DA BARATARIA PERANTE OS CONTRATOS DE TRANSPORTE E DE SEGURO MARÍTIMOS

JOSÉ MIRAMAR DA PONTE
Assistente de Direito Comercial

ORIGEM DA PALAVRA BARATARIA

Na opinião de Umberto Pipia, "a palavra *barataria (baratteria)* é de origem incerta", sendo que o ilustre mestre invoca Stracca e De Luca, que a consideram um vocábulo de proveniência barbara. (1).

Encontramos em Daniel Danjon, a seguinte explicação a respeito da procedência do têrmo barataria: "Esta expressão se deriva da antiga palavra francesa *barat,* que significava *engano, picardia,* e, durante muito tempo, foi empregada, conforme a sua

(1) "Trattato di Diritto Maritimo", Milão, 1901, vol. 2, pág. 247. Barattaria vocabulum barbarum, cosi lo Stracca, a recentioribus jurisconsultis usurpatum, et quo vernacula longua ultimur et consueverunt juris interpretes, plerumque ad judices referre (Glossa, XXVI, n. 1). Vocabulum barattaria, aggiunge il De Luca, neque in juri communi neque apud lingua latina professores usitatum reperitur, illudque est potius barbarum inductum ex usu navigantium, atque usurpatur pro fraud, seu ribalderia vel Callididate (Dis. CVI n. 28.)"

origem, para designar sòmente as faltas intencionais, as malversações da gente do mar".

Esclarece, ainda, o eminente maritimista que, atualmente, a palavra barataria tem aplicação mais ampla, abrangendo, também, as faltas não intencionais do capitão e da tripulação (2).

O "Nouveau Larousse Illustré", publicado sob a direção de Claude Augé oferece êsse significado à "Baraterie (de barat-fraude): Volerie impudente, Baraterie de patron".

No mesmo sentido responde o "Diccionario de Derecho Privado", de Inacio de Casso y Romero e Francisco Cervera y Jiménez, Madrid, 1.950," Barateria — Del francés *barat* derivado a su vez del céltico *barad,* engano."

O CONCEITO DE *BARATARIA,* NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

FRANÇA

Ensina Georges Ripert que, no Código Commercial Francês (art. 353), as prevaricações e as faltas do capitão e da equipagem, eram e são ainda designadas pela expressão tradicional *barataria* do patrão. E acrescenta que o referido código usa a palavra *faltas* para significar os atos não intencionais as imprudências e as negligências (3).

Nesse ponto, Ripert refuta o argumento emitido por De Courcy, segundo o qual, o segurador sòmente está exonerado de responder, mediante o pagamento ressarcitório, com relação às faltas graves do capitão, por serem estas as que caracterizam a barataria, respondendo, entretanto, pelas faltas ligeiras ou leves, que não podem ser evitadas numa expedição marítima.

E assim é que, Ripert, embora reconhecendo que é engenhosa essa explicação prestada por De Courcy, oferece-lhe objeção, por considerá-la contrária ao sentido do texto (art. 353 do Código Commercial Francês), tanto mais quanto a Ordenança

(2) "Tratado de Derecho Maritimo", tradução de Faustino Menendez — Pidal, Madrid, 1.932, 1a. ed., tomo II, pág. 138.

(3) ""Traité Géneral Théorique et Pratique de Droit Commercial", de Edmund Thaller, "Droit Maritime", por Georges Ripert, Paris, 1913, tomo 2, pág. 965.

de 1681 (livro III, título IV, art. 28) isentava os seguradores quanto aos "danos causados pela falta dos mestres e marinheiros," utilizando, assim, uma fórmula geral, com objetivo de englobar tôdas as faltas.

É ainda Ripert quem nos explica que "o armador não responde sòmente por suas faltas pessoais: sua responsabilidade é ainda determinada por tôdas as faltas cometidas por seus prepostos". E conclui dizendo que, se a verificação do risco previsto no contrato era causada pelas faltas dos representantes do segurado, o segurador não deveria responder por êsse risco (4).

Aduz, finalmente, o ilustre mestre, que essa regra foi sempre admitida no seguro sôbre corpo (navio), no qual, a falta do capitão não poderia criar para o segurador a obrigação de indenizar, ao contrário do que sucede no seguro sôbre faculdades (mercadorias), onde aquela norma tem menor aplicação.

Passemos, agora, a palavra a Daniel Danjon que, repetindo o que já foi exposto, nos comunica que, na França, "las faltas del capitán, y, por extensión, las de los otros miembros de la tripulacíon, son conocidas en el lenguaje maritimo bajo el nombre de barateria de patrón."

E em continuação, reafirma que "na França, desde o direito antigo, a palavra barataria se estendeu pouco a pouco a umas faltas não intencionais, tais como a imperícia, imprudências ou negligências (Valin, "Sôbre a Ordenança de 1681, L, III, t, 6, art. 28; Emérigon "Seguros", CH: XII, setembro, 3,), e é, em geral, empregada, atualmente, nesta acepção ampla (Tribunal do Comércio de Anvers, 14.6.1887); Tribunal do Comércio de Marselha, 9.3.1906; Desjardins, II, número 376; Lyon Caen e Renaul, V, nº 524 — 5 e 6 —.

Esclarece, em seguida, Danjon que os riscos de barataria têm sido tratados, de maneira diferente, de acôrdo com as épocas, tendo sido, inicialmente, considerados como absolutamente insusceptíveis de seguro. Assim, a Ordenança de Bilbáo de 1560

(4) Ripert, obra citada, tomo 2, pág. 964.

(5) Daniel Danjon, págs 138-139, obra citada, tomo II.

(6) "Nouveau Répertoire de Droit", tomo premier, 1947, Emmanuel Vergé et Georges Ripert, pág. 263.

dispunha que "segundo os antigos usos e costumes, o seguro de barataria era nulo (Cap. 46). A Ordenança de Felipe II para os Países Baixos, de 1563, determinava igualmente que não poderia haver seguro contra a barataria, roubos e malversações do capitão e da tripulação do barco (t. VII, art. 4).

Mais tarde, êste sistema foi atenuado: segundo o "Guión del Mar", a barataria não seria a cargo dos seguradores do navio (cap. XV, art. 4º), mas ficaria garantida, de uma maneira subsidiária, pelos seguradores de mercadorias, que poderiam ser demandados pelos comerciantes carregadores, depois de serem discutidos os bens do armador (cap. V. art. 5, cap. IX, arts. 1º e 2º.)

Acrescenta, também, que a Ordenança de 1681 avançou mais, suprimindo a diferença entre os seguros de cascos e os seguros de mercadorias, e admitindo que não estariam obrigados os seguradores a suportar as perdas e danos sofridos pelos navios e mercadorias por culpa dos capitães e marinheiros, se, pela apólice, não ficasse a seu cargo a barataria do capitão (L. III. T. VI, art. 28); o que "equivalia a dizer, claramente, que os riscos de barataria não são cobertos de pleno direito pelos seguros marítimos, mas podem sê-lo em virtude de uma cláusula do contrato".

