambem ser passado á ordem do capitão, como destinatario ».

Quando se discutia na Belgica o projecto da lei de 1879, M. De Landtsheere, ministro da justiça, propoz a supressão desta enunciação uma vez que se admittiu a clausula á ordem ou ao portador ; o senado, porém, não concordou, tendo sido adoptada essa enunciação pela commissão do senado, observando que essa clausula naturalmente só se applicaria aos conhecimentos transmissiveis á ordem ou ao portador : podendo-se, pois, dizer que o conhecimento deve indicar o destinatario ou inserir a clausula á ordem ou ao portador (2).

348. O NOME E O PORTE DO NAVIO. Esta enunciação tem por fim evitar toda a confusão possivel quanto ao navio onde fôr carregada a mercadoria.

Accresce que a individuação do navio é necessaria para diversos intuitos, como sejam :—contractar o seguro, avaliar da segurança do transporte e da probabilidade da chegada da mercadoria em época esperada.

(1) Vide *infra* ns. 364 á 387.

(2) Vide *Pandectes Belges* vb. *Connaissance* ns. 73 e 74.

O porte do navio é necessário saber para regular o pagamento do frete, quando depende de sua tonelagem a mercadoria.

A lei belga de 1879 art. 40 exige além do nome e do porte do navio a declaração de sua nacionalidade; assim também o código allemão (§ 643 n. 2), o italiano (art. 555 n. 4) e o portuguez (art. 538 n. 2).

A declaração, no conhecimento, da nacionalidade do navio não deixa de ser de grande utilidade; não só porque completa a individuação e identidade do navio; como porque, a bandeira do navio muito influe sinão em tempo de paz, ao menos em tempo de guerra.

Certas companhias de navegação entregam conhecimentos sem designação de navio; mas, estes documentos não têm effeito *erga omnes*, porque não são conhecimentos regulares; só ligam as partes contractantes, isto é, por semelhantes documentos uma das partes obriga-se a transportar a mercadoria logo que possa, conforme a carta-partida, si existir, ou conforme o uso do lugar (1).

349. QUALIDADE E QUANTIDADE DA CARGA E ANNOTAÇÕES MARGINAES. Por qualidade da mercadoria da carga não se deve entender a sua bôa ou má qualidade; porque, nada garante o capitão a este respeito e sim a sua especie particular, como, tractando-se do trasporte de vinho, deve-se especificar si o vinho é de Bordeaux ou Bourgogne (2).

A lei belga de 1879, art. 40, supprimiu a especificação da qualidade da mercadoria da carga; para justificar essa suppressão invocou-se a representação da camara de com-

(1) Vide *Pandectes belgæ* l. cit. n. 79.

(2) Laurin á Cresp. t. II p. 140, nota.

mercio de Rotterdam, que ponderava não se prestarem muitas mercadorias a uma designação específica, além de poder ser da conveniencia do afretador não fazer conhecer completamente as mercadorias da expedição, accrescentando o ministro da justiça, depois de citar o código allemão e o projecto francez: «parece tanto mais util de nos conformar com estes exemplos, quanto na pratica, os capitães não se entregam a uma verificação, para a qual muitas vezes não estariam habilitados e contra o que se acautelam por certas reservas; demais as partes ficam livres de fazerem mais precisas indicações, si nisso tiverem particular interesse (1).

O capitão não póde verificar o estado interior dos recipientes; si elle recebe pipas de vinho, saccas de café, não tem que abrir as pipas ou descoser as saccas para verificar si com effeito existe o vinho ou o café que os carregadores affirmam existir, nem tão pouco respondem pelos vicios occultos da mercadoria; e, como dizia Valin, o capitão não responde pela qualidade específica, interior e não apparente; para evitar surpresas, costumam conter os conhecimentos estas clausulas — *sem approvar*, — *que diz ser*.

E' claro que si o capitão é connivente na falsa declaração do conteúdo dos recipientes, responde com o carregador pelo dolo commettido.

Assim tambem, o capitão deve verificar o acondicionamento das mercadorias da carga, sem que responda pela solidez dos recipientes.

A menção da quantidade se faz pela declaração do número, peso ou medida da mercadoria.

(1) Vide *Pandectes Belges* l. c. n. 34.

E' costume admittir-se uma certa tolerancia em favor do capitão que não incorrer em culpa, quando se acha differença entre a quantidade recebida e a entregue, em razão dos erros possiveis quando se peza ou se mede a mercadoria ao embarcar, sendo reputados consequencias inevitaveis da viagem, é o que se chama *freinte* em Anvers (1).

A respeito da tolerancia que se deve ter para com o capitão neste caso, diz Silva Lisbôa (2), o pouco reputa-se por nada, não se deve tractar o capitão com a dureza de um inimigo, *nec amare nec tanquam infestos*.

A designação da quantidade tem sobretudo influencia sobre a repartição proporcional das mercadorias da mesma especie, mas de differentes donos, quando ellas se misturam ou ha faltas, casos em que são divididos rateadamente pelos carregadores, conforme as quantidades que os conhecimentos indicarem. Esta enunciação tambem serve para determinar a importancia do frete, quando este é baseado na quantidade que o conhecimento indicar.

Para salvar sua responsabilidade em faltas possiveis na quantidade, que não possam ser imputaveis ao capitão, é de uso declarar este nos conhecimentos — peso e medida desconhecidos, não obstante a declaração de peso e medida determinadas pelo carregador, o qual acceitando a clausula do capitão induz modificar a declaração feita: Cod. do Com. art. 582.

(1) Vide *Pandectes Belges* vb. *Capitaine* n. 582. e segg. Abi encontra-se interessante noticia sobre diversas medidas estrangeiras e sobre as differentes tabellas de *freinte*.

(2) *Princípios de Direito Mercantil*—t. II tratado 6º pag. 671—sexta edição pelo senador Candido Mendes de Almeida.

350. MARCAS E NUMEROS. A' margem dos conhecimentos devem ser annotados as marcas e os numeros da mercadoria.

Esta enumeração tem por fim especificar, particularmente, a mercadoria, impedindo que se confunda com outras diferentes ou da mesma especie, mas de donos diversos.

Comprehende-se facilmente que as marcas não sejam essenciaes quando não haja no navio mercadoria da mesma especie pertencente a differentes carregadores, ou quando uma determinada praça ou compartimento do navio seja especialmente tomado por um carregador; mas, fôra aqui o caso de applicar o brocardo—o que abunda não prejudica

351. OS LUGARES DE PARTIDA E DESTINO COM AS ESCALAS (HAVENDO-AS). Esta enunciação tem importancia; porque, de um lado, entende directamente com a responsabilidade do capitão, quanto á obrigação de conservar a carga, de outro lado, o carregador fica sabendo para onde deve dirigir sua attenção quanto ao recebimento da carga.

E' licito estipular-se que o navio irá receber em um porto chamado de ordens—as instrucções que o capitão tem de seguir na viagem emprehendida.

Este porto, assim como o de escalas, quando estas existam, devem ser expressos no conhecimento.

352. O FRETE, A PRIMAGEM SI HOVER, O LUGAR E FORMA DE PAGAMENTO. Não se deve presumir o transporte gratuito da mercadoria, por isso o Codigo do Commercio manda que se declare o frete e primagem do capitão, quando ajustada.

Isto não embaraça que o frete seja pago dantemão, ou que a carga seja transportada por conta ou em solução de alguma divida do armador.

Cabe aqui fazer a mesma ponderação que fizemos quando tractámos das enunciações da carta-partida (1), isto é que a omissão ou insufficiencia das declarações que deve ter todo o conhecimento não acarreta a nullidade deste documento, uma vez que não tenham sido motivadas por dolo ou fraude lesivas de direitos e seus termos essenciaes tenham sido observados ; porque, os escriptos são feitos para serem cumpridos.

353. OUTRAS CLAUSULAS CONDICIONAES. A enumeração dos requisitos que a lei exige não é limitativa e por isso não exclue outros que a vontade licita das partes possa suggerir, uma vez que se relacionem com a materia ; como si o capitão exigir—que no conhecimento se insira a clausula concernente a sobrestadia (2) , ou a de transportar a mercadoria, estando completo o carregamento, quando está o navio á colheita (3).

O nosso Codigo do Commercio procedeu exemplificativamente ; porquanto, sem embargo dos dizeres que exige no art. 575, faculta outras clausulas, como a do art. 576: *segundo a carta de fretamento* ; pela qual a estipulação condicional ou especial da carta de fretamento fica fazendo parte do conhecimento.

354. Além dessa clausula, ha outras de geral uso, que são contempladas nos conhecimentos, como estas : — *quantidade, peso, medida ou conteúdo desconhecidos—que diz ser—livre de quebra—livre de escoamento* ; clausulas estas que não cobrem os actos culposos do capitão nem das pessoas

(1) Vide n. 295.

(2) *Prudectes Belges*, vb. *Connaissance* n. 89.

(3) Desjardins t. IV n. 918.

pelas quaes responde (1), só servindo para acautelar a sua bôa fé.

Algumas outras clausulas merecem ser lembradas, coa—*short shipped*, indicativa do transporte de alguma mercadoria brevemente. Esta clausula é usada nos conhecimentos que dá o capitão do navio pertencente a alguma companhia de navegação regular e serve para definir a responsabilidade que assume a mesma companhia de fazer seguir a mercadoria pelo navio que partir.

Nachmass vorbehalten, é outra clausula, usada e serve para preservar a responsabilidade do capitão contra a falta na medida que fôr achada.

A clausula da irresponsabilidade em proveito do capitão lançada no conhecimento só é licita por factos que não traduzam culpa e facto intencional do capitão; doutra sorte, fôra contravir ao principio—*nulla pactione effici potest ne dolus præstetur* do Dig. L. 27. § 3—*de pactis*; e neste caso, essa clausula só pôde ter o effeito de transferir para terceiro o onus da prova; isto é, ao que reclamar incumbirá provar a procedencia da arguição que fizer ao capitão (2).

Discute-se, porém, si essa clausula é licita em favor do dono ou do armador do navio.

355. Contra o valor dessa clausula allega-se:

1. Que essa clausula é offensiva das leis de ordem publica por favorecer o dolo e a fraude e pôr em perigo a segurança dos passageiros e da equipagem;
2. Que tal clausula contradiz a essencia do contracto de transporte; porque, si o armador, por intermedio do capitão,²⁰⁸

(1) Cod. do Com. art. 529.

(2) Vide Lyon-Caen e Renault ob. cit. t. V n. 747.

obriga-se a transportar a mercadoria, não pôde ao mesmo tempo deixar de obrigar-se por esse transporte, fóra dos casos de força maior;

3. Que o conhecimento representa a mercadoria e por isso serve de base a numerosas operações commerciaes, proporcionando ao credito maior desenvolvimento; e admittida a questionada clausula, envolverá esta graves perturbações de ordem juridica e economica.

356. Em contrario, muito juridicamente, pondera-se.

1. Que tanto não é offensiva das disposições de ordem publica a clausula em discussão, que as leis permitem o seguro do navio mesmo no caso de barataria do capitão (1); e si o armador pôde indirectamente, por meio de uma condição na apolice de seguro, evitar a responsabilidade da culpa do capitão e da gente de bordo, tambem pôde directamente escapar de tal responsabilidade, excluindo-a no contracto de fretamento ou no conhecimento;

2. Que a exoneração, contida na clausula controvertida, com quanto seja um affrouxamento do rigor do contracto, não induz contradicção na essencia do contracto de transporte; porque, a obrigação de transportar permanece inteira, havendo sómente a attenuação dessa obrigação contrabalancada pelas condições do preço, sem prejuizo, porém, da culpa aquiliana e da inherente ao delicto;

3. Que si o credito e as operações de commercio podem resentir-se dos effeitos da debatida clausula, não é menos certo que o navio por sua vez serve ás evoluções do credito, prestando garantia á execução dos contractos de transporte,

(1) Cod. do Comm. art 711 § 12.

accrescendo que os erros nas manobras da navegação constituem força maior, um risco marítimo, os quaes não são equiparaveis á culpa.

Releva notar que as condições actuaes da navegação não devem ser indifferentes no exame deste delicado assumpto.

Com effeito, as linhas de navegação, graças ao extraordinario movimento que lhes tem facilitado o vapor, desenvolvem hoje uma actividade prodigiosa; de sorte que, as praticas do tempo dos navios veleiros tiveram de ceder ás exigencias das novas fórmulas evolutivas; si outr'ora, os carregadores eram os que apresentavam aos capitães as formulas de seus contractos de transporte; presentemente, as companhias de navegação, têm impressos os conhecimentos e não raro em vez de os assignar os capitães são os agentes das companhias armadoras que os subscrevem (1).

357. Compenetradas da notoria vantagem que resultaria para os armadores e carregadores, diversas associações têm cogitado de uniformisar os conhecimentos para commum uso dos diversos paizes.