Conclui, então, Danjon que o Código de Comércio da França reproduziu a solução acima, sob forma um pouco diferente, ao estabelecer que o "segurador não responde pelas prevaricações e faltas do capitão e da tripulação conhecidas com o nome de barataria do patrão, se não existe pacto em contrário" (art. 353). 7.

Bordando comentários em tôrno do conceito de barataria na França, emite Pothier opinião semelhante à de Ripert e Danjon: "o têrmo barataria do patrão (patron) abrange tôdas as espécies, tanto de dolo, como da simples imprudência, falta de cuidado, imperícia, do capitão, ou da equipagem'. 8.

A norma do direito francês, no sentido da exoneração do segurador por motivo de barataria, é adotada pelos seguintes paí-

(7) Obra citada, tomo 4, pág. 302, n. 1.333.

(8) *Apud* João Vicente Campos, "Da Avaria Particular no Direito Nacional e Internacional" pág. 95, n. 192.

ses: Itália (art. 618 do Código Comercial). Rumania (art. 630), Espanha (Art. 756, parag. 5°), Chile (art. 1260), Argentina (art. 1.208, n° 11) Egito (art. 195), Turquia (art. 198), Portugal (art. 604, e Peru (art. 769).

Ainda sôbre o contrato de transporte marítimo, na França, devemos dizer que, até 1936, era o mesmo regido quase exclusivamente pelo Código Comercial, bem assim pelas cláusulas dos conhecimentos que derrogavam aludido diploma legal em muitas de suas disposições de caráter facultativo.

Atualmente, essa matéria é regulada pela Lei de 2 de abril de 1.936 e pela Convenção de Bruxelas, de 25 de outubro de 1924, ambas inspiradas nos princípios de ordem pública, sendo que ainda subsistem algumas disposição constantes do Código de Comércio (9).

O art. 4 daquela lei preceitua que o transportador é responsável por tôdas as perdas e danos sofridos pelas mercadorias, ressalvada a prova de que sejam oriundos de determinadas causas, dentre as quais, incluiu as "fautes nautiques du capitaine, des marins, pilotes ou autres préposés" (art. 4, n° 1°).

Ora, reconhecido que as faltas náuticas, conforme a mesma lei, não caracterizam a barataria, sendo sabido ainda, que não foi esta situação faltosa mencionada como causa exonerativa, verificamos, em conseqüência, que continua a barataria a impor responsabilidade ao transportador.

É o que esclarece o dispositivo legal invocado, ao estabelecer, *in-fine,* que "todavia, em todos os casos excetuados, o carregador poderá fazer a prova de que as perdas e danos são devidos a falta do transportador ou a falta de seus prepostos não cobertas pelo § 1°, dêste artigo".

Logo, pode o carregador comprovar que a falta decorreu de barataria do capitão, a qual não foi considerada exonerativa pelo mesmo § 1°, o que enseja a responsabilidade do transportador.

No tocante ao contrato de seguro, registramos, que, na França foi publicada "La Loi sur le Contrat d' Assurance", de

(9) "Manuel Pratique du Transport des Marchandises par Mer", Francis - Sauvage, Paris, 1955, pág. 7.

13.7.1930, que tem por escopo principal "réglementer les rapports entre l' assureur et l' assuré", não se aplicando, entretanto, aos seguros marítimos, que continuam objeto do título X do Código de Comércio (Art. 1°) (10).

ITÁLIA

O direito comercial italiano, através do seu código, aceita como elemento característico da barataria o dano causado apenas por culpa do capitão ou da tripulação, sendo que alguns doutrinadores a restringem "ai fatti, dolosi e ai coplosi, quando revistano una tal gravitá de equiparsi al dolo" (11).

Com referência ao risco de barataria, devemos acentuar que por êle não responde o segurador, numa chancela a uma norma tradicional do direito italiano. Esclarece, entretanto, Ripert que, no século XVI, na Itália, admitia-se que os carregadores pudessem assegurar-se contra as faltas do capitão, e o "Guidon de la Mer" contém essa regra permissiva (12). Na Itália, nem tôda falta constitui barataria, razão por que as simples faltas náuticas não são reconhecidas como tal (X).

ESPANHA

Consignemos o ensinamento de Francisco Farina, segundo o qual, "em seu sentido técnico, a barataria do capitão constitui um ato doloso, quer dizer, intencional com fraude e em prejuízo do armador . Para os efeitos civis não é necessário que a barataria implique o dolo e pode, em um sentido geral, estimar-se que existe, quando pode imputar-se uma culpa grave. Mas o capitão não é ùnicamente responsável, quando concorre dolo ou culpa;

(10) "La Loi sur le Contrat D"Assurances", por Cesar Ancey e Lucion Sicot, pág 19.
(11) Umberto Pipia, obra citada, vol, 2°, n° 1.371.
(12) Ripert, obra citada, tomo II, pág. 964.
(X) O autor do presente trabalho não examinou o moderno Código de Navegação italiano, por lhe não ter sido possível conseguir-lhe um exemplar. Esclarece, entretanto, que, em sua exposição de motivos ao nosso Código de Navegação Comercial (projeto n° 1), o Prof. Adroaldo Mesquita explica que o referido projeto inspirou, dentre outras legislações, naquele novo Código italiano, no tocante ao contrato de seguro.

sua responsabilidade pode derivar também de negligência, imperícia e de um êrro de juízo e de cálculo, caso freqüente nas manobras por motivo de abordagem" (13).

Dessa opinião constatamos que, na Espanha, em seu conceito técnico, a barataria importa em voluntariedade, malícia e prejuízo ao armador.

Entretanto, para os efeitos civis, isto é, no que diz respeito ao problema da responsabilidade ressarcitória, pode a barataria configurar-se através de um ato constante de culpa grave, sendo que a responsabilidade do capitão pode provir, também, da negligência, imperícia e até mesmo de um êrro ou engano de discernimento e de cálculo.

Conforme já tivemos oportunidade de acentuar, no País em estudo, as apólices de seguro marítimo exoneram o segurador em conseqüência do risco de barataria, ressalvada, todavia, a hipótese de o mesmo ter sido objeto do seguro (art. 756, § 5° do Código Comercial — Tribunal Superior da Espanha) (14).

Assim é que, dispõe o Código Espanhol, de 22 agôsto de 1.885, ed. de 1.913:

"Art. 756: No responderán los asseguradores de los danos y perjuicios que sobrevengan á las cosas asseguradas por cualquiera de las causas siguientes, aunque no se hayan excluido en la poliza:

5) Baratteria del patrón, à no ser que fuera objeto del seguro".

INGLATERRA

Perante o direito inglês, a barataria consta de um ato criminoso ou quase criminoso, em cuja causa encontra a sua essência, como preleciona Arnould (15). No mesmo sentido, Govare ("L'Assurance Maritime Anglaise"), pág. 73.

Assim, jamais poderá constituir barataria a perda resultante da ignorância, ou inépcia do capitão, de um engano na interpretação de suas ordens, ou quanto ao melhor modo de executá-las.

(13) "Derecho Comercial Maritimo" tomo I, pág. 245.
(14) Fariña, obra citada, tomo IV, pág. 140.
(15) "On the Law of marine insurance", vol. II nº 838.

Se o capitão procede, portanto, de acôrdo com a sua convicção, embora errônea, não existe barataria, que também não ocorre quando o ato foi autorizado ou sancionado pelo proprietário do navio, quer tenha sido de modo absoluto, quer tenha sido relativamente à viagem.

Versando o assunto, pontifica o eminente magistrado inglês Lorde Ellenborough que, para configurar-se a barataria, necessário se torna que se verifique, pelo menos, a fraude (16).

Na Inglaterra, a barataria constitui um risco que compete ao segurador, que, sòmente se livrará dessa responsabilidade, ajustando na apólice cláusula que a exclua (Marine Insurance act. 1906, art. 55, 2º, letra a). A jurisprudência americana (EE. UU.) acompanha essa mesma norma.

* * *

Adotam essa orientação do direito inglês de atribuir ao segurador o risco de barataria, os seguintes países: Alemanha, § 820, do Código Comercial; Finlândia art. 207, nº 6, do Código Comercial; Bélgica, Lei de 10.2.1.908, art. 207: Holanda, art. 637.

Ripert nos ensina que as legislações dos Países Baixos (arts. 637, 640 e 641, do Código Comercial) e de Portugal (art. 1752, 1.576 e 1757 do Código Comercial) afirmam a responsabilidade do segurador no seguro sôbre faculdades, mas não no seguro sôbre corpos (17).

ARGENTINA

Assevera Mario A. Rivarola que, na Argentina, "os artigos 908 e 909 declaram o capitão responsável pelos danos ao navio e à carga por sua negligência ou pelos atos da tripulação, e igual

(16) Barratry includes every species of fraud in the relation of master to his owners by which the subject matter of the insurance might be engagered" Philipps. "A Treatise on the law of insurance", vol. I. pág. 620.

(17) Obra citada, vol. II, págs 968-969.

responsabilidade pelos que provenham de má arrumação da carga. Em concordância com estas previsões, o artigo 1.208, inciso 7°, exclui do risco assumido pelo segurador, os danos por falta de estiva ou má arrumação da carga", e o inciso 11 exclui, igualmente, os danos provenientes da barataria do capitão ou da tripulação, ou seja "todo ato por sua natureza criminal praticado pelo capitão no exercício de seu emprêgo ou pela tripulação, ou por um e outra conjuntamente, do qual resulta grave dano ao navio ou à carga, em oposição à vontade presumida dos donos do barco". (18).

Observamos, de logo, que, para verificar-se a barataria no direito argentino, deve o ato ter caráter criminoso, à semelhança do que sucede no Brasil, sendo que, como acontece, também, em nosso País, na Argentina está o segurador exonerado do risco decorrente da barataria.

Quanto aos arts. 908 e 909, notamos que a falta constante de negligência e os atos da tripulação, provocadores de danos ao navio ou à carga, determinam a responsabilidade do capitão, a qual pode também resultar da ocorrência de má estiva.

Carlos Malagarriga, em recente obra editada em Buenos Aires, em 1.954, após ratificar que o segurador não responde pelo risco proveniente de barataria, reitera que, naquele país, barataria é "qualquer dolo do capitão ou da tripulação, no exercício de suas funções, e com conseqüências prejudiciais graves para o segurado" (19).

Tratando dos "seguros contra os riscos do transporte por rios e águas interiores e por terra", distingue o aludido comercialista que "o seguro contra os riscos do transporte por rios e águas interiores está submetido a regras especiais que se aplicam também ao seguro contra os riscos do transporte terrestre, pela semelhança que se considerou existente entre um e outro meio de transporte".

E conclui, "enquanto nos seguros sôbre os riscos de navegação em geral, o segurador não responde pela barataria do capi-

(18) Rivarola, "Tratado de Derecho Comercial Argentino", tomo VI, 1.940. pág. 450.
(19) Malagarriga, "Derecho Comercial inclusive Maritimo y Quiebras", 6ª ed., pág. 189.

tão ou da tripulação, nestes responde pelos danos causados, tanto por culpa como por fraude, dos encarregados de receber, transportar ou entregar os efeitos" (20).

Defrontamos, nesse ponto, uma distinção de situações com a dispensa conseqüente de tratamentos diversos.

A razão dessa inclusão do risco de barataria encontra-se na facilidade de uma fiscalização mais eficiente dos atos do capitão e da tripulação, nesse transporte por rios e águas interiores, dada a limitação das distâncias, o que, por certo, diminui a prática da barataria e, em conseqüência, os casos de ressarcimento por parte do segurador.

O CONCEITO DE BARATARIA, NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA — A BARATARIA EM FACE DO CÓDIGO COMERCIAL DE 1850 E DO CÓDIGO DE NAVEGAÇÃO COMERCIAL (PROJETO Nº 1, DE 1951) — SUA CONCEITUAÇÃO E RISCO — CONVENIÊNCIA DE OUTRA ORIENTAÇÃO

Perante o nosso Código Comercial de 1.850, art. 712, barataria ou rebeldia "é todo e qualquer ato, por sua natureza, criminoso, praticado pelo Capitão, no exercício de seu emprêgo, ou pela tripulação ou por uma e outra, conjuntamente, do qual aconteça dano grave ao navio ou a carga, em oposição à presumida vontade do dono do navio".

Examinando a letra do dispositivo invocado, observamos que, para a caracterização da barataria, faz-se mister que o ato seja de natureza criminosa, excluída, portanto, a hipótese de o capitão e a tripulação danificarem a carga com o objetivo da salvação comum.

É o que inferimos dessa lição de Avio Brasil: "O capitão é responsável pelo insucesso dos seus atos, principalmente irrefletidos, com preferências erradas, sem as preocupações precisas e resultantes de modo inverso. O que não se pode é classificar de *barataria* um ato que, errado embora, teve o único intuito de salvação. A *barataria* é fraude, é ação perversa, propositadamente praticada" (21).

Segue o mesmo ponto de vista João Vicente Campos, ao

(20) Obra citada, págs. 192-193.
(21) "Transportes e Seguros Marítimos e Aéreos", 1955, pág. 136.

concluir que "nossa lei, assim, conceitua a barataria como um crime. No particular, nosso Código afasta-se das legislações marítimas, que, em geral, constituem sua fonte" (22).

Em abono dessa orientação de nosso código, no sentido do caráter criminoso do ato para a ocorrência da barataria, indicamos essas amostras de nossa jurisprudência, publicadas na "Revista de Direito", vol. 8º, pág. 81, vol. 22, pág. 506; "Pandetas Brasileiras", vol. II, 2a. parte, pág. 511 — sentença do Dr. Waldemar Moreira.