A associação internacional da codificação das leis das nações, reunida na cidade Liverpool em 1882 e na cidade de Hamburgo em 1885 formulou um conhecimento, sujeito ás

(1) Pondera Lejeune (cit. pelas Pandectes Belges vb. *Connaissance* n. 248): *Il est bon de se rappeler que les chargeurs se trouvent dans la situation la plus fâcheuse s'ils refusent un connaissance, et que le capitaine a tous les moyens de leur mettre le couteau sur la gorge. Il faut des connaissances pour les joindre aux traites et aux factures, faute de quoi les traites ne seront pas acceptées et les factures ne seront payées. Un pareil fait serait souvent la ruine et le déshonneur pour le chargeur. S'il n'accepte point les connaissances formulés, on ne signera pas ceux qu'il présente, et, s'il proteste, il apprendra que le vapeur est parti en lui brûlant la politesse et lui laissant les mains vides... Entre deux maux, le chargeur choisit le moindre; il juge, avec raison, que mieux vaut avoir un connaissance irrégulier que de n'en pas avoir du tout, ou de faire un procès, dont il n'a pas le temps d'attendre l'issue, 109*
Vide infra n. 363.

regras de fretamento de Hamburgo, na primeira das quaes se declarava a responsabilidade do armador pela arrumação e bôa entrega da carga, pela barataria, culpa e negligencia do capitão, excluído o erro de apreciação deste, dos officiaes e mais gente de bordo ; idéa que não prevaleceu.

O congresso internacional de Anvers, em sua reunião de Setembro de 1885 na resolução n. 16, depois de declarar as enunciações que deve ter o conhecimento, diz : «o conhecimento estabelece entre o capitão e o carregador uma presumpção exclusiva de toda a prova em contrario, excepto o caso de dolo ; ao terceiro portador não pôde o capitão oppor o dolo do carregador ; a prova contraria do que enuncia o conhecimento é permittida a terceiros e especialmente aos seguradores, mesmo na ausencia do dolo» .

Em sua segunda reunião, na cidade de Bruxellas em Outubro de 1888, o congresso depois de estabelecer que «em principio, o fretador responde pela perda e pelas avarias do carregamento, a menos que não se prove provir de força maior, vicio proprio da cousa ou da culpa do afretador», acrescenta, «as partes poderão não obstante derogar esta responsabilidade, por clausulas especiaes insertas nos conhecimentos ; mas essa clausula nunca será concernente : 1º aos actos ou negligencias que possa comprometter o perfeito estado de navegabilidade do navio ; 2º á arrumação, guarda, tractamento ou entrega da carga ; 3º aos actos ou á negligencia do capitão, da equipagem ou dos prepostos do fretador, que tiverem o character de culpa lata. De mais é vedado ao fretador e ao capitão exonerarem-se das consequencias de sua culpa pessoal» .

No congresso de Genova (26 de Setembro á 7 de Outubro de 1892) a commissão da 2ª secção propoz que

a discussão versasse sobre o modelo de um conhecimento baseado nas regras de Hamburgo e Bremen, tendo sido adoptadas sobre a materia as seguintes regras:

- «15^a. Contendo o conhecimento as clausulas—*que diz ser, peso e medida desconhecidos* ou outra qualquer equivalente ; o capitão fica exonerado de responder pela não conformidade quanto ao conteúdo, peso ou medida, etc. das mercadorias com as indicações assignaladas no conhecimento. Mas o consignatario terá sempre o direito de provar o conteúdo, o peso, a medida das mercadorias embarcadas.
- 18^a. As clausulas—*livre de quebra—livre de avarias,— livre de derramamento* ou outra qualquer, terão por effeito exonerar o capitão da obrigação de responder pela fractura de objectos frageis ou sujeitos a facil deterioração ou derramamento, a menos que se prove culpa do capitão ou de pessoa da equipagem.
- 19^a. A assignatura lançada no conhecimento, em lugar do capitão pelos armadores ou seus representantes, não poderá em caso algum ser invocada com o fim de tornar os armadores pessoalmente responsaveis pelos factos do capitão ou de qualquer outra pessoa da equipagem na execução do contracto ».

Divergem as praticas estrangeiras sobre a validade da clausula de irresponsabilidade, de que temos tractado.

Na Inglaterra, na Allemanha, na Belgica, os tribunaes têm decidido em favor da validade desta clausula ; o contrario tem adoptado a jurisprudencia dos Estados-Unidos da America do Norte, com quanto penda o projecto de lei de 1893 propondo que o armador não fique sujeito á culpa nautica do

capitão e sim á resultante de seu character de agente commercial do armador ou da responsabilidade que lhe cabe quanto ao estado do navio no momento da partida (1).

A' camara dos deputados, na França, foi apresentado um projecto de lei, em 22 de Outubro de 1895, tendo por objecto declarar nullas as clausulas de conhecimentos relativas á diminuição ou eliminação da obrigação de entregarem os armadores as mercadorias no estado em que as receberem, salvo os casos fortuitos ou de força maior. Esta proposição levantou vivos protestos da parte de varias companhias de navegação, prophetizando ellas a decadencia da navegação franceza si passar esse projecto ; e muitas camaras de commercio, entre as quaes a de Paris, representaram no sentido de conservar-se o antigo estado de cousas. Em uma Revista franceza (2) se dá noticia das reclamações feitas contra o alludido projecto, onde se lê a tal respeito o seguinte: tudo se reduz a saber si é ao carregador, após haver assignado o conhecimento, que incumbe o cuidado de garantir-se pelo seguro contra a barataria, ou si pelo contrario, não seria mais avisado obrigar o armador á garantir-se por esse modo, tanto pelo valor do seu navio como pela reclamação a que o expõe a culpa do respectivo capitão. Por qualquer das duas combinações os seguradores farão as mesmas receitas e os carregadores supportarão as mesmas despesas com o transporte. Si o armador responde por seu capitão e deve acautelarse contra a culpa deste, elle fará entrar no frete o premio do seguro que effectuar ; não assim, si elle

(1) Vide Lyon-Caen e Renault, ob. cit., t. V, n. 747 bis.

(2) *Annales de droit commercial français, étranger et international* par M. E. Thaller, M. R. Saleilles, M. Paul Fauchille, M. Albert Wahl, M. Paul Pic Comité de Rédaction n. 5, de 1896, pag. 400 e segg.

exonerar-se da responsabilidade da culpa do capitão; mas, então o carregador supportará o premio do seguro á parte e afinal chegar-se-ha a um identico resultado. O frete parecerá menos caro no primeiro caso, mas será méra illusão; o escriptor prefere o segundo processo, por ser mais natural e mais consentaneo com a equidade.

358. Em alguns conhecimentos se costuma exarar a clausula pela qual a reclamação que tenha de se fazer deverá ser apresentada á justiça do porto da carga (1).

Esta clausula é perfeitamente licita, ainda que se tracte de companhias estrangeiras com agentes que por ellas respondam no Brazil.

Com effeito, ás partes contractantes é licito estipular o fôro do contracto; o art. 62 do Reg. n. 737 de 1850 diz:— «obrigando-se a parte expressamente a responder em lugar certo, ahi será demandada, salvo si o autor preferir o fôro do domicilio».

Lê-se nos *Annales de droit commercial* (2)—«é regular a clausula do conhecimento attribuindo competencia exclusiva a um tribunal, mesmo estrangeiro. Tal clausula póde ser invocada pelo consignatario do navio, citado pessoalmente por uma falta, imputavel ao armador».

(1) Lê-se no conhecimento da *Hamburg-Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft* a seguinte clausula:

«Ansprüche wegen ungenügender oder unterlassener Ablieferung sind mit der Rhederei in Hamburg unter Vorlegung einer Bescheinigung des Vertreters der Rhederei am Bestimmungsort, nach deutschem Rechte unter Ausschluss jeglichen Verfahrens vor fremden Gerichten zu ordnen».

Reclamações por insufficiencias ou faltas na entrega são com os armadores em Hamburgo mediante apresentação de attestado do representante dos armadores no lugar do destino, conforme o direito allemão e com exclusão de qualquer procediment da justiça estrangeira para resolver o caso.

(2) Anno de 1896 n. 6, mez de Dezembro.

O decreto n. 4.955 de 4 de Maio de 1872 art. 9 diz que os agentes das companhias responsabilisar-se-hão por qualquer multa ou direito, que, em virtude dos regulamentos fiscaes, forem devidos pelos commandantes afim de evitar-se demora no desembarque dos vapores; este decreto do poder executivo, porém, só refere-se a exigencias fiscaes, não entende com os principios de competencia judiciaria, para o que seria inoperante.

Não contraria este pensamento nem o art. 628 do Codigo do Commercio, que prescreve que o contracto de fretamento de m navio estrangeiro, exequivel no Brazil, é determinado e julgado pelas regras estabelecidas no mesmo Codigo, quer tenha sido ajustado no Brazil ou em paiz estrangeiro, nem o art. 4 do Reg. n. 737 de 1850, quando diz—os contractos commerciaes, ajustados em paiz estrangeiro, mas exequiveis no Brazil, serão regulados e julgados conforme a legislação commercial brasileira; porquanto, as leis do Brazil consagram a estipulação do fôro do contracto, como se vê da Ord. do L. 3 tit. 6, e do citado Reg. n. 737 de 1850 arts. 62 e 64.

Consequentemente, em estipular-se em um conhecimento que o fôro de um paiz estrangeiro é o competente para determinar e julgar da entrega das mercadorias nelle enunciadas, não ha clausula illegal, ha, pelo contrario, a mais completa conformação com os principios recebidos na legislação processual vigente.

E' commum nos conhecimentos estipular-se a clausula, pela qual serão observadas as regras de York e Anvers (1).

(1) Vide o appendice no 2º tomo.

SECÇÃO IV

CRIAÇÃO OU EMISSÃO DO CONHECIMENTO

359. O conhecimento é expedido em mais de um exemplar, tendo todos os mesmos teor e data, com o respectivo numero, ficando um com o capitão, que assignará todos, e os outros com o carregador : Cod. do Com. art. 577.

O nosso Codigo não determina o numero das vias dos conhecimentos que devem ser expedidas ; mandando que sejam assignadas tantas quantas quizer o carregador, dentro de vinte quatro horas depois de ultimada a carga, sendo resgatados os recibos provisórios : Cod. do Com. arts. 577 e 578.

O codigo do commercio da França no art. 282 manda que de cada conhecimento se façam quatro originaes, um para o carregador, um para aquelle a quem são dirigidas as mercadorias, um para o capitão, um para o armador do navio.

Cada uma destas pessoas, dizem Lyon-Caen e Renault (1), tem interesse em possuir um exemplar do conhecimento : o carregador tem nelle meio de justificar que mercadorias foram embarcadas, e, si o conhecimento é á sua ordem, — a faculdade de as vender ou dal-as em penhor, emquanto estam em caminho; o destinatario, póde assim fazer entregar-lhe as mercadorias e verificar si as mercadorias entregues são aquellas mesmas que foram carregadas; o capitão tem tambem

(1) *Traité* t. V. n. 702.

nelle um titulo que permite-lhe reclamar o pagamento do frete e provar que cumpriu com as suas obrigações, além de ter o papel de bordo exigido por lei; o armador por elle conhece seus direitos e fica em condições de ajustar contas com o capitão que tiver recebido frete.

A lei belga de 1879 art. 41 exige tambem que de cada conhecimento se façam pelo menos quatro exemplares; mas accrescenta: «quando ha muitos exemplares de conhecimentos para aquelle a quem as mercadorias são endereçadas, cada um desses exemplares enuncia si é feito por primeiro, por segundo ou por terceiro, etc.».

O exemplar destinado ao capitão é assignado pelo carregador, os outros pelo capitão. O codigo da Italia arts. 554, 277 e 278, contem as mesmas providencias e determina que em cada exemplar se declare a pessoa a quem é destinado. O codigo da Hespanha art. 707, dispõe: «Do conhecimento primordial se tirarão quatro exemplares de igual teor e todos serão firmados pelo capitão e pelo carregador. Destes o carregador conservará um e remetterá outro para o consignatario; o capitão tomará dois, um para si e o outro para o armador. Além destes poderão ser passados tantos quantos julguem necessarios os interessados; sendo, porem, á ordem ou ao portador, se declarará em todos os exemplares quer dos quattros primeiros, quer dos ulteriores o destino de cada um, enunciando si é para o armador, para o capitão, para o carregador ou para o consignatario. Si o exemplar destinado a este ultimo se duplicar, será isto expresso nelle, assim como que só valerá na falta do primeiro».

Não obstante o numero de exemplares que se faz de cada conhecimento, todavia o contracto é só um, o do transporte da mercadoria; mas, os diferentes direitos e obri-

gações que resultam do instrumento do contracto faz nascer a conveniencia da expedição de mais de uma via ou exemplar do mesmo instrumento, sem o intuito de multiplicar-lhe os effeitos ; tanto assim que a lei não liga sancção especial á falta dos exemplares permittidos do conhecimento expedido.

Carmouche entende que o original do destinatario é o unico e verdadeiro conhecimento, do qual os outros são cópias ; porque, o conhecimento só origina uma obrigação unilateral da parte do capitão ; mas, essa theoria carece de valor juridico e não tem interesse pratico, certo como é que o conhecimento, conforme ficou dicto, exprime a existencia de um contracto de transporte (1).

Cumprê não confundir os effeitos dos differentes exemplares de um só conhecimento ; certamente o effeito da livre disposição que do seu exemplar pôde fazer o destinatario ou o carregador não se identifica com o effeito que se liga ao que fica em poder do capitão, além de tudo para servir á exigencia das leis fiscaes.

A letra de cambio é passada tambem em differentes vias, facto este que não faz ver em cada exemplar as linhas formativas de differentes contractos.

A integridade do conhecimento, não obstante os exemplares expedidos e qualquer que seja a sua natureza, mantem-se desde que o carregador mantiver a consignação nelle feita ; si o carregador quizer variar de consignação, deverá entregar ao capitão todas as vias que este houver assignado ; si o capitão assignar novos conhecimentos sem ter recolhido todas as vias do primeiro, ficará responsavel para com os portadores legitimos que se apresentarem a exigir a mer-

(1) Vide *Pandectes Belges* vb. *Connaissement* n. 135.

cadoria de que rezarem os conhecimentos exhibidos: é o que providencia o nosso Codigo no art. 579, assim como o da Hespanha art. 712, do Chile art. 1.053, do Mexico art. 787.

Si houver perda ou extravio de todos os exemplares do conhecimento, nem por isso ficam prejudicados os direitos e obrigações d'elle resultantes; porquanto, como bem advertem Lyon-Caem e Renault (1) o carregamento é um facto sujeito á prova legal, quando forem perdidos ou extraviados, estes factos tambem são sujeitos á prova.

O dec. 149-B de 20 de Julho de 1893, dispondo sobre o desapossamento involuntario dos titulos ao portador e meios de obter novos titulos, especifica no art. 16 varios desses, titulos excluindo os conhecimentos ao portador; esta exclusão, ao ver do Dr. Inglez de Souza (2), explica-se ou pela natureza especial desses papeis e condições particulares a que estão sujeitos, e que não lhes permitem a morosidade do processo de opposição; ou pela relativa insignificancia, que não tolera as despezas do processo. Si as duas primeiras razões podem ser acceitas, não assim a ultima; porque, conhecimentos ha de quantiosos valores; e neste caso, o recurso é o meio commum. Na alfandega costuma-se despachar a mercadoria mediante fiança.

SECÇÃO V

FUNÇÕES DO CONHECIMENTO

360. As funções do conhecimento são juridicas e economicas.

(1) ob. cit. t. v. n. 711.

(2) Titulos ao portador n. 189.

361. A sua função jurídica consiste na summa dos direitos e obrigações que se concretisam nesse documento, conforme as regras estabelecidas pela lei.

362. A sua função economica manifesta-se no multifario fim da sua negociação, como instrumento de circulação, facilitado pela rapidez de seus movimentos, servindo aos movimentos do credito.

O nosso Codigo do Commercio no art. 587 exprime essas duas funções dizendo que o conhecimento é transferivel e negociavel.

Si o direito é vigilante, estabelecendo regras sobre as relações jurídicas que se elam ao conhecimento; a sciencia economica delle se occupa, para mostrar que é um dos melhores instrumentos de credito, por sua, por assim dizer, fungibilidade.

As funções jurídicas e economicas do conhecimento revelam-se no estudo de sua triplice fôrma: conforme for á pessoa simplesmente determinada, com clausula á ordem ou ao portador e nos respectivos effeitos.

363. O conhecimento tambem costuma acompanhar a letra de cambio ou effeito commercial, quando com elle joga o pagamento do saque constante da mesma letra, que neste caso chama-se letra *documentaria, traite documentaire*.

Ordinariamente a letra documentaria envolve a idéa de tres documentos conjunctos: a letra de cambio, o conhecimento e a apolice de seguro. Eis como se pratica:

Um negociante embarca mercadorias, em um navio, de cujo capitão obtem um conhecimento á ordem. Precisanlo de dinheiro no lugar a que destina as suas mercadorias, esse negociante sacca uma letra de cambio contra outro negociante do lugar do destino, cujo vencimento coincida com a da¹⁰

chegada das mercadorias, para cuja garantia endossa-lhe o conhecimento e bem assim a apolice do seguro (à ordem) das mesmas mercadorias.

De sorte que, o saccado pelo facto de receber o conhecimento e a apolice do seguro tem em suas mãos as mercadorias das quaes pôde dispôr e applicar o seu producto ao pagamento da lettra que houver acceito (1).

Esta operação recebe varias applicações na pratica e está em uso desde remoto tempo. Paul Jonquière (2) dá por extenso um documento datado de Marselha, em 2 de Abril de 1227, no qual Alfaquin, musulmano de Alexandria declara ter comprado a Bernard de Manduel, diversas mercadorias, pelo preço de 135 bezantes de velhos millarenses (*CXXXV bisantios bonorum millorensiu veterum recti ponderis*) obrigando-se a pagar esta somma em Ceuta, a seu credor ou á sua ordem, vinte dias após a chegada do navio *Le Faucon*.

O uso dos effeitos documentarios não se tem limitado ás operações entre carregadores, compradores e vendedores de mercadorias e descontadores de titulos a que servem de garantia o conhecimento e a apolice de seguro de faculdades; Paul Jonquière (3) dá noticia da pratica do capitão de navio em viagem que, em averiguada necessidade, toma dinheiro por emprestimo para occorrer á reparações do navio do seu commando ou para attender a faltas ou avarias de mercadorias da carga; neste caso, o capitão subscrive um escripto á ordem, dando em penhor o navio e o frete ao

(1) Vide n. 382.

(2) *Des Traités documentaires* pag. 14.

(3) *Ob. cit.*, pag. 18.

mutuante, junctando a apolice de seguro sobre o corpo e sobre as facultades, bem como o conhecimento das mercadorias, por cuja conta é contrahido o emprestimo. Este escripto á ordem e os documentos que o acompanham constituem tambem um effeito documentario: é descontado por banqueiros, endossado a outros que encarregam-se de effectuar a cobrança (1).

Das tres peças essenciaes do titulo documentario: a letra de cambio, o conhecimento e a apolice de seguro; as outras peças accessorias costumam seguir com aquellas outras, á saber: o certificado do penhor, a carta de aviso, o compromisso de fazer chegar ás mãos do saccado todos os exemplares do conhecimento e as duplicatas, a factura consular

(1) Eis aqui um modelo destes documentos:

Disbursements

L. 481: 6: 3 Stg.

Galveston, Texas, Nov. 5.th 1897.

Three days after arrival, or sixty days after date (whichever occurs first), or upon collection of the freight, if sooner made, of the .. British S.S. Vala... under my command, at the port of .. Havre, France .. or any other place at which her voyage may terminate,

I promise to pay to the order of... myself —... the sum of... Four hundred and eighty one pounds 6/3. . British Sterling, in approved BANKERS, DEMAND BILL ON LONDON, for value received, for necessary disbursements owed by my vessel at this port, for the payment of which I hereby pledge my vessel and her freight, and I hereby assign to the legal holder of this obligation all my lien and claim against freight, vessel and owners, with power to take in my name any and all steps necessary to enforce the same; and my consignees at Port of Discharge are hereby instructed to pay this obligation and deduct the amount thereof from the freight due said vessel: in case of non payment, the holder shall also be entitled to the benefit of all liens in law, equity or admiralty, which the master or owners of the vessel may be entitled to, against any part of the cargo or its owners, for freight, compress or other charges on cargo paid by the vessel or master at the port of loading.

This claim to have priority of payment over all others that may be presented against the said freight and vessel.

My vessel is now lying of the Port of GALVESTON, loaded with... cotton... 195 and ready to sail for Havre, France...

SIGNED IN TRIPPLICATE, one being accomplished, the others stand void.

J. S...

MASTER OF S. S. VALA.

(conforme o caso), a factura ordinaria, a conta das despesas, o certificado da classificação das mercadorias segundo sua origem e qualidade, além de outros certificados (como os relativos á inspecção de carnes, cereaes).

Uma questão se ventila : constitue provisão de fundo as mercadorias constantes do conhecimento que faz parte do effeito documentario, para pagamento do mesmo effeito ?

Por outra, a provisão de fundos da letra de cambio de ser fornecida ou consistir em mercadorias ?

Os escriptores não estão de acôrdo.

Boistel (1) Paul Jonquière (2) contestam a possibilidade da provisão em mercadorias ; Lyon-Caen e Ranault (3) admittem-na, Thaller (4) pondera que o saccado, consignatario do saccador que conserva as mercadorias consignadas em seus armazens, esperando a oportunidade da venda, não é devedor de dinheiro ao saccador, mas pôde-se dizer que a provisão, mesmo então, reside em um credito de dinheiro, que é uma abertura de credito feita pelo commissario ao committente, com penhor da mercadoria ; sendo possivel estabelecer uma concordancia entre esta especie de provisão e a definição do art. 116 (5) e concluir que a letra de cambio saccada sobre uma casa de consignação tem uma base solida e honesta.

O nosso Codigo, art. 368, diz : «Entende-se que existe sufficiente provisão de fundos em poder do saccado, quando este, ao tempo de vencimento, é devedor ao saccador, ou

(1) *Précis de droit commercial* 3.^{me} éd. n. 775.

(2) *Ob. cit.* pag 54.

(3) *Ob. cit.* t. 4 n. 186 e nota 1.

(4) *Ob. cit.* n. 1.159.

(5) O codigo commercial de França, neste art. 116, diz : « Il y a provi-
sion, si, à l'échéance de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie est
redevable au tireur, ou à celui pour le compte de qui est tirée, d'une somme
au moins égale au montant de la lettre de change ».

aquelle por conta de quem a letra fôr passada, de quantia ao menos igual, ou quando qualquer dos dois tiver credito aberto pelo saccado que baste para o pagamento da letra (392) ».

Si o rigor dos principios, sob censura do *summum jus summum injuria*, pode-se entender que exclue a provisão em mercadorias, na especie vertente; todavia, não se póde negar que aquelle que recebe mercadorias, destinadas á garantia do pagamento da letra de cambio documentaria, de algum modo se póde equiparar á aquelle que abre credito, á aquelle que autorisa o saque, nos termos do art. 392 do nosso Codigo; pois, doutra sorte fôra-lhe licito recusar o endosso do conhecimento e da apolice de seguro das mercadorias consignadas.

SECÇÃO VI

EFFEITOS DO CONHECIMENTO

364. São varios os effeitos do conhecimento, como seguimos a enumerar:

1. O conhecimento vale como escriptura publica: Cod. do Comm. art. 587; Reg. n. 737 de 1850 arts. 140 § 1, 217 § 5; *dec.* n. 848 de 1890 art. 176.

2. O conhecimento faz prova do que nelle se contem entre os que no mesmo figuram e tambem em relação a terceiros, como os seguradores e os que emprestam á risco maritimo, salvo prova em contrario: Cod. do Com. art. 586.

3. Sem sua exhibição nas acções que houverem de ser intentadas, estas são inadmissiveis. Os recibos provisorios ²¹⁶

que o capitão passa antes de ultimada a carga não supprem a falta do conhecimento; excepto:

a) Si provar-se que o carregador diligenciou obter o conhecimento e não logrou conseguil-o por ter o navio partido sem que o capitão o houvesse assignado, sendo interposto o protesto nos tres dias uteis que se seguirem á sahida do navio, citado o armador, consignatario, ou outro qualquer interessado e na falta deste, feita a citação edital;

b) Si a carga soffrer algum sinistro, antes de poder ser assignado o conhecimento pelo capitão, tractando-se de uma acção de seguros de que fosse objecto a carga: Cod. do Com. art. 589, Reg. n. 737 de 1850 art. 720 § 1.

Releva, porem, notar que si o conhecimento é essencial e sem elle é inadmissivel em juizo qualquer acção, cuja intenção nelle se funde, como fica dicto; todavia, si o conhecimento foi expedido, mas veiu á extraviar-se ou foi destruido, este facto é susceptivel de prova; e averignado que o conhecimento perdeu-se ou eliminou-se e que a mercadoria foi recebida a bordo do navio, o que se pôde provar com os manifestos de entrada e sahida, com os depoimentos da tripulação etc., não ha como impedir que a acção do interessado seja iniciada e prosiga.

A perda do instrumento não induz a extincção da substancia do contracto; podendo a verdade delle supprir-se por outras provas, o que se estende ainda ao caso de ser o instrumento necessario para a substancia do contracto; pois, tracta-se de conservar o direito adquirido que seria iniquo perder-se pela perda do instrumento, como diz Pereira e Souza (1).

(1) *Primeiras linhas sobre o processo civil* § 222 e nota 425, Vide Ord. L. 1 tit. 78 § 19, L. 3 tit. 60 § 6.

Si o objecto de escriptura publica pôde ser reconstituido por provas legaes, quando desaparece o instrumento, sendo o instrumento assim reformado navido por authenticico, fazendo toda a fê, com direito á acção que lhe compete (1); si os autos perdidos são reformados (2), é consequente que o conhecimento, quando perdido, pôde ser restabelecido quanto ao que nelle se continha.

4. A transferencia da propriedade ou simplesmente da posse do conhecimento depende da sua natureza, isto é, si é a pessoa determinada, si tem a clausula á ordem ou é ao portador (3).

A transferencia da propriedade do conhecimento importa a sua alienação; a transferencia da posse entende com a segurança de que o conhecimento possa ser objecto, como o penhor ou outro qualquer intuito jurídico, qual o mandato.

365. Si o conhecimento é á pessoa determinada, a transferencia da sua propriedade ou posse faz-se pelos meios ordinarios, *servata juris forma* (4).

366. O conhecimento que tiver a clausula á ordem é transferivel e negociavel por endosso: é o que preceitúa o art. 587 do Codigo do Commercio.