Situando a questão, no tocante ao contrato de seguro, estabelece o art. 711, nº 12, do Código Comercial, que o segurador não responde por dano ou avaria que aconteça por motivo de rebeldia do capitão ou da equipagem; salvo havendo estipulação em contrário declarada na apólice.

Verificamos, em conseqüência, que a chamada barataria simples, isto é, aquela que abrange os atos resultantes da culpa específica do capitão e da tripulação, atos êsses que não importam em ofensa às leis penais, constitui risco a cargo do segurador.

Constatamos, igualmente, permitir nossa lei que o segurado e o segurador ajustem, mediante estipulação na apólice, que a barataria constitua risco a ser coberto por êsse último, ressalvada, sòmente, a nulidade dessa convenção, "sendo o seguro feito pelo capitão, por conta dêle ou alheia, ou por terceiros por conta do capitão (art. 711, nº 12, do Código Comercial).

Com efeito, a expressão "o segurador não responde" da disposição citada, representa, apenas, uma orientação interpretativa da vontade presumida das partes, tendo eficácia sòmente se elas não manifestarem pretensão contrária, por intermédio da estipulação consentida.

* * *

Expendidos êsses comentários a respeito da barataria e suas conseqüências, em face do nosso Código Comercial (Lei nº 556, de 25 de junho de 1.850), passemos, agora, a focalizar êsse as-

(22) "Da Avaria Particular no Direito Nacional e Internacional, pág. 95 nº 192.

sunto perante o Projeto nº 1, de 1.951, ora em tramitação no Congresso Nacional, o qual institui o nosso Código de Navegação Comercial.

Trata-se de um projeto apresentado por Adroaldo Mesquita da Costa à Câmara Federal e por êle declarado da autoria de Trajano de Miranda Valverde, Adalberto Darcy, Vicente Campos e Fernando Bastos de Oliveira.

Justificando a apresentação do referido projeto à Câmara dos Deputados, Adroaldo Mesquita, em sua erudita exposição de motivos, consignou o seguinte: "Providência legislativa das mais urgentes a reforma da Parte II do Código Comercial que regula o comércio marítimo. Não existe, de fato, no nosso sistema jurídico, lei tanto discorde de suas finalidades e tanto inadequada às relações que governa. Não que essa lei tenha sido uma criação teratológica, como outras muitas que, infelizmente, desabonem a cultura brasileira. Para sua época foi exemplar, e bem mereceu os altos encômios que lhe dispensou o excelso maritimista Desjardins. O mal de que veio a enfermar não foi congênito, mas decorrente do abandono em que a deixaram".

Após formular profundas considerações em tôrno da ausência de atualidade do nosso velho Código Comercial, chamando a atenção para os inconvenientes resultantes de sua ancianidade não reajustada às necessidades e pecularidades do comércio marítimo dos nossos dias, continua aquêle eminente jurista: "Mostra-se assim como é urgente uma nova lei que ponha côbro a tantos males, sistematizando as leis da navegação em regras que, atendendo aos reclamos da Marinha Mercante e comércio nacionais, viessem, a par disso, adequar-se aos princípios adotados nas conferências internacionais, muitas das quais com o sufrágio dos Representantes do Brasil".

E passa, então, a oferecer a razão pela qual foi escolhido o seu nome — Código de Navegação Comercial", "Entre a denominação tradicional de Código de Comércio Marítimo, e a de Código de Navegação Comercial, o projeto preferiu esta: "Um Código Marítimo teria, lógicamente, que abranger tôdas as relações jurídicas relativamente ao mar, campo vastíssimo, sobretudo no direito público, e direito internacional, que não tem cabimento

numa lei que se propõe, apenas, disciplinar e regular a navegação mercantil, e, ao mesmo tempo, os direitos e obrigações das pessoas que a exercem ou dela se utilizam. A designação Código Marítimo ademais seria inadequada encabeçando uma lei destinada a reger não só sôbre o mar, mas também nos rios, lagos e vias aquáticas navegáveis".

Falando da eficácia da lei de navegação, "no espaço, sôbre todos os caminhos aquáticos", explica essa amplitude do novo código, com a extensão do território brasileiro, cujas vias lacustres e artérias fluviais enormes podem ser singradas por navios de todo porte.

E assim é que, o art. 1º do Projeto nº 1 dispõe: "Esta lei regerá a navegação mercante no mar, e nos rios, lagos, lagoas e canais navegáveis do território nacional".

Finalizando, pondera Adroaldo Mesquita que aludido projeto aspira a cumprir os reclamos da consciência jurídica do País e a harmonizar-se ao seu sistema legislativo em vigor, do qual é a Constituição o seu Estatuto Fundamental.

Oferecidas essas explicações a respeito do Projeto nº 1, — Código Navegação Comercial — devemos examiná-lo no que diz respeito à barataria. E, não poderíamos falar dêsse assunto, sem antes demonstrarmos a situação do capitão, com referência àquele projeto.

Registramos que o novo código restringiu as atribuições que eram outorgadas ao capitão pelo Código Comercial, identificando-o tão sòmente "dirigente técnico, preposto ao govêrno de navio, e sua mareação, e representante do poder público a bordo" (23).

Só em situações excepcionais é facultado ao capitão representar o armador ou carregadores, podendo, assim, no caso de ausência do armador, ou seu agente, ajustar fretamentos e contratos de transportes, segundo as instruções recebidas (art. 46 do Código de Navegação Comercial).

Poderá, outrossim, na falta absoluta de outro recurso como o diz o art. 48 vender, para consêrto e aproveitamento do navio,

(23) Adroaldo Mesquita — "Exposição de Motivos" do novo código.

as mercadorias de carga e até hipotecar o próprio navio".

Já o art. 37 considera "responsável pela disciplina, direção e manobra do navio", sendo que o art. 45 estabelece que "o capitão tem voto de qualidade em tôdas as deliberações relativas ao navio, e à carga, podendo proceder, sob sua responsabilidade contra o que foi deliberado".

Ainda sôbre a responsabilidade do capitão, acrescentamos que o art. 50 lhe impõe o dever de zelar pela carga e quaisquer efeitos recebidos a bordo, bem assim devemos salientar que o art. 54 o reconhece "responsável pelas perdas e danos que por culpa sua sobrevierem ao navio, sem prejuízo das ações criminais que no caso couberem".

Por sua vez, dispõe o art. 137 que "o transportador que pagar pelos danos às mercadorias da carga, por culpa, ou dolo do capitão ou tripulação, tem ação contra êles para ressarcir-se".

O disposto nesses artigos consubstancia o princípio da responsabilidade do capitão, na sua qualidade de preposto do transportador (armador ou proprietário do navio).