A palavra transferivel importa a transferencia da mercadoria, é a sua função jurídica; a palavra negociavel, segundo Ferreira Borges, (5) exprime o mesmo que vender,

(1) Ord. L. 3 tit. 60 § 6

(2) Assento de 23 de Maio de 1773, *dec.* n. 848 de 11 de Outubro de 1890.

(3) Vide supra n. 346.

(4) Cod. do Com., art. 121, lei n. 70 de 26 de Agosto de 1892 arts. 2 e 3 117

(5) *Diccionario Jurídico Commercial* vb. *Negociação*.

cambiar, endossar, transportar o valor por qualquer operação commercial (1).

O projecto do nosso actual Codigo no art. 847, accrescentava «os endossos só podem ser assignados no verso do conhecimento»: *dorso inscribi solet*, como diz Heinnecius (2).

O Codigo art. 361 n. 1 exige tambem que o endosso seja escripto nas costas do titulo.

Quando necessario, annexa-se ao conhecimento um papel onde possam ser lançados os endossos, o que succede quando por haver já outros endossos não ha mais espaço no conhecimento para nelle se escreverem os novos endossos: é o que os francezes chamam *allonge* nas lettras de cambio.

Esta formula magica—*à ordem*, tem por effeito dispensar de chofre as lentas formalidades e contingencias do direito civil, é um asylo contra o formalismo, como se exprime Raoul de la Grasserie (3).

Com essa menção no conhecimento, é este como que repruzido, desde que se escreve o nome daquelle a quem destina-se a mercadoria nelle declarada; relevando notar que a clausulã *à ordem* não é sacramental; pois, não exclue phrase equivalente.

Com effeito, si o endosso, no regimen cambiario, opera o effeito de um novo contracto de emissão, como quer Vidari

(1) Lê-se em Boiste *Pan-Lexique-Dictionnaire Complet des Synonymes*, vb. Commerce — o seguinte :

Commerce. négoce, trafic. Le commerce est l'échange de valeurs par valeurs; le négoce est une partie du commerce exercé par des gens voués à cette profession; le trafic fait passer les marchandises de mains en mains; c'est le service du négoce. Une nation fait le commerce; une compagnie fait un négoce; un revendeur fait le trafic.

(2) *Elementa juris cambi c. 2. n. 27.*

(3) *De la Réforme hypothécaire* pag. 102.

(1) e explica Thöl (2), podemos, parodiando os dois eminentes commercialistas, afirmar que o endosso nos conhecimentos á ordem é por assim dizer a sua renovação para os fins a que possa ser applicado.

E' neste ponto de vista, que mais nitidamente se mostra a analogia, que guarda o conhecimento da carga com o conhecimento do deposito e *warrant* das alfandegas e companhias de docas sobre mercadorias de importação e exportação, depositadas em seus armazens (3).

Desde que o conhecimento com clausula á ordem é endossavel, são-lhe applicaveis as disciplinas compatíveis do endosso, compendiadas no Codigo do Commercio arts. 360 a 364.

367. Ha varias especies de endosso :

- endosso regular ou completo,
- endosso em branco,
- endosso mandato,
- endosso caução ou penhor,
- endosso cessão.

368. No endosso completo, devem haver os seguintes requesitos (4) :

- a) ser escripto nas costas do conhecimento,
- b) ter a data do dia em que é feito,
- c) conter a declaração do nome a cuja ordem se deve entregar a mercadoria,
- d) expressar o valor recebido.

(1) *Cors di diritto commerciale* t. VII n. 3 839.

(2) *Trat. Diritto Com trad.* de A. Marghieri t. II § 105.

(3) Vide Dec. n. 1.746 de 13 de Outubro de 1869 art. 1º § 6º e Reg. 512 n. 2.502 de 1897.

(4) Cod. do Com. art. 361.

O effeito desta especie de endosso consiste: 1.º, em transferir a propriedade da mercadoria que o conhecimento representa, com todos os direitos que lhe são inherentes, em viagem, *loco mercis* ou no porto do seu destino; 2.º, em ser a mercadoria de que reza o conhecimento, uma verdadeira provisão de fundos antecipadamente feita dessa letra de cambio do mar; e é sempre um corpo certo, não só pelas marcas e outras designações que o conhecimento encerra, como ainda pelo nome do navio que transporta a mercadoria (1); 3.º, em valer como accete da mesma letra de cambio do mar a assignatura do capitão ou de quem o substitue legalmente, lançada no conhecimento (2).

Não decorre do endosso a solidariedade dos endossantes anteriores para com os posteriores até ao portador; nem o consequente protesto; porque, estas providencias pertencem ao rigor cambiario e não foram expressamente extendidas aos conhecimentos endossados; limitando-se o Codigo do Commercio no art. 587 a dizer: «o conhecimento sendo passado á ordem é transferivel e negociavel por via de endosso»; pois, se fosse intenção do legislador fazer tal ampliação procederia como fez com o contracto de dinheiro a risco ou cambio marítimo no art. 635.

Tanto mais procede este raciocinio quanto é certo que nem todo o endosso tem como apanagio a discutida solidariedade, como adiante veremos (3).

Convem notar que o Reg. n. 737 de 1850 tractando dos protestos de letras enumera entre os titulos sujeitos a pro-

(1) Delamarre et le Poitvin—*Traité théorique et pratique de droit commercial* t. V n. 44

(2) Touzaud, *Des effets de Commerce* p. 245.

(3) Cp. Cesare Vivante. *Trattato di Diritto Commerciale*. II n. 864.

testo — os conhecimentos de fretes passados á ordem e endossados, fazendo remissão ao art. 587 do Código do Commercio.

Esta disposição regulamentar não pôde exprimir a necessidade do protesto quanto a entrega da carga ; pois, é o proprio regulamento que allude ao frete, e neste caso só seria admissivel o protesto na singular hypothese de não ter sido pago o frete e a esse pagamento se recusasse o destinatario da carga, quando exigido pelo endossatario do conhecimento em poder do armador ou do capitão ; sómente é de advertir que o beneficiario da clausula á ordem costuma ser o carregador ou o destinatario da carga ; só restando ao capitão recorrer ao carregador (1) quando fica a descoberto pelo frete.

Accresce notar que excede da attribuição executiva de regulamentar, alterar por ampliação o texto da lei. Ora, em todo o Código não se encontra a exigencia do protesto do conhecimento, o mesmo Reg. n. 737 de 1850 não o enumerou entre os titulos que devem ser protestados ; portanto, semelhante protesto não é praticavel.

Entretanto, diz Massé (2) «as regras de solidariedade dos effeitos negociaveis se applicam ainda aos conhecimentos que o art. 281 do código do commercio permite fazer á ordem. O portador do conhecimento ao qual o capitão não entrega as mercadorias nelle mencionadas, tem recurso solidario contra os endossantes para pagamento do valor destas mercadorias, após o protesto feito em um prazo, que é impossivel determinar com antecipação de uma maneira uniforme e

(1) *Pandectes Belges* vb. *Connaissance* n. 22.

(2) *Le droit commercial* t. V n. 94 ed. 1846.

cujo vencimento depende das circumstancias e das convenções das partes».

E' inaceitavel a opinião de Massé.

Compreende-se que se podesse sustentar essa opinião deante do codigo do commercio da Italia art. 555, que diz o conhecimento pôde ser á ordem ou ao portador, e no primeiro caso a fórmula e os efeitos do endosso são regidos pelas disposições do titulo X do livro primeiro; e neste titulo tracta-se de todo o regimen cambiario.

Mas, nos codigos onde não foi assim legislado, não pôde ser adoptado aquelle sentimento.

E' assim que pensa Cesare Vivante (1), quando escreveu: a exclusão da responsabilidade solidaria dos endossantes de certos titulos resulta da observação — que quando o codigo quer attribuir esse effeito a determinados titulos dil-o expressamente com a phrase — «o seu endosso produz todos os effeitos do endosso cambiario» (2); resulta ainda com mais segurança da observação — que quando se quizesse conceder ao possuidor de qualquer titulo endossavel a acção regressiva, como é admittido na lettera de cambio, cumpriria fazel-a seguir de todo aquelle systema de fórmulas, de termos e de restricções que attenuam-lhe o excessivo rigor, cumpriria proteger a sorte dos endossantes, impondo ao possuidor do titulo a obrigação de constatar a falta da prestação com o protesto, de dar promptos avisos aos endossantes; de intentar a acção em brevissimo prazo, de aceitar pagamentos parciaes; mas, este systema de formalidades, de

(1) *Trattato di diritto Commerciale*. t. II, n. 864.

(2) Como fez com as guias de transporte (*lettere di vettura*) art. 389, conhecimentos (*polizze di carico*) art. 555, contractos de dinheiro a risco ou cambio maritimo (*prestili di cambio maritimo*), art. 592.

inflexíveis perdas de direito, divergentes do direito comum, não se podem applicar por força de analogia; e, pois deve-se concluir que o legislador não quer sobrecarregar os endossantes com a responsabilidade solidaria.

369. O endosso em branco, assim chamado por que não é declarado o nome do endossatario, é datada do dia em que é feito e assignado pelo endossante nas costas do conhecimento e contem a presumpção de ser passado á ordem com valor recebido: Cod. do Com. art. 362.

O effeito deste endosso é como o do endosso completo—transferir a propriedade das mercadorias pela presumpção que lhe cabe (1).

O codigo do commercio da França, art. 138 exclue esse effeito, só considerando o endosso em branco, como outorga de poderes a um procurador, que é o endossatario; admittem-no, os codigos da Italia art. 258, de Portugal art. 300, da Hespanha art. 465, do Chile art. 661, o codigo federal suíço art. 730, a lei belga de 1872 art. 27, a lei ingleza de 1882 art. 32, a lei allemã sobre o cambio art. 12; no artigo subsequente, diz essa lei: o portador da letra de cambio tem o direito de preencher os endossos em branco; podendo tambem, sem o preencher, reendossar. Os codigos da Italia e Portugal reproduzem a materia do art. 13 da lei allemã.

370. O endosso mandato é constituído pela declaração nas costas do conhecimento á ordem, sem menção de valor recebido ou em conta: Cod. do Com. art. 361—III.

Os effeitos desta especie de endosso são:

a) serem-lhe applicaveis as regras do mandato;

(1) Tem aqui applicação o que dissemos sobre a solidariedade e pro ²²⁰ esto.

- b) a reivindicação das mercadorias ou do seu valor na massa fallida do endossatario;
- c) a opposição ao endossatario dos meios de defesa allegaveis contra o endossante;

Neste assumpto em vista da diversidade das legislações, pôde occorrer o seguinte: um conhecimento de café é endossado em branco no Brazil com destino ao Havre; no Brazil essa especie de conhecimento, como já vimos, opera a transferencia da propriedade, não assim na França, onde o endosso em branco vale como procuração; que effeito se deve ligar a este conhecimento? Certamente o da transferencia da propriedade, que é o effeito que a lei do lugar, onde se fez o endosso, liga a esta especie do conhecimento: *locus regit actum*.

371. Pelo endosso pignoraticio, o conhecimento é trasferido em caução ou penhor, é uma verdadeira negociação (1).

Faz-se este endosso accrescentando-se no conhecimento endossado (sempre nas costas) a formula—em garantia ou outra equivalente. Muitas vezes o portador do conhecimento transfere-o por simples endosso em branco, constando de documento separado a razão desse endosso; e neste caso, o endosso *em branco*, que propriamente não o é, não transfere a propriedade. Seus effeitos são:

a) transferir a posse do conhecimento e portanto dos objectos que elle representa; pois, não ha penhor em regra sem a entrega da coisa movel ao credor: Cod. do Com. arts. 271 e 273;

(1) Vide *infra* n. 366.

b) constituir o endossatario um verdadeiro depositario sujeito ás respectivas obrigações: Cod. do Com. arts. 276 e 277;

c) importar uma subrogação legal, pela qual o endossatario pratica todos os actos necessarios para conservação do titulo e objecto que este representa, estando habilitado para receber a mercadoria: Cod. do Com. art. 277.

372. O endosso cessão tem lugar quando o conhecimento não tem clausula á ordem.

O effeito deste endosso confraternisa com os que acompanham a cessão dos creditos em geral: arg. do art. 364 combinado com o art. 587 doCodigo do Commercio.

373. O conhecimento póde ser ao portador. Nesta especie, o conhecimento não enuncia quem seja o destinatario.

E' seu dono quem o apresentar e sua transferencia opera-se pela méra tradição: *possession vaut titre*.

São menos frequentes os conhecimentos ao portador pelos abusos a que podem facilmente dar azo; mas, esta contingencia não deve excluir a livre pratica dos conhecimentos ao portador. Os governos, as leis não são tutores dos que contractam no dominio da vontade livre; para imporem preceitos de segurança a pessoas discricionariamente suspeitas de não possuirem a precisa attenção para evitar as machinações do dolo e da fraude.