Ratificam os mesmos dispositivos a norma constante do art. 529 do Código Comercial, segundo a qual "o capitão é responsável por tôdas as perdas e danos que por culpa sua, omissão ou imperícia sobrevierem ao navio ou à carga; sem prejuízo das ações criminais a que a sua malversação ou dolo possa dar lugar (art. 608).

No tocante ao art. 137, do Código de Navegação Comercial, devemos acentuar que consigna regra tradicional, de que nos dá notícia o direito espanhol, através de seu preceito que não faculta aos terceiros ação direta contra o capitão, admitindo-lhes, entretanto, a ação contra o proprietário do navio, que, por sua vez, acionará o capitão (24). Assim, o capitão responde perante o armador ou proprietário, e êste perante os terceiros.

Danjon, doutrinando sôbre o direito francês, ensina que o capitão e os membros da tripulação, sendo os encarregados ou mandatários do armador são responsáveis perante a pessoa dêste, com relação ao cumprimento de seus deveres e exercício de suas

(24) Diccionario de Derecho Privado, de Romero e Jiménez, pág. 602.

funções, estando, em certos casos, obrigados, por seus atos, perante terceiros, com quem estabelecem contacto por motivo de suas funções, sendo que, finalmente, por seus atos profissionais, obrigam o seu armador ou proprietário para com os terceiros interessados.

E acrescenta o emérito jurista que o serviço da gente do mar, põe em jôgo uma série de responsabilidades: responsabilidades dessa gente para com terceiros, responsabilidades essas que se inspiram nos princípios do direito comum, mas que, através de certo ponto de vista, recebem do direito marítimo uma feição especial (25).

Aliás, essa responsabilidade do armador junto a terceiros, resultante das faltas do capitão e da tripulação, é indispensável à estabilidade das relações constantes dos negócios marítimos, sendo um estímulo ao desenvolvimento das mesmas operações.

Realmente, a garantia constituída pela responsabilidade da gente do mar é, na verdade, insuficiente, e, por certo, acarretaria um retraimento dos terceiros nas suas relações marítimas, não fôsse a segurança que a responsabilidade do armador ou proprietário do navio inspira.

Comentando a figura do capitão e o fundamento e alcance de sua responsabilidade, declara Thaller que "o capitão é pessoalmente responsável pelas faltas que êle comete em prejuízo do armador ou de terceiros" e acrescenta que a sua responsabilidade pelas faltas que pratica fora de suas funções de comandante é aquela a que tôda pessoa está obrigada.

Ensina, ainda, o insigne mestre que o capitão é responsável pelo cumprimento da missão que lhe foi confiada e que essa responsabilidade de origem contratual lhe impõe o dever de levar a bom têrmo a expedição, sendo que dela não se poderia exonerar completamente, porque o descumprimento de certas obrigações suas constitui crime, sendo, por conseguinte, nula a convenção ajustada com objeto ilícito (art. 238 do Código Comercial Francês; art. 6, do Código Civil (26).

Conforme a lição de Farina "a maioria das legislações ma-

(25) Obra citada, tomo II pag. 137-138.
(26) THALLER, obra citada, pág. 579, nº 731 pág. 581, nº. 735.

rítimas estabelece o princípio da responsabilidade do capitão na execução do contrato de transporte marítimo ou de fretamento, salvo a prova de concorrer motivo de fôrça maior. Na jurisprudência inglesa, a fôrça maior não é, em princípio, causa de exoneração do transportador" (27).

E, se como revela Aguiar Dias, citando Gautier, "... o capitão não é um preposto comum..." pois não é "... máquina ininteligível, mas ser independente", (28) mais se firma a sua responsabilidade, em razão mesmo dessa sua autonomia excepcional, expressa em prerrogativas especiais. Verdade que essas prerrogativas não são mais aquelas do direito antigo que o erigiam num verdadeiro agente comercial. Mas, muitas delas ainda subsistem.

Com efeito, se goza o capitão de excepcional liberdade no seu poder de deliberar, em virtude mesmo da ausência de uma fiscalização próxima, por parte do armador, mais avulta a sua obrigação de agir bem, vez que, em suas resoluções, encontra-se, de certa maneira, desacompanhado.

É o que ocorre quando o capitão procede, sob sua responsabilidade contra o que foi deliberado relativamente ao navio e à carga, no exercício da faculdade que lhe é conferida pelo art. 45 do Código de Navegação Comercial.

Capitão de navio, "devemos entender aquêle a quem cabe todo o cuidado dêle" e "desde que contratado e investido de seu pôsto, êle passa a ser o diretor técnico do navio e o gerente do estabelecimento industrial, que neste se contém, sendo ainda "o garante de tôdas as suas faltas, mesmo leves, no exercício de suas atribuições e poderes, provenham elas de imprevidência ou decorram da ignorância de seu ofício, senão do incumprimento das obrigações impostas pelas leis, regulamentos ou usos do comércio local", conforme diz Waldemar Ferreira.

Estudando o contrato realizado entre o capitão e a tripulação, de um lado, e o armador ou proprietário do navio, do outro, ensina o mesmo comercialista brasileiro que "são prepostos dos proprietários ou do armador o capitão e a oficialidade, tanto

(27) Francisco Fariña, Derecho Comercial Maritimo, tomo I, pág. 244.
(28) Aguiar Dias, Cláusula de Não-Indenizar", 2a. ed., pág. 153.

quanto a tripulação do navio. Celebra-se entre êstes e aquêles, intuitivamente, o contrato de preposição mercantil" (29).

O nosso Código Comercial usou indistintamente as palavras *capitão* e *mestre,* como concluimos do art. 496 do Código Comercial. Entretanto, o Regulamento para a Capitania dos Portos no capítulo XXXVIII do título I (Arts. 355 e segs) e no capítulo XLII (art. 395 e segs), considera capitão o comandante de navio empregado na navegação de longo curso ou de grande cabotagem; *mestre* o de navio usado no serviço de pequena cabotagem; já o têrmo *patrão* é usado para o capitão das embarcações de pesca e o de *arrais* para os que verificam a navegação de pôrto.

Em face das considerações expendidas a respeito do capitão, concluimos que, embora as suas atribuições e prerrogativas não sejam as mesmas que lhe assistiam nos tempos antigos, ainda assim, é êle, atualmente, a figura principal da armação. Sua posição de destaque confere-lhe direitos, mas, também, lhe impõe obrigações e responsabilidades muito sérias.

Com efeito, segundo verificámos do disposto no art| 529 do Código Comercial e nos arts. 37, 45, 50, 54 e 137, do Código de Navegação Comercial, são enormes as responsabilidades a que está sujeito o capitão.

Mas, não são sòmente êsses códigos que regulam o assunto, por isso que a Lei nº 2.180, de 5 de fevereiro de 1.954", que dispõe sôbre o Tribunal Marítimo", preceitua o seguinte:

Art. 13 — Compete ao Tribunal Marítimo:

I — julgar os acidentes e fatos de navegação

a) definindo-lhes a natureza e determinando-lhes as causas, circunstâncias e extensão;

b) indicando os responsáveis e aplicando-lhes as penas estabelecidas nesta lei".