374. A natureza juridica dos titulos ao portador tem sido objecto de renhido debate.

Em suas linhas geraes o titulo ao portador é um credito, oriundo de um pacto entre um devedor certo e um credor eventual, transmissivel pela simples tradição; daqui vem dizerem os juriconsultos que o consenso exteriorisa-se *litteris* ²²⁾ mas não *re et verbis*

Savigny (1) chama titulos ao portador (*auf den Inhaber*) aquelles pelos quaes um *jus persecuendi* pôde ser exercitado, não por determinada pessoa, mas por todo aquelle que se achar em uma certa situação em relação ao titulo, deixando de indagar si essa relação concerne á propriedade ou á posse; e partindo do principio de que não ha contracto possível estabelecendo vinculo juridico com pessoa indeterminada, pronuncia-se pela nullidade de semelhante criação; e examinando em sua natureza esses titulos os qualifica de verdadeiras *quantidades*, isto é, cousas que não tem um valor individual, sendo uma corporificação da obrigação.

Esta theoria é inaceitavel; porque, as limitações que os seus propugnadores estabelecem, muito concorrem para o seu descredito; accrescendo que si ao devedor não é facil averiguar a legitimidade do portador do titulo; si o credito ganha com a circulação dos titulos representativos dos valores; todavia, estas conveniencias não podem, por si só, ser erguidas á categoria de principios fundamentaes de direito com extensão a toda a sorte de relações juridicas, sob o amparo do direito privado.

Alem disso, essa theoria confunde o effeito com a significação juridica do titulo, olhando só para sua função economica, sem cogitar de seu aspecto juridico.

Outros, como Kuntze (2), consideram o titulo ao portador uma mercadoria.

E' igualmente insufficiente este conceito; por quanto, ainda que entre o titulo ao portador e a mercadoria existam

(1) *Droit des obligations*, Trad. de Gérardin e Jozon §§ 61 a 63.

(2) *Die Lehre von der Inhaber papieren* §§ 32 a 36.

certos caracteres ou permanências communs, como—serem objecto de commercio e—serem transmissiveis como mercadorias; com tudo, basta observar que a mercadoria propriamente dicta tem valor proprio e manente, é o resultado do trabalho e do capital, isto é, um producto economico, ao contrario do que se dá com o titulo ao portador que carece do valor especifico e só circula como representativo de valores em geral, para que se regeite tal doutrina.

Outros, como Souchay (1), equiparam o titulo ao portador á moeda.

E' igualmente insubsistente este sentimento; por isso que, si o titulo ao portador corre como a moeda; todavia, esse attributo só por si não sustenta a imaginada equiparação; pois, como bem pondera Vidari (2) confundir a moeda com o credito, é confundir o presente com o futuro, o certo com o incerto, o objecto symbolisado com o symbolo, o pagamento com a promessa.

Todas estas theorias olham para a feição economica do titulo ao portador.

Porfiam a verdade da significação juridica deste institudo systemas principaes: um, que a baséa no principio contractual; outro, que a assenta no principio unilateral.

Sustenta o primeiro systema, entre outros, Wahl (3), que entende não impedir a livre circulação do titulo ao portador a subsistencia de direitos e compromissos em favor do primeiro tomador e successivamente transmittidos.

(1) Citado por Navarrini, *In torno alla natura giuridica dei titoli di credito*, pag. 32.

(2) *Curso* t. II pag. 668.

(3) *Traité théorique et pratique des titres au porteur* t. I pag. 217.

Este systema não explica convincentemente a natureza juridica do titulo ao portador, porque, o contracto suppõe o concurso de duas vontades sobre um objecto: *duorum plurimumve in idem placitum consensus* e tal concurso não se dá na especie.

No systema unilateral toda a theoria assenta na promessa unilateral como causa determinante da obrigação.

Tarde (1) exalta o saliente valor da vontade unilateral exprimindo até certo ponto a impessoalidade da obrigação, lembrando que antes das maravilhas dos caminhos de ferro e do telegrapho, o sapateiro, o padeiro, o alfaiate etc., não trabalhavam senão para conhecidos freguezes; e por muito tempo no seculo XVIII, Grimm redigiu um periodico manuscripto para umas vinte cabeças coroadas, para estas e não para o publico é que trabalhavam; e só depois das alludidas maravilhas foi que appareceu e cresceu d'importancia este personagem impessoal que se chama o PUBLICO, o qual está em termos de tornar-se na comedia contemporanea como o coro da tragedia grega, o principal interculutor ao qual todos se dirigem tendo ou não resposta; em taes casos que vão-se multiplicando, é-se obrigado, por muito obstinado romanista que se possa ser, a admittir força juridica em promessas ainda não acceitas, exemplificando o citado escriptor com os titulos ao portador, com os preconnicios, com os prospectos.

Dizer que o titulo ao portador é a expressão da vontade unilateral não é resolver o problema, é sim designar-lhe a causa de que nasce; e em tal caso, melhor fôra dizer que o

(1) *Les transformations du droit*—pags. 120 e 121.

titulo ao portador é um quasi-contracto; porque, nesta figura juridica a vontade é presumida.

E' difficil fazer entrar no quadro da nomenclatura dos contractos que a tradição juridica define e accentúa, como em leito de Procusto, as novas relações juridicas que a expansão evolutiva gera no commercio da vida diaria; á plasticidade das novas tendencias, ao desencandear de mais apurados plexos devem corresponder disciplinas accommodadas. Cada instituição juridica particular, diz muito bem Ed. Picard (1), evolue por sua conta em fórmãs que lhe são peculiares, ao mesmo tempo que é envolvida no movimento total; é um systema planetario sempre em movimento; a historia externa das transformações juridicas completa-se pela historia interna. O direito, prosegue o eminente jurisconsulto, é — um e diverso —; um naturalmente, diverso accidentalmente. Ha nelle a *essencia* immutavel e a *fórma* sempre mutavel, as leis cosmicas sujeitas á ondulação dos acontecimentos historicos. O ser e o vir-a-ser: *idem sed aliter*. Nelle haure se constantemente, sendo inexgottavel como a propria natureza, creadora e devoradora, não deixando, de millenarió em millenario, quasi nada subsistir do que faz o alimento ou a alegria dos nossos olhos no immenso panorama de tudo quanto vive, animalidade ou vegetação.

Eis porque os juriconsultos, ao contemplar a irrupção de certos phonomenos juridicos e na impossibilidade de enquadrar-os nos moldes conhecidos, reservam-lhes a qualificação de *sui generis*; como occorre justamente com o instituto que examinamos (2).

(1) *Le Droit Pur*, CXXXVII.

(2) Vide Jachino, *Sull' entità economica e giuridica del titolo al portatore* 223 pag. 21.

Julgamos indispensaveis estas succintas noções sobre o titulo ao portador para melhor orientação do conhecimento ao portador, a cuja materia voltamos.

375. Com relação ao conhecimento ao portador, o que se observa é que, nesse documento ha uma prova pre-constituída de direitos e obrigações polylateraes ; ha a formal expressão da *causa obligandi* ; ha mais, ha a representação do objecto do transporte, cuja propriedade, cuja posse se transfere e se negocia, satisfazendo ás omnimodas conveniencias do mundo industrial e das commodidades da vida, graças á méra tradição, que constitue o possuidor do conhecimento, assim transferido, legitimo titular, quanto ás obrigações de dar ou fazer, do que nelle se compendia e declara.

376. Os effeitos do conhecimento ao portador são :

a) transferir os direitos delle resultantes para o portador, como si este fosse *ab initio* o credor;

b) obrigar o transferente á fazer bôa a verdade do conhecimento.

377. A transferencia dos direitos envolve as obrigações inherentes, conforme o conhecimento : *una ed eadem traditione et numeratione plures obligationes tolluntur uno momento* : certamente só pode ceder-se, transferir-se o credito, não se cedem as obrigações, mas aqui as obrigações são inseparaveis do credito, fructos da vontade livre ; o transferente do credito e o seu beneficiario não ignoram que tanto o direito creditorio como os seus licitos encargos foram previstos e reduzidos a escriptos : *non debeo melioris conditionis esse quam actor meus, a quo in me transit* : lei 175 § 1 Dig. *de regulis juris*. *Cujus effectus omnibus prodest, ejus et partes ad omnes pertinent* : lei 148 Dig. *de regulis juris*.

378. No caso de extravio, subtracção criminosa ou destruição, *quid juris* ?

O decreto legislativo n. 149 B, de 20 de Julho de 1893 providenciando sobre este assumpto, declarou no art. 16 quaes os titulos comprehendidos nas suas disposições e entre esses titulos não contemplou os conhecimentos ao portador.

379. No livre giro dos conhecimentos á ordem ou ao portador podem occorrer circumstancias que suscitem as mais graves contestações, especialmente quando são emittidos exemplares ou vias do mesmo conhecimento; o que póde dar-se já em relação ao capitão, já em relação aos diversos portadores de vias do mesmo conhecimento.

Si o capitão sabe que ha diversos portadores de exemplares do mesmo conhecimento, assim como si houver sobre as mercadorias de que elle reza sequestro, arresto ou penhora, corre-lhe a obrigação de requerer o deposito judicial por conta de quem pertencer: Cod. do Com. art. 583, Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 art. 402.

Nas apolices inglezas costuma ser inserta a seguinte clausula, *the one of which being accomplished, the others to stand void*; clausula semelhante á que se usa nas lettras de cambio; assim que, por tal clausula, a entrega das mercadorias á apresentação de um dos exemplares ou vias do conhecimento, torna inefficazes as outras vias para o mesmo fim.

Esta clausula é perfeitamente compativel com a natureza do contracto revelado pelo conhecimento e o nosso Codigo não a exclue, com tanto que seja observada a alludida providencia do art. 583, quando o capitão tem sciencia da

existencia de diversos portadores de diferentes vias do conhecimento das mesmas fazendas. Geralmente concordam os escriptores que a entrega das mercadorias na exposta conformidade só deve ter lugar no porto do destino, porque o capitão obrigou-se a essa entrega nesse porto; não se livrando por isso o capitão dessa obrigação antes ou durante a viagem (1). A lei belga de 1879 no art. 45 permite ao portador de um conhecimento ainda que seja á pessoa determinada, em caso de naufragio ou arribada forçada, de exercer todos os direitos de carregador, exigir a entrega da mercadoria, receber o seu producto, prestando caução perante o tribunal do commercio na Belgica e fóra deste paiz perante o consul belga ou o juiz local, mediante as medidas assecratorias que julgar convenientes.

530. Difficultades maiores surgem quando conflictos de interesses estabelecem divergencias entre diversos portadores de exemplares do mesmo conhecimento.

Supponha-se que a diferentes portadores foram transferidos os exemplares do mesmo conhecimento, qual delles se pôde diser o legitimo portador ou beneficiario do conhecimento, com direito á mercadoria nelle especificada?

Já por Emerigon (2) foram referidas algumas decisões sobre a pretenção de diversos consignatarios que se apresentaram a reclamar a mesma mercadoria, sob a vigencia da Ordenança de 1681. Em uma dessas decisões se mandou vender uns fardos de seda e dividir o seu producto por dous portadores de iguaes vias do conhecimento; mas, sendo reformada, mandou-se adjudicar todo o preço da mer-

(1) Lyon-C en e Renault ob. c. t. t. V n. 724.

(2) *Traité des assurances*, cap. XI sec. 3 § 7.

cadoria ao que se apresentou allegando que o seu conhecimento tinha sido remettido antes, sendo por isso o primeiro na quasi-posse da causa: *quia occupantis melior solet esse conditio, quam ceterorum* — Dig. Ll. 52 e 10 *de peculio* L. 10 *de pignoriibus*. Em outra decisão sobre barricas de assucar manteve-se igual doutrina.

Desjardins (1) cita decisões dos tribunaes do Havre e de Rouen que a seu ver melhor resolveram a questão, julgando que si muitos conhecimentos á ordem de uma só mercadoria são possuidos por outros tantos reclamantes, a propriedade da mercadoria deve ser attribuida á aquelle que provar ter pago o seu valor ou tel-a feito comprar por sua conta; para que não ir ao fundo das cousas, pergunta elle, quando pôde-se fazel-o, embaraçando-se em presumpções que não estão na lei?

Pensam, porém, Lyon-Caen e Renault (2), com melhor fundamento, que a entrega da mercadoria assegura a preferencia ao portador que a obteve, ainda que seja posterior em data. «Sem duvida, dizem os citados commercialistas, o primeiro portador teve a posse da mercadoria; mas precisamente de facto e de direito houve uma profunda modificação na situação. Em consequencia da entrega das mercadorias feitas pelo capitão ao segundo portador em data do conhecimento, o primeiro portador cessou de ter a posse das mercadorias. Com effeito, para ser possuidor de uma cousa, cumpre tel-a á sua disposição. O primeiro portador, em data tinha na verdade as mercadorias á sua disposição, em quanto para elle o capitão as detinha; mas, deixou de ²⁵

(1) Ob. cit. t. IV n. 945.

(2) Ob. cit. t. V n. 726.

assim ser desde o dia em que o capitão cessou de as deter para entregal-as ao segundo portador em data».

De sorte que, é o acto de posse effectiva que completa a transferencia real das mercadorias do conhecimento.

Não ha duvida, o conhecimento é um titulo que dá direito a quem o possui—de exigir a entrega da mercadoria; justamente porque, o conhecimento é um representativo della; o conhecimento pôde ser transferido, mas a propriedade da mercadoria não: a posse vale sim um titulo de propriedade, mas, quando se possui a cousa como seu dono (1).