Art. 17 — Na apuração da responsabilidade por fatos e acidentes da navegação, cabe ao Tribunal Marítimo investigar:

a) se o *capitão,* o prático, o oficial de quarto, outros membros da tripulação ou quaisquer outras pessoas foram os *causadores por dolo ou culpa.*

(29) Instituições de Direito Comercial, 4a. ed., vol. 4. págs. 145, 146, 161 e 160.

Art. 21 — Nos processos instaurados perante o Tribunal Marítimo em que houver crime ou contravenção a punir, nem esta nem aquêle impedem o julgamento do que fôr da sua competência, mas finda a sua ação, ou desde logo, sem prejuízo dela, serão remetidas, em traslado, as peças necessárias a ação da Justiça".

Vemos, portanto, como é severa a fiscalização exercida sôbre a pessoa do capitão pelo Tribunal Marítimo, que pode, ainda, de acôrdo com o art. 124 da Lei nº 2.180, impor àquele e a outros tripulantes pena de suspensão, ou de multa, ou ambas cumulativamente, "quando ficar provado que o acidente ou fato de navegação ocorreu", por motivo, dentre outros, de "êrro de navegação" e até de prática de que, geralmente, se deve omitir ou omissão do que, geralmente, se deva praticar".

Trata-se de uma lei relativamente recente, que considera faltas do capitão, não só as de caráter doloso, como também as culposas (art. 17, *a)* e, até mesmo, os êrros de navegação, reconhecidos excusáveis por alguns.

Por sua vez, o art. 61 do Código de Navegação Comercial, ao estabelecer a responsabilidade do pilôto, nos casos em que, culposamente 'perder o navio ou lhe causar dano", acrescenta que essa responsabilidade não exclui a do capitão.

* * *

Passemos, agora, a apreciar a barataria, desenvolvendo novas noções a respeito de seu conceito, principalmente, no que se refere ao Código de Navegação Comercial.

Determina o art. 181 dêsse projeto que "Salvo convenção em contrário o *segurador do navio* não responderá pelos danos decorrentes:

a) DA BARATARIA DO CAPITÃO OU TRIPULAÇÃO. Entende-se por barataria *ato doloso* praticado pelo capitão ou tripulação, do qual aconteça dano ao navio, ou à carga, ou a ambos".

Notámos, assim, que, no seguro do navio, o segurador não responde pelo risco proveniente de barataria, que, de acôrdo

com o dispositivo citado, sòmente abrange os atos inquinados de dolo, excluídas, portanto, as práticas culposas.

Observamos, entretanto, que o mencionado artigo, à semelhança do art. 711, nº 12, do Código Comercial, admite que segurado e segurador combinem, mediante convenção, deva a barataria constituir risco a cargo dêsse último.

Assim, a expresssão "o segurador do navio não responderá" está na mesma situação da fórmula idêntica do art. 711, nº 12, citado, aplicando-se às duas disposições o mesmo comentário formulado, quando da apreciação daquele artigo do Código Comercial.

Vejamos, agora, o art. 195 do Código de Navegação Comercial:

"O segurador de mercadorias não responde, salvo cláusula expressa em contrário, pelos danos decorrentes:

a) do vício próprio, má qualidade, de mau acondicionamento das coisas seguras;
b) das despesas portuárias, e da armazenagem, impostos, taxas e multas;
d) das restrições à importação ou exportação;
e) de diferenças e restrições cambiais;
f) dos casos das letras *d* e *f* do art. 181".

Ora, em não tendo o art. 195 incluído no rol dos motivos excludentes da responsabilidade do segurador, a ocorrência de barataria, é evidente que o risco oriundo dessa causa está a cargo do segurador.

No tocante ao seguro de frete e ao seguro de lucro esperado, estabelece o Código de Navegação Comercial:

"Art. 201 — Ao seguro de frete antecipado e pago em qualquer hipótese aplicam-se":

a) no contrato de fretamento as regras do seguro de navio;
b) no contrato de transporte as regras do seguro de mercadorias;

Art. 205 — O seguro do lucro esperado seguirá a sorte das mercadorias respectivas".

Assim, os comentários expendidos em tôrno dos arts. 181 e 195, ajustam-se às situações previstas nos arts. 201 e 205.

Já tendo nós dado o conceito de barataria de acôrdo com o art. 712 do Código Comercial, e art. 181 letra *a* do Código de Navegação Comercial, vamos aduzir novos elementos nesse tocante.

José Náufel, no "Novo Dicionário Jurídico Brasileiro vol I, pág. 267, define a barataria: Todo e qualquer ato de caráter criminoso ou contrário ao cumprimento do dever, praticado pelo capitão no exercício de seu emprêgo, ou pela tripulação, ou por um e outra, conjuntamente, do qual aconteça dano grave ao navio, à carga ou aos passageiros (arts. 712 C. Com.).

Por sua vez, vemos em Bento de Faria (30), que a "rebeldia do capitão, definida pelo art. 712 (também chamada barataria, ribaldia, ribaldaria, F. Borges, Dicc. Comm) dá-se tôdas as vêzes que o capitão faz o que não devia ou deixou de fazer o que lhe cumpria "Bédarride, "Dic. Com. Maritimo", vol. 4º, nº 1270 Vidari, "Corso di Diritto Commercial, vol. 7, pág| 88".

Compulsando o "Diccionario de Derecho Privado", de Romero e Jiménez, vemos o seguinte: "A barataria é um conceito jurídico muito impreciso. Assim, uns autores, como Gay de Montellá a definem num sentido muito amplo, incluindo nela todos aquêles atos que produzem um dano e não são conseqüência de um acidente de mar. Outros, entre êles Onerol, focalizam a definição através de um ponto de vista penal, considerando a barataria como todo ato punível que importa num prejuízo grave ao dono do navio ou ao carregador, praticado pelo chefe da tripulação da nave. O conceito espanhol de barataria é amplo e, segundo Garrigues, "abrange todo dano que provenha de um ato ou omissão do capitão, seja por malícia ou dolo, seja por imperícia, negligência ou descuido" (31).

Por acórdo de 20 de outubro de 1.906, o Supremo Tribunal Federal decidiu que "é matéria controvertida se a imperícia e negligência entram no conceito de barataria" (32 e 33).

E já que falamos tanto sôbre a natureza criminosa da bara-

(30) Direito Comercial Brasileiro, 2a. ed., pág. 552.
(31) Pág. 602.
(32) Ac. de 31.1.1903, Direito, vol. vol. 91 pág. 356; e de 21.12.28, Revista de Direito, vol.98, pág. 505.
(33) "Revista de Direito", vol. 3, pág. 525.

taria e a respeito de dolo e culpa, demos a palavra ao Ministro Nelson Hungria, "A culpabilidade assume duas formas únicas: o dolo e a culpa (stricto sensu) Dolo é a vontade livre e conscientemente dirigida ao resultado antijurídico ou, pelo menos, aceitando o risco de produzi-lo. Culpa, é a omissão da atenção, cautela ou diligência normalmente empregadas para prever ou evitar o resultado antijurídico. No dolo, ação (ou omissão) e resultado são referíveis à vontade; na culpa, de regra, sòmente a ação (ou omissão) (34).