Em direito civil patrio a venda do immovel cujo valor exceder de 200\$000 só se pôde effectuar por escriptura publica (2); mas, si o proprietario vende a duas pessoas differentes o mesmo immovel e a segunda dessas pessôas em data da respectiva escriptura a faz transcrever no competente registro antes da outra, que obteve escriptura antes, essa segunda pessôa é quem se pôde dizer legitima adquirente e proprietaria do immovel *erga omnes* (3); e isto porque, é a transcripção que exprime a existencia da posse; salvo ao prejudicado o uso dos meios de direito contra o vendedor, cuja escriptura não foi transcripta.

Estas soluções prevalecem quando a má fé não se interpõe para invalidar o acto ou contracto por ella eivado.

(1) Laurent — *Droit civ.* t. 32 n. 559. Jacobs t. 1 n. 216.

(2) Lei n. 840 de 15 de Setembro de 1855. art. 11

(3) Lei n. 1.237 de 24 de Setembro de 1864, art. 8; Reg. n. 3.453 de 26 de Abril de 1865 arts. 256 e 259, cujas disposições foram reproduzidas nos actos que o governo provisório publicou de n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890 art. 8, de n. 370 de 2 de Maio de 1890, art. 233. Lafayette, *Direito das cousas* t. I § 48.

381. Que decidir quando a mercadoria é objecto de um contracto de seguro ; o portador do conhecimento, por este simples facto, fica como subrogado no direito do segurado quanto á indemnisação ? E' o que examinaremos quando tractarmos do contracto de seguro maritimo.

382. Temos tractado do conhecimento desacompanhado de outras circumstancias, que tantas vezes occorrem.

E' assim que muito commummente o carregador, transferindo o conhecimento, sacca simultaneamente contra o destinatario da mercadoria, de que resa o conhecimento, uma lettra de cambio ; de modo que o destinatario recebe o conhecimento endossado, ao mesmo tempo que acceita a lettra de cambio que lhe é apresentada.

Este caso póde dar-se quando o dono da mercadoria, tendo-a vendido a comprador residente no lugar do destino da mercadoria e precisando de dinheiro, sacca, sobre o comprador, uma lettra de cambio, cujo vencimento coincide com o do preço da mercadoria vendida, cujo conhecimento endossa ao comprador; a lettra acompanhada do conhecimento chama-se lettra *documentaria* ; por que é emittida e acompanhada de documento (1).

Frequentemente, dizem Lyon-Caen e Renault (2) ajusta-se que o conhecimento não será junto á lettra sinão até que seja ella acceita pelo saccado : neste caso, a lettra serve de garantia a duas pessoas successivamente; primeiramente, o conhecimento garante ao portador o acceite do saccado; depois, acceita a lettra pelo saccado, a este é entregue a ²²⁶

(1) Vide o que dissemos sob n. 363.

(2) Ob. cit t. IV. n. 106 t. V, n. 715.

lettra, tendo assim a vantagem de não ter acceito á descoberto.

383. Contra os conhecimentos, ja vimos, só é licito oppor falsidade, quitação, embargo ou arresto, penhora, deposito judicial e perda justificada dos effeitos carregados: Cod. do Com. art. 588.

384. A segurança do commercio marítimo exige que o conhecimento, que circula como a lettra de cambio, não possa ser, em relação a terceiro, objecto de contestação alguma. Aquelle, que reclama a mercadoria, deve poder tomar posse della á sua chegada desde que apresenta o conhecimento regular, o qual faz fé não só quanto as suas enunciações como quanto a todas as suas clausulas (1).

E' por esta mesma razão que não admite o art. 584 do Codigo do Commercio, penhora ou embargo de quem não seja portador de alguma das vias de conhecimento, para privar o portador do mesmo conhecimento, fôra do caso de reivindicção, da facultade de requerer o leposito ou venda judicial das fazendas, salvos os direitos do exequente ou de terceiro oppoente sobre o preço da venda.

O arresto, penhora ou outras diligencias permittidas quanto ás mercadorias declaradas no conhecimento e que se acharem nas alfandegas ou mesas de renda ou em seus armazens, entre-postos, trapiches alfandegados ou em navios sujeitos á fiscalisação aduaneira, serão feitos observadas as disposições da nova consolidação das leis das alfandegas arts. 84 § 41, 194 e 195.

385. A declaração de fallencia pôde notavelmente perturbar as relações normaes que se estabelecem entre os

(1) Vide Jacobs ob. cit. t. I n. 211.

contractantes *in bonis*. Muito influe para as respectivas soluções a especie do conhecimento e o modo pelo que for feito o endosso ou tranferencia e bem assim os intuitos dominantes nessas operações.

A doutrina recebida actualmente entre nós (1) póde ser compendiada nos seguintes termos.

Na fallencia do portador do conhecimento, podem reivindicar, como donos:

a) os donos das mercadorias em commissão de compra e venda, transitio e entrega ;

b) os donos dos bens obtidos por meios criminosos ;

c) os donos dos conhecimentos ao portador, perdidos ou obtidos por meios criminosos, si o fallido fôr o que os tiver achado, houver obtido por aquelles meios ou recebido conhecendo a origem viciada da posse ;

d) o vendedor da cousa transportada com destino ao fallido si a este não foi entregue o conhecimento antes da declaração da fallencia ;

e) o dono das mercadorias pelo conhecimento transferido em caução ou mandato.

386. Tractando-se da insolvabilidade de sociedades anonyms, são applicaveis as mesmas regras nas respectivas liquidações, guardados os processos respectivos (2).

387. A insolvabilidade do comprador por qualquer modo comprovada é objecto de uma instituição do direito inglez e do norte-americano, conhecida por *stoppage in transitu* : é o direito que assiste ao vendedor não pago de 227

(1) Vide Cod. do Com. arts. 874 ns 1, 2, 3, 4, 7 e 8, 877 n. 3 — dec. n. 917 de 24 de Outubro de 1890 art. 63.

(2) Lei n. 3.159 de 4 de Novembro de 1882 art. 19 e disposições posteriores consolidadas pelo dec. n. 434 de 1891.

reter (1) em caminho os bens vendidos ao comprador que antes de os receber se tornou insolvente. Deu-lhe origem a *Equity* passando depois para o franco dominio do direito inglez.

Smith (2) vê nesta pratica a chamada *revendicatio* do direito romano.

Referindo um caso julgado ha cerca de cem annos, Thomas Brett (3) diz que duas importantes proposições ficaram desde então firmadas :

1. O direito do vendedor não pago, no caso da insolvabilidade do comprador, retém os bens vendidos em quanto *in transitu* ;
2. Este direito do *stoppage in transitu* pôde ser destruido pela negociação do conhecimento por endosso a terceiro de bôa fé.

A razão fundamental deste principio é que o direito que assiste ao vendedor de reter *in transitu* é-lhe concedido para impedir a injustiça que occorreria, si, em consequencia da insolvabilidade do comprador, enquanto não é pago o preço das mercadorias vendidas, estas podessem ser apprehendidas para solução de compromissos do comprador, dispondo-se assim da propriedade de alguém para pagamento de alheios debitos (4).

Os commentadores do referido direito muito discutem qual o effeito do *stoppage in transitu*, isto é, si elle dissolve

(1) Vide sobre a retenção o que dizemos quando tractamos do seguro marítimo.

(2) *Mercantile law* pag. 550 nota d.

(3) *Commentaries on the present laws of England* p. 435.

(4) Th. Brett. loc. cit. Vide *Parson Maritime law*. p. 335 e segg.; Desjardins ob. cit. t. IV n. 950.

ou não o contracto entre o consignador e o consignatario dos objectos consignados.

Lord Kenion (1) opinava contra a dissolução, acreditando ser uma equitativa retenção, *equitable lien*, adoptada pela lei no proposito de substancial justiça.

Este direito existe para o carregador desde que elle embarca o genero até que seja entregue ao consignatario, ainda que o conhecimento tenha sido caucionado ou as mercadorias, de que elle reza, fossem dadas em penhor.

SECÇÃO VII

INTERPRETAÇÃO DO CONHECIMENTO

388. Em todo o contracto deve-se antes de tudo considerar *non quod scriptum est, sed quod gestum est*; não é outro o sentido do art. 130 do Codigo do Commercio quando diz que «as palavras dos contractos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo o costume e uso recebido no commercio e pelo mesmo modo e sentido porque os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar cousa diversa».

389. Além do preceito do art. 130, o Codigo estabelece no art. 131 outras regras interpretativas dos contractos em geral, que não devem ser esquecidas, sempre que occorrerem duvidas, dissipaveis por taes regras.

390. Especialmente quanto aos conhecimentos, cumpre notar que elle deve ser comprehendido sob a inspiração da lei.

(1) Citado por Smith loc. cit.

do lugar em que foi feito. Já, na lei 34 do Digesto—*de regulis juris*, dizia o jurisconsulto Ulpiano... *si non appareat quid actum est erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur...*

391. É possível haver divergencia entre o conhecimento e a carta de fretamento; em tal caso cumpre distinguir si o conhecimento faz ou não referencia á carta de fretamento; na primeira hypothese, prevalece a condição ou obrigação especial da carta de fretamento, embora não conste do conhecimento: Código do Commercio art. 576; si não ha tal referencia, deve prevalecer o conhecimento; pois, si as partes contractantes não usaram do alvitre de lançar no conhecimento a clausula—segunde a carta de fretamento: firmando assim a ligação dos dois documentos: *non creditur referenti nisi constet de relato* (1); é evidente a separação dos dous documentos no seu integral teor e na sua diversa significação: vindo assim a ser a carta partida *res inter alios*, como o são para terceiros, portadores de uma lettra de cambio aceita, as convenções ajustadas entre o saccado e o saccador (2).

392. Si a divergencia se dá entre os diversos exemplares do conhecimento, prevalece o exemplar que estiver nas mãos do capitão, tendo sido cheio pelo carregador ou

(1) Esta regra é derivada da novella 119 cap. 3 na qual o Imperador Justiniano estabeleceu o seguinte: ... *jubemus, ut si quis in aliquo documento alterius faciat mentionem documenti: nullam ex hac memoria fieri exactiorem, nisi aliud documentum cujus memoria in secundo facta est, proferatur.* Este mesmo principio dominou na Ord. do L. 3 Tit. 60 pr. onde se lê: « Se algum instrumento fizer menção de outro, não dará o julgador fé ao tal instrumento, de que o segundo fizer menção, salvo, sendo mostrado o primeiro, ou sendo incorporado no segundo perante a parte, a que o primeiro instrumento pertence ... »

(2) Vide Desjardins t. IV n. 927, Lyon-Caen e Renault. t. V. n. 210, Jacobs t. I n. 214.

por seu representante; o que fôr cheio pelo capitão e fôr apresentado pelo carregador será admittido. E' o que dispõe o art. 284 do código do commercio da França.

Para comprehender esta disposição, diz de Valroger, (1) cumpre não olvidar como usualmente redigem-se os conhecimentos. Empregam-se para isso fórmulas impressas, cujos brancos se preenchem. Póde acontecer que todos os conhecimentos não estejam entre si de acôrdo; que, por exemplo, sobre o conhecimento em poder do capitão, o frete seja de 100 francos por tonelada e que em outro exemplar o frete seja de 80 francos. A qual delles dar preferencia? A regra traçada pela lei é muito simples: dar-se-ha preferencia ao conhecimento do capitão si esse conhecimento tiver sido cheio pelo carregador ou seu representante. O carregador não póde, com effeito, recusar um conhecimento que é obra sua; liga-o a propria confissão. Ao envez, e pela mesma razão, deve-se reportar ao conhecimento do carregador si esse conhecimento tiver sido cheio pelo punho do capitão; o que raramente se dá, porque ordinariamente os conhecimentos são cheios pelo carregador.

A lei belga de 1879 no art. 43 estabelece: no caso de diversidade entre o conhecimento assignado pelo carregador e os que houver assignado o capitão, cada original faz fé contra a parte que o tiver assignado.

Comquanto pouco praticavel póde todavia dar se o caso de ser favoravel ao carregador o conhecimento que estiver com o capitão e ser a este favoravel o que se achar com o carregador; em tal conjunctura, pensa Laurin (2) que os dous ²²⁹

(1) t. 2 n. 745.

(2) 4 Cresp. t. II p. 144.

testemunhos neutralizam-se, devendo ser decidida a especie conforme os dados da prova em geral.

Esta é a solução que suggere o nosso direito; porquanto, si pelo art. 586 do Cod. do Com., o conhecimento normalmente feito faz prova entre os interessados na carga e no frete e os seguradores, ficando salvo a estes ultimos e aos donos do navio a prova em contrario, por força de maior razão se deve recorrer aos principios do direito provador nas relações concretas do caso obveniente.

E' possivel ainda que no conhecimento estejam clausulas ou enunciações impressas em opposição ás que o forem manuscritas, nestas circumstancias são preferiveis as clausulas ou enunciações manuscritas, como verdadeiras derogações do que foi impresso, sem o que não seria alterada a formula impressa.

SECÇÃO VIII

CONDIÇÕES FISCAES DO CONHECIMENTO

393. Cada via de conhecimento de carga paga o sello de 300 rs. dentro de oito dias da data, sendo a estampilha inutilisada pelo signatario: Reg. n. 2.573 de 3 de Agosto de 1897 art. 17 § 1.º n. 10 art. 37 n. 4, tabella B, 2.ª classe § 4.º n. 5, lei n. 428 de 10 de Dezembro de 1896 art. 1.º n. 26.