Exposto o conceito de dolo e culpa junto ao Direito Penal, encaremos as mesmas situações perante o Direito Civil, nesses ensinamentos de Clóvis Beviláqua: "Tal como resulta dos têrmos do art. 159, ato ilícito é a violação do direito ou o dano causado a outrem por dolo ou culpa. Odolo consiste na intenção de ofender o direito ou prejudicar o patrimônio por ação ou omissão. A culpa é a negligência ou imprudência do agente, que determina violação de um dever preexistente. Se êsse dever se funda em contrato a culpa é contratual, se no princípio geral do direito que manda respeitar a pessoa e os bens alheios, a culpa é extra-contratual, ou aquiliana" (35).

Verificámos que ao Direito Civil o que interessa é a existência do ato ilícito, configure êle ato de dolo ou de culpa, pois a responsabilidade civil de alguém consiste numa obrigação jurídica de ressarcir o dano que provocou.

Carvalho de Mendonça, pontificando a respeito da questão, endossa no Direito Comercial os conceitos acima, ao declarar que quem não executa ou não cumpre inteiramente a sua obrigação, responde por tôdas as conseqüências de seu inadimplemento, uma vez que a culpa se traduz em todo ato, doloso ou culposo, prejudicial ao direito de outrem (36).

O nosso Código Comercial faz várias referências à culpa através das expressões "negligência culpável" arts. 78 e 162; "falta exata e fiel de execução de ordens e instruções", art. 78; "falta de diligências", art. 94; omissão, ou omissão culpável,

(34) "Comentários ao Código Penal", 2a. ed. vol. I, tomo II, pág. 109.
(35) Código Civil, 1a. ed. obs. 1 ao art. 159, pág. 344.
(36) Tratado de Direito Comercial Brasileiro, 5a. ed., vol. I, 1a. parte pág. 329.

arts. 99, 115, 162, e 243; "falta", art. 197; "imperícia", art. 243.

Apresentadas essas explicações sôbre dolo e culpa, ouçamos a lição dos doutrinadores que entendem que a barataria abrange essas duas manifestações do ilícito.

Stoll Gonçalves consigna: "Chama-se barataria, ribaldia, ribalderia, ou rebeldia), do velho francês *barat* engano, fraude, tôda e qualquer deliberação extraordinária do capitão ou agente da tripulação, tomada sem justa causa, ou em contrário à lei e às normas da navegação ou qualquer falta, *mesmo não intencional,* pelos mesmos praticada, em prejuízo do navio ou da carga (37).

Por sua vez, o Visconde de Cayru, José da Silva Lisboa, ensina, também, "ainda que êste têrmo barataria, segundo os Autores Italianos, signifique, na sua etimologia, todo delito e prevaricação", que o Mestre do Navio ou Embarcação, comete no exercício de seu ministério, e se restrinja ùnicamente aos fatos que contêm desígnio ilegal, contudo presentemente, segundo a inteligência mercantil, debaixo da generalidade de barataria compreende-se tanto o dolo, e fraude intencional, como a simples negligência, incúria, êrro, imprudência e imperícia do Mestre, e gentes da Equipagem, de que resulte a perda total, ou parcial do Navio e sua carga' (38).

A preleção de Carvalho Santos é no sentido de que "no caso de infração de qualquer das suas obrigações ocorre o que pelo nosso Código Comercial é denominado barataria ou rebeldia" (39).

Assinala Waldemar Ferreira a obrigação que compete ao capitão de tomar as providências e cautelas no sentido de que a expedição marítima por êle comandada chegue a bom pôrto.

Acrescenta que "de sua vigilância permanente e segura podem resultar os melhores resultados. Por isso, não seja desatento. Nem negligente; muito menos, não seja rebelde, infringindo as obrigações que lhe incumbem. Não consinta que se lhe possa atribuir a prática do que se tem havido como barataria do ca-

(37) "Do Seguro Marítimo de Mercadorias" pág. 190.
(38) "Princípios de Diretio Mercantil e Leis de Marinha, tomo II pág. 64.
(39) 'Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", vol. 7, pág. 189.

pitão. Já houve quem como tal houvesse o procedimento dêste quando faz o que não deve ou deixa de fazer o que lhe cumpre. Está isso previsto no art. 712".

E adotando o ponto de vista de Silva Costa, adverte de que não se deve atribuir ao legislador a convicção de através dêsse dispositivo do Código Comercial, considerar barataria sòmente quando ocorrer crime por parte do capitão ou da tripulação, pois o que caracteriza a barataria é todo descumprimento das leis da navegação e da guarda, que devem ser obedecidas pelos mencionados agentes.

E continua sufragando a opinião de Silva Costa, segundo a qual, a barataria abrange tôda espécie de fraude, de crime ou delito cometido contra o proprietário, afretador ou carregador" e também tôda a negligência por mais leve que seja, cujo resultado importe a indenização do navio e carga".

Faz, ainda, o mestre Waldemar Ferreira, recomendações ao capitão, no sentido de ser previdente, seguro e cuidadoso no cumprimento de seus deveres regulamentares, para que se lhe não possa imputar a prática de barataria.

Cita, ainda, um acórdão de 2 de outubro de 1.952, do 1º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, "em caso expressivo de barataria" por negligência do capitão, no qual, está reconhecido que "como ensinava Ferreira Borges, a barataria ou rebeldia do capitão, também, denominada barataria, ribaldaria, são tôdas as prevaricações cometidas pelo capitão ou pela tripulação, e pode resultar, por exemplo, do seguinte: de não estar o navio bem estanque; de não estarem bem fechadas as escotilhas durante a viagem; de má estivação e arrumação, do excesso de carga. Tudo isso se chama a negligência do capitão (Dicionário Jurídico-Comercial", pág. 62). Em outras palavras a barataria existe tôdas as vêzes que o capitão fêz o que não devia ou deixou de fazer o que devia (Bedarride, "Du Commerce Maritime", vol. IV nº 1.270 Vidari Corso, vol. VII, loc. cit. Conf. Bento de Faria, "Código Comercial Anotado", vol. I pág. 708 nº 737' (40).

Aliás, êsse acórdão faz alusão a um aresto do Supremo Tri-

(40) "Instituições de Direito Comercial", 4ª ed., vol. 4, págs. 147-149.

bunal Federal, que considerou barataria uma situação culposa assemelhada ao caso julgado pelo Tribunal do Distrito Federal.