O endosso do conhecimento, uma vez que não tenha valor declarado, tambem não paga sello proporcional, como decidiu o aviso n. 49 de 6 de Fevereiro de 1874, e confirmou-o

o despacho do ministro da fazenda de 23 de Março de 1897 (1).

394. Na França o conhecimento está sujeito ao imposto de 4 fr. e 50 cent. por individuo a quem as mercadorias da carga são dirigidas (2); na Belgica esse imposto é de 2 fr. e 40 cent. nas mesmas condições (3).

Nos dois paizes, os conhecimentos e os respectivos endossos não estão sujeitos a imposto proporcional, conforme a doutrina entre nós dominante.

395. Sustenta Tialans (4) que podendo o conhecimento ter por objecto o numerario, assim como mercadorias; deve-se concluir que quando o conhecimento é feito para comprovar o carregamento de uma somma de dinheiro, fica não obstante sujeito ao imposto fixo e nunca ao imposto proporcional do reconhecimento de quantias.

Os conhecimentos da carga que a embarcação transportar de portos estrangeiros para o Brazil serão marcados com o sello do consulado brasileiro ou de quem o substitua,

(1) Este despacho resolveu no sentido da reclamação que fizemos como advogado dos Srs. John Moore & C., cujo theor deu o *Jornal do Commercio* de 8 de Abril de 1897, nos seguintes termos:

Sello dos conhecimentos de carga à ordem.—Por despacho de 23 de Março proximo preterito, o Sr. Ministro da Fazenda, de conformidade com a representação da Associação Commercial do Rio de Janeiro, deu provimento ao recurso interposto pela firma John Moore & C., sob o fundamento de que tractando-se de conhecimentos de carga sem valor declarado, o endosso dos mesmos, ainda quando exarado em branco, não pôde ser reputado como transferencia com valor recebido, porquanto representando taes titulos simples ordens de entrega de mercadorias a bordo dos navios, não devem ser equiparados os seus endossos aos das letras de cambio (art. 11 do Regulamento do sello e 361 e 362 do Codigo Commercial); e, como em vista do que dispõe a decisão de 6 de Fevereiro de 1874, não podem as Alfandegas exigir declaração do valor da carga, desde que ella não conste dos respectivos conhecimentos ou endossos, segue-se que na maioria das vezes faltaria base para a cobrança do sello proporcional.

(2) Ruben de Couder *Dict. de Dr. Com.* vb. *Connaissement* ns. 156, 157 e 158.

(3) *Pandectes belges* vb. *Connaissement* ns. 400 e 401.

(4) *Enregistrement* n. 1.424, cit. pelas *Pandectes belges* l. cit. n. 402. 130

podendo remettel-os appensos ao manifesto que authenticar ou entregal-os ao capitão: nova consolidação das leis das Alfandegas de 13 de Abril de 1894 art. 345; dec. n. 3.259 de 11 de Abril de 1899 tit. 3 cap. 2.

396. Temos até aqui tractado do conhecimento normal; mas, é hoje conhecido um novo conhecimento empregado principalmente pelas companhias de navegação á vapor: é o conhecimento directo — *durch gehendes congnoement — trough bill of lading* (1). Nos termos deste conhecimento a mercadoria deve ser transportada directamente do lugar do carregamento até o lugar do destino (muitas vezes mesmo situado no interior do territorio), onde o navio não chega; o capitão obriga-se a transportar a mercadoria ao porto onde o seu navio acaba a viagem e a fazer transportal-a d'ahi por outros: capitães, conductores ou estradas de ferro—a seu destino. Este modo especial de expedição tem a grande vantagem, para quem expede ou para os diversos interessados no carregamento, de desembaraçal-os dos cuidados e gastos de reexpedições. Este conhecimento, porém, não é regular, nos termos da lei. E' certo que comprova o carregamento no primeiro navio; mas, não faz prova da recepção da mercadoria pelos successivos transportadores; e quando o portador desse conhecimento se apresentar no lugar do destino, o ultimo transportador poderá negar pura e simplesmente haver recebido a mercadoria.

397. Para os transportes que se devem fazer por baldeação, é entregue na occasião da partida um conhecimento especial, pelo qual o capitão obriga-se a fazer chegar,

(1) Vide *Pandectes belges*, vb *Congnoement* ns. 389 a 395, donde extrahimos o que tal respeito escrevemos aqui.

por vias determinadas ou indeterminadas, a mercadoria até seu definitivo destino, onde será entregue contra a apresentação do título recebido pelo carregador no porto da partida. Nestes conhecimentos, só é indicado o nome do primeiro navio, sem menção dos navios que servem á baldeação. No porto da chegada, o portador do conhecimento fica sem acção contra o capitão que fez o ultimo transporte, como já tem acontecido (1).

O capitão que recebe uma mercadoria por baldeação e que se encarrega de reclamar no destino o pagamento do frete por inteiro é substituído nas obrigações do capitão que entregou o conhecimento directo; não lhe sendo licito argumentar com uma clausula de não responsabilidade, inserta no conhecimento entregue a seus carregadores. A clausula de um conhecimento estabelecendo que qualquer reclamação deve ser feita contra o primeiro transportador e não contra o ultimo não é valida sinão tanto quanto este ultimo possa provar que a avaria já existia quando elle recebeu a mercadoria.

Muito necessario se torna que a lei determine, com precisão, os direitos e obrigações das partes nos conhecimentos directos, que são hoje de frequentissimo uso.

(1) As *Panlectes Belges* cita Lejéune que refere o caso de um conhecimento desta especie, tendo por objecto café, carregado em um porto d'Haïti para Anvers com a faculdade de reexpedição para o Havre, sendo aqui salientadas as incertezas que se podem dar. 231

CAPITULO XV

CONTRACTO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. ANALOGIAS E
DIFFERENÇAS. PROVA. EFEITOS: DIREITOS E OBRIGAÇÕES.
CONFLITO DE LEIS. RESCISÃO DO CONTRACTO.

SECÇÃO I

398. Sobre a natureza deste contracto não são uniformes as opiniões ; pensa Delpont (1) que este contracto é uma variante do de fretamento ; Endara (2) diz que a natureza desse contracto participa da locação de cousa e de serviços ; Lyon-Caen e Renault (3) entendem que é um contracto *sui generis*; Desjardins (4), depois de dizer que nesse contracto ha pura e simplesmente uma convenção de transporte, não desconhece a sua natureza *sui generis*.

399. As legislações dos diferentes paizes não são tambem uniformes ; na França a legislação commercial não comprehende especialmente o transporte de passageiros por²³²

(1) *Contrat d'affrètement* p. 301.

(2) Ob. cit. lecc. 75.

(3) Ob. cit. t. V n. 830.

(4) Ob. cit. t. III n. 861.

mar, nem mesmo o projecto de 1867 ; os codigos d'Allemanha, da Italia, da Hespanha, de Portugal, do Chile, do Mexico, a lei belga de 1879 e as leis inglezas de 1855 e 1863, assim como o nosso Codigo consagraram capitulos especiaes a esse contracto.

Justificando o codigo do commercio da Hespanha de 1885 por ter reservado um paragrapho especial, o quinto, aos *passajeros en los viajes por mar*, Reus y Garcia (1) diz : a viagem commercial, a scientifica, a recreativa, são hoje meios habituaes a todos ou a quasi todos ; e commummente as nações recebem dessas viagens imponderavel beneficio e maxima cultura, que em ultima analyse facilita o desenvolvimento do progresso, fim positivo de todas as relações humanas.

SECÇÃO II

ANOLOGIA E DIFFERENÇAS

400. A complexa morphologia do transporte de passageiros por mar não o deixa confundir com o contracto de fretamento, nem com outro qualquer contracto, sem embargo de algumas analogias.

Ha, com effeito, certas analogias entre o contracto de transporte de passageiros e o de fretamento parcial ; por isso que, nos dois contractos :

a) Ha que transportar, de Valroger (2) chegou mesmo a dizer que o passageiro não é senão um carregador da sua pessoa e bagagens ;

(1) Ob. cit. tit. I pag. 260.

(2) Ob. cit. t. II n. 951.

- b) Ha um preço para o transporte que sendo da carga chama-se frete e da pessoa passagem ;
- c) Ha direitos e obrigações reciprocas,
- d) Ha causas communs da rescisão dos dois contractos.

401. Mas a profunda differença que separa a pessoa da cousa, especialmente nas attinencias das respectivas relações juridicas faz com que os dous contractos guardem regras peculiares e differenciaes.

Na verdade, o passageiro além dos direitos e obrigações que contrahe nos pontos de analogia apontados em synthese, está sujeito ás disciplinas preventivas e repressivas de bordo, obedece a preceitos reguladores do registro de nascimento, casamento, obito, e do direito de testar ; entra em outra categoria de relações juridicas quanto á hospedagem que recebe á bordo, que são outros tantos caracteres privativos deste contracto *sui generis* ; sem que em regra deixem de ser applicadas as regras de transporte de mercadorias aos objectos que conduzir comsigo o passageiro.

402. O contracto de transporte de passageiros por mar pertence á classe dos actos mixtos; porque, é mercantil quanto ao transportador (Reg. n. 737 de 1850 art. 19 §§ 4 e 5) e civil quanto ao passageiro.

Desjardins (1) classifica entre os actos exclusivamente commerciaes os contractos que uma companhia ou agencia de emigração conclue com o proprietario de um navio para transportar emigrantes; tracta-se sem duvida, de transportar homens e eis por que todo o governo deve providenciar sobre a segurança e sobre a dignidade humana ; decompondo-se, ²³³

(1) Ob cit. t. III n. 861

porém, os elementos, nestes se descobrem como si o navio fosse fretado para transportar animaes, os elementos da locação do navio : tal é também, ao ver do mesmo tractadista, o contracto que faz o empresario do littoral do Mediterraneo para o transporte de peregrinos musulmanos.

SECÇÃO III

PROVA

403. O contracto de transporte de passageiros costuma constar de um bilhete, no qual se declara o nome, os demais caracteristicos da pessoa respectiva e outros condições.

404. Não depende esse contracto da apresentação de passaporte em tempo de paz (1), com quanto, seja de utilidade esse documento para verificação da identidade pessoal, sobre tudo em paizes estrangeiros.

Na falta de documento que faça a prova preconstituída deste contracto, prevalece a prova testemunhal e os outros meios probatorios nos casos e pela fórmula da lei (2).

SECÇÃO IV

EFFEITOS DO CONTRACTO

404. Os effeitos do contracto de transporte do passageiro cifram-se nos direitos e obrigações dos contractantes.

(1) Dec. n. 212 de 22 de Fevereiro de 1890

(2) Cod. do Com. arts. 122 e 123, Reg. n. 737 de 1850 arts. 138 e segg.

Estes direitos e obrigações podem ser encarados antes, durante e depois da viagem.

405. DIREITOS ANTES DA VIAGEM. Os direitos do passageiro antes da viagem são :

a) Tomar conta do camarote, beliche ou outro lugar ajustado em navio determinado, salvo clausula em contrario ou motivo de força maior;

b) Exigir que o navio esteja em bom estado para poder navegar ;

c) Exigir a partida na época ajustada, cabendo-lhe pela demora a indemnisação que lhe fôr devida ;

d) Transferir a seu direito de passagem a terceiro, com consentimento do capitão, Cod. do Com. art. 630.

406. DIREITOS DURANTE A VIAGEM. Neste periodo da viagem, o passageiro tem direito :

a) Ao gozo daquella parte do navio, em que se tem de accomodar e guardar a sua bagagem.

Si o lugar que lhe fôr designado não corresponder ao do seu bilhete e respectivo preço, como si em vez do lugar correspondente á 1ª classe se lhe der outro de classe inferior, o passageiro, póde exigir redução do preço, além da indemnisação devida.

A bagagem não deve exceder de certos limites, sob pena de pagamento do excesso que fôr achado.

b) A ser alimentado, salvo si outra condição fôr estipulada.

De ordinario, no preço da passagem está comprehendida a importancia da alimentação ; o que não impede quo o navio mediante convenção em separado preste alimentação, mediante preço estabelecido ; na duvida deve-se comprehender no preço da passagem o da alimentação : é a doutrina do art. 121²³⁴

da lei belga de 1879, do cod. Italiano art. 588 do cod. de Portugal art. 573 e outros (1).

E' tambem admissivel que o passageiro conduza com sigo os viveres de que carecer para seu sustento, pratica esta em desuso ; mas quando assim aconteça, o codigo do commercio da França no art. 249 permite ao capitão delles se apoderar para pôl-os em commum, pagando a sua importancia, depois de consultar os principaes da tripulação.

Si um motivo superior á vontade do transportador e do transportado determinar a prolongação da viagem, como no caso da quarentena de observação, o passageiro é obrigado a pagar maior passagem ou pelo menos a pagar o sustento dos dias accrescidos?

A solução affirmativa não parece duvidosa ; porquanto, como observa Dalloz (2), a convenção pela qual o capitão se obriga, mediante uma certa somma, a transportar passageiros e alimentar-os durante a viagem é necessariamente aleatoria ; por conseguinte põe a seu cargo, na falta de estipulação contraria as despezas de alimentação e alojamento.