Invocando o art. 481 do Código Comercial que qualifica como barataria fato desprovido de caráter criminoso, inclina-se Sampaio Lacerda no sentido de que "atualmente a expressão barataria abrange não só os fatos delituosos por dolo como também os conseqüentes da imperícia, imprudência ou negligência da equipagem, embora De Courcy tenha sustentado ponto de vista contrário".

E reconhece que o capitão é responsável por todos os acidentes que atingirem o navio ou a carga, ressalvada, a ocorrência comprovada de caso fortuito ou fôrça maior, que não resulta de sua negligência ou imperícia prova essa difícil de ser produzida, dadas as condições materiais de isolamento em que atua o capitão (41).

Assevera Ripert que a doutrina moderna adota o entendimento de que a barataria abrange tôdas as faltas do capitão (42).

Versando a respeito da exoneração da responsabilidade do transportador, reza o art. 131 do Código de Navegação Comercial:

"O transportador não responde pelas perdas ou danos decorrentes:

b) das culpas náuticas do capitão, tripulação, pilotos, ou qualquer outra pessoa, encarregada da navegação, ou govêrno do navio".

Por sua vez, dispõe o art. 132 do referido código:

"O transportador não responde pelas perdas ou danos decorrentes da fortuna do mar, de incêndio, fatos de guerra ou pirataria, tumultos e comoções civis, ordem de autoridade de fato ou de direito, sequestro, arresto e outras medidas judiciais, das medidas sanitárias; das greves, *lock outs,* e impedimentos de trabalho, gerais ou parciais, ou de qualquer outra causa que não seja devida a culpa, sua, ou de seus representantes ou prepostos. O transportador que invocar a inculpabilidade deverá prová-la. O transportador não responde pelas conseqüências da mudança

(41) "Curso de Direito Comercial Marítimo e Aeronáutico", 2a. ed. págs. 153-154 e 96.
(42) Obra citada, vol. II pág. 966.

da rota, no caso dos arts. 262 e 270 "(êsses dispositivos obrigam o capitão a "assistir o capitão e tripulação de navio em perigo de mar", e ao salvamento de pessoas em perigo do mar, ainda que inimigos".

Vejamos, agora, em que consistem as culpas náuticas do capitão e da tripulação.

São aquelas cometidas no curso da viagem, ao contrário da falta comercial, que se verifica, comumente, em terra ou nos portos. São os êrros de navegação em geral, isto é, os que praticam o capitão e a tripulação por infração ao seu dever de bem conduzir o navio a bom pôrto, usando a diligência necessária.

Verificamos, em conseqüência, que as faltas náuticas refletem culpa do capitão e da tripulação, por mais leves que sejam.

E, como entendemos que tôdas as faltas do capitão e da tripulação, quer sejam dolosas, quer sejam culposas, constituem barataria, bem assim que o transportador deve responder por todos os danos acontecidos às coisas transportadas, somos porque seja excluída do art. 131 a causa exonerativa constante da letra *b,* tanto mais quanto o art. 328 do referido Código, considera o proprietário ou armador do navio responsáveis, mas sòmente até a concorrência do valor do navio, dos seus pertences, acessórios e do frete: "nº 4 — pelas indenizações devidas em razão de faltas náuticas cometidas na execução de um contrato".

Com efeito, não sòmente o artifício malicioso atentatório da lei e do direito de outrem (dolo) deve ser considerado barataria, senão, também, a culpa (imprudencia, negligência e imperícia), numa omissão indeliberada da diligência devida, por obrigação e por costume.

Estamos com Carvalho Santos, quando ensina "o que está firmado na melhor doutrina é que, como conseqüência da importância e delicadeza das suas atribuições, *o capitão fica responsável pela culpa embora ligeira,* que comete no exercício de suas funções" e "a diligência a que o capitão fica obrigado é de *ordem superior,* exatíssima: tôda violação, *ainda que mínima,* dos deveres impostos pela lei", pelo que "a responsabilidade do Capitão

não cessa senão pela prova da ocorrência de caso fortuito ou de fôrça maior (43).

Pensamos que, embora tenha o nosso Código Comercial, na letra ou texto do art. 712, considerado que sòmente constitui barataria a prática criminosa, no seu art. 481, indicou uma situação culposa como barataria, e, sobretudo, nos arts. 497, 507, 529, e 530, à semelhança do que ocorre com o Código de Navegação Comercial, nos arts. 37, 45, 50, 54, 61 e 137, ofereceu a contribuição do direito positivo para que concluamos que o capitão deve representar a criação romana do "bonus pater familias", devendo, assim, ser considerada barataria tôdas as suas faltas, sendo-lhe, apenas, concedida a ressalva de produzir a prova da ocorrência de fôrça maior, caso fortuito, ou fortuna de mar.

Realmente, se o capitão deve ser tão probo, certo, prudente, diligente e reto, é evidente que se lhe não tolera falta alguma, ainda que culposa.

* * *

Sendo o capitão um representante ou preposto do transportador, vamos focalizar a atuação deste em face do contrato de transporte, além das noções já aduzidas.

Registremos o conceito que a êsse contrato atribuem os juristas.

Malagarriga diz que o contrato de transporte por água ou fretamento é definido pelo Código Argentino (art. 1.018) como o contrato de arrendamento de um navio qualquer para o transporte de mercadorias ou pessoas (44).

No mesmo sentido, essas explicações de Waldemar Ferreira, "o contrato de transporte de mercadorias por água chama-se de fretamento. É o contrato de aluguel do navio" (45), e de Sampaio Lacerda:

"Fretamento, já dissemos, é o contrato pelo qual alguém se obriga, mediante o pagamento do frete, a transportar mer-

(43) Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro. vol. VII, pág. 190.
(44) Cbra citada, pág. 57.
(45) Obra citada, pág. 206.

cadorias de um pôrto a outro determinado, à escolha do corregador" (46).

O contrato de transporte marítimo está previsto no Código Comercial, pelo art. 566, e no Código de Navegação Comercial, pelo art. 112, que o conceitua "pelo contrato de transporte marítimo, que se provará por escrito, o transportador se obriga, mediante paga, a conduziar em navio, ao lugar do destino, pessoas ou mercadorias".

Vemos, em conseqüência, que a obrigação precípua do transportador consiste em conduzir as mercadorias objeto de contrato, incólumes, a bom pôrto.

No "Derecho Comercial" de Bolaffio, Rocco, Vivante e Asquini, está consignado que a entrega da carga ao destinatário é o ato terminal da obrigação geral do transporte, sendo o transportador por ela responsável perante o destinatário e carregador, segundo os princípios gerais da responsabilidade (47).

Francisco Farina esclarece que as atividades comerciais marítimas do navio determinam o conceito da responsabilidade do proprietário, subrogando-se no que poderia ser exigido civilmente do capitão ou tripulantes, configurando, assim, a responsabilidade que contrai o dono ou patrão pelos atos realizados por seus prepostos (48).

Examinando o assunto, assinala Daniel Danjon que "tôdas as leis marítima