Esta solução não contraria a disposição do art. 631, 2ª parte do nosso Codigo ; por isso que, neste artigo o Codigo prevê o caso da demora no concerto do navio, no qual não pôde fazer a prestação de alimentos nem o agasalho contractado, uma vez que não haja navio que transporte o passageiro commodamente ou que o preço da passagem nesse navio exceder o do caminho andado.

(1) O congresso internacional de Anvers de 1885, deixou sem solução o n. 37 do questionario no qual se perguntava :

Si o capitão contracta de pleno direito em frente do passageiro, todas as obrigações do estalajadeiro para com o hospede ? Na negativa, quaes são entre estas obrigações, as que convem inserir na formula legal do contracto de transporte por mar das pessoas ?

(2) *Répertoire* vb. *droit-maritime* n. 1.045.

c) A ter a sua pessoa e bagagens preservadas de qualquer accidente ou facto da tripulação que possam deparar-lhe soffrimentos ou prejuizos.

E' claro que o passageiro não póde responsabilisar o capitão pela perda ou damno sobrevindo ao objecto cuja guarda não lhe fosse confiada : Cod. do Com. art. 632, *in fine*.

d) Recorrer ao capitão para todos os misteres de actos de nascimento, casamento e obito, arrecadação de bens, testamento, medidas preventivas e repressivas.

407. DIREITOS FINDA A VIAGEM. O passageiro, finda a viagem, tem direito:

a) A sahir com a sua bagagem do navio ;

b) A exigir do capitão a entrega dos objectos que lhe haja confiado.

408. As obrigações do passageiro podem tambem ser capituladas antes, durante e finda a viagem

409. OBRIGAÇÕES ANTES DA VIAGEM. Suas obrigações são:

a) Apresentar-se a bordo com a sua bagagem antes de começar a viagem : Cod. do Com. art. 629 ;

b) Pagar o preço da passagem.

As vezes este pagamento tem lugar finda a viagem.

Si o passageiro resile o contracto ou morre antes da viagem só é devida metade da passagem : Cod. do Com. art. 630.

410. OBRIGAÇÕES DURANTE A VIAGEM. As obrigações do passageiro, durante a viagem, são :

a) Obedecer ao capitão, submettendo-se ás suas determinações leaes : Cod. do Com. arts. 498 e 505 ;

b) Pagar o frete proporcional da distancia, si a viagem fôr suspensa ou interrompida por força maior : Cod. do Com. art. 631

No caso de carecer de concerto o navio, na constancia da viagem e o passageiro quizer esperar, tem de alimentar-se a sua custa, salvo si não encontrar outro navio que commodamente o transporte ou si o preço da nova passagem exceder o da primeira na proporção da distancia percorrida : Cod. do Com. art. 631, 2ª parte.

Si a pessoa, de cujo transporte se tracta, estiver grávida e der á luz, não é obrigada a pagar supplemento de frete, como decidiu Ulpiano na lei 19 § 7 do Dig. Locati.—*Si quis mulierem vehendam navi conduxisset, deinde in nave infans natus fuisset, probandum est, pro infante nihil deberi, cum neque ejus vectura magna sit neque is omnibus utatur quæ ad navigantium usum parantur.* Estas duas razões do jurisconsulto:—o recém-nascido não acarreta gasto extraordinario, nem faz uso dos objectos destinados aos que navegam, ainda hoje inspiram a mesma regra e sua justa applicação ao caso proposto.

411. OBRIGAÇÕES FINDA A VIAGEM. O passageiro, concluida a viagem, é obrigado a :

- a) Pagar a passagem si antes o não tiver feito (1).
- b) Responder pelos effeitos que tiver a bordo, quanto ao pagamento da passagem.

Neste caso, ao contrario do que dispõe o Codigo em relação á carga (2), o capitão póde reter os effeitos que o

(1) Vide supra n. 403-b

(2) Art. 619, Vide supra n. 306-2

passageiro tiver no navio, emquanto não fôr pago o preço da passagem ; pois, sobre aquelles effeitos existe a preferencia legal de que reza o citado Codigo no art. 632.

411. Conhecidos os direitos e obrigações do passageiro, conhecidos ficam as correlatas obrigações e direitos do capitão, representando o transportador, dono do navio ou armador.

SECCÃO V

CONFLICTO DE LEIS

412. Na execução do contracto de transporte de passageiros por mar podem dar-se conflictos de leis, como sejam :

- a) A lei do lugar em que se fez o contracto — *lex loci contractus* ;
- b) A lei do lugar em que se executa o contracto, *lex locis solutionis* ;
- c) A lei do lugar em que se pôde suscitar um pleito *lex fori*.

Em regra é a lei do lugar em que o contracto foi feito que deve ter applicação, por exprimir a presumida intenção das partes.

O nosso Codigo manda que seus preceitos rejam o contracto de fretamento de um navio estrangeiro, si fôr exequível no Brazil, côm quanto celebrado em outro paiz ; si por analogia se deve applicar a lei brazileira ao transporte de passageiro exequível no Brazil, nada obsta a que sejam respeitadas as condições estipuladas no porto da partida. 236

SECÇÃO VI

RESCISÃO DO CONTRACTO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIRO

413. Rescinde-se este contracto :

1. Si por mutuo acôrdo assim o resolvem os contractantes : *nihil tam naturale est quam eo genere quodque dissolvere quo colligatum est* : lei n. 35 Dig. de reg. iur.

2. Si uma das partes não executa-o, ficando obrigadã a perdas e damnos ; como

a) no caso em que o passageiro antes da viagem resile o contracto, ficando obrigado a pagar metade da passagem : Cod. do Com. art. 630, 2.º periodo ;

b) no caso em que, começada a viagem, o passageiro não quizer continuar, ficando obrigado ao pagamento de toda a passagem : Cod. do Com. art. 630, 3.º periodo.

Póde o desembarque nesta hypothese não ser voluntario, e sim motivado por doença ou por prisão do passageiro : *Quid juris ?*

A molestia é facto superior á vontade do passageiro ; e, portanto, não póde ser equiparado ao facto de seu voluntario desembarque ; sendo justo applicar-se a regra do pagamento da distancia percorrida.

Assim tambem se deve julgar, quando o passageiro é preso por facto que não lhe seja juridicamente imputavel.

Estes factos involuntarios podem influir sobre o desembarque de outros passageiros, como se póde verificar quando é o chefe de uma familia, que adocece ou é preso ;

sendo extensivo o mesmo principio do pagamento da passagem até o lugar do desembarque: arg. do art. 631 do Cod. do Com.

Em certas molestias, como nas contagiosas, nas affecções mentaes, o capitão deve fazer desembarcar o passageiro dellas affectado; nestas emergencias, o capitão deve proceder com toda a prudência, attendendo para a segurança dos outros passageiros sim, mas sem prejudicar os sentimentos da humanidade (1).

Um caso de desembarque involuntario é quando o capitão faz desembarcar o passageiro que clandestinamente ou sem sciencia do capitão embarca no navio; si não o faz desembarcar antes de partir ou no primeiro porto, só pôde exigir a passagem (2).

3. Si o passageiro fallece, cumpre distinguir si o fallecimento teve lugar antes ou na constancia de viagem.

O Codigo só dispõe para o primeiro caso, estabelecendo a obrigação do pagamento de metade do preço da passagem.

Mas, o obito pôde acontecer durante a viagem; e neste caso, parece que o Codigo adoptou a opinião de Stypmanus, Straccha e Valin que entendiam ser devido todo o preço da passagem (3).

Desjardins (4) aventa a seguinte questão: si o passageiro perece em naufragio, é applicavel por analogia a disposição pela qual não se deve frete da mercadoria perdida em naufragio? Esta questão é das mais embaraçosas; pois, a 137

(1) Vide Pardessus, *Cours* n. 754; Jacobs, obr. cit. t. I n. 511.

(2) Desjardins t. III n. 877.

(3) Vide Desjardins obr. cit. t. III n. 880.

(4) Ob. e l. cit. t.

referida disposição, prosegue o escriptor, é especial ao contracto de fretamento e derogatoria do direito commum ; só por certo esforço é que poderá ser applicada por analogia; entretanto, si ha que recear «das malversações que a certeza do ganho do frete pôde occasionar da parte do mestre» (Valin), quando não se tractar sinão de mercadorias, mais necessario se torna interessal-o na saivação dos passageiros ; e depois, que se faria das bagagens ? O passageiro, supponha-se, paga 200 francos por seu lugar e 100 francos por 50 kilogrammas de bagagem ; poder-se-ha exigir o preço proporcional da bagagem que o mar engulio em quanto que não será licito reclamar frete algum ao viajante, que tendo posto importantes moveis em um espaço commercialmente apreciavel do navio, será reputado afretador ? Não : a contradicção é por demais sensivel. Ora, si renuncia-se a toda distincção entre as duas especies de volumes, como distinguir depois entre o proprio viajante e a bagagem que o acompanha, accessorio de sua pesssa e comprehendido no mesmo contracto de transporte ?

O notavel commercialista propõe, não sem hesitar, a applicação daquella disposição, exprimindo o pesar de não se ter pronunciado a lei franceza neste conflicto de principios.

Em todos os casos em que a viagem não se faz ou se interrompe por facto involuntario do passageiro e que ou metade do preço da passagem ou a importancia da viagem feita é paga, a lei tem em conta a regra de equidade que manda dividir a contingencia, em seus effeitos pecuniarios, entre o passageiro que não auferiu do contracto sinão parte da vantagem ou serviço esperado e do transportador que tendo feito suas provisões ver-se-hia privado do lucro correspondente.

4. Si o passageiro desembarca durante a viagem em algum porto de escala ou de arribada, paga o preço correspondente á viagem feita : Cod. do Com. art. 631.

415. O código da marinha mercante da Italia arts. 85 a 91 consigna varias disposições sobre o transporte de passageiros, assumpto sujeito a particular inspecção e vigilancia por parte da autoridade maritima.

Nesse código é regulado o numero maximo dos passageiros confôrme a qualidade do navio e a viagem que emprehende, os meios de salvação ; é exigido que pessoa idonea, como parenta ou tutor, acompanhe os que soffrem de doença mental, os cegos, doentes menores de 18 annos, obriga mais o passageiro a dar a guardar ao capitão as armas que tiver; assim como a desembarcar quando commetta graves desordens ou seja doente, sem direito ao reembolso da passagem já paga.

Na Inglaterra o *Merchant Shippinge* art. 1894 (57 e 58 Vict., ch. 60. — 25 de Agosto de 1894) em vigor desde 1 de Janeiro de 1895 tracta na parte III dos navios de passageiros e emigrantes — *passenger and emigrant shippis*, consagrando a esta materia a mais minuciosa regulamentação.

Medidas especiaes sanitarias têm sido tomadas em certos casos, como occorreu com a convenção sanitaria internacional sobre a prophylaxia da peregrinação da Meca e a vigilancia respectiva no golpho Persico, concluida entre a Austria, a Allemanha, a Belgica, a Dinamarca, a Hespanha, a França, a Inglaterra, a Grecia, a Italia, os Paizes-Baixos, a Persia, Portugal e a Russia. (1)

(1) Vide *Bulletin mensuel de la Société de Législation comparée* ns. 10, 228 11 e 12 de 1899.

INDICE DAS MATERIAS CONTIDAS NESTE PRIMEIRO TOMO

	Pagas.
Prefacio	I
CAPITULO I	
Do commercio, na sua origem etymologica, nas suas accepções e divisões.	5
CAPITULO II	
Syn these historica do commercio maritimo, sua utilidade, liberdade e restricções.....	13
CAPITULO III	
Direito maritimo, sua classificação e definição. Direito commercial maritimo, seu objecto e historia. Elementos actuaes da respectiva legislação.	25
CAPITULO IV	
Relações do direito commercial maritimo com outras sciencias. Conveniencia da uniformidade internacional do direito commercial maritimo ; meios empregados para sua realisação.....	53
CAPITULO V	
Navio, sua estrutura physica, sua caracterisação e natureza juridica....	67
CAPITULO VI	
Navio nacional e estrangeiro. Favores outorgados ao navio brasileiro....	85 ²³⁴

CAPITULO VII

Registro, matricula e classificação do navio.....	95
---	----

CAPITULO VIII

Acquisição do navio. Diferentes titulos e modos de aquisição.....	107
---	-----

CAPITULO IX

Arresto de navios nacionaes e estrangeiros.....	135
---	-----

CAPITULO X

Navegação. Industria naval. Papeis de bordo. Despacho maritimo.....	141
---	-----

CAPITULO XI

Propriedade singular e collectiva sobre o navio. Responsabilidade inherente. Meio de obviar esta responsabilidade pelo abandono liberatorio..	153
---	-----

CAPITULO XII

Pessoal de bordo. Officiaes de pôpa. Capitão: seu character, attribuições, direitos e obrigações. Officiaes de proa, direitos e obrigações.....	219
---	-----

CAPITULO XIII

Contracto de transporte. Fretamento, carta-partida; enunciações; effeitos; dissolução.....	281
--	-----


CAPITULO XIV

Continuação de contracto de transporte. Conhecimento.....	383
---	-----

CAPITULO XV

Contracto de transporte de passageiros. Analogias e differenças. Prova. Direitos e obrigações. Conflictos de leis. Rescisão do contracto.....	453
---	-----





Typ. do JORNAL DO COMMERCIO, de Rodrigues & Comp.

230



Q2108
C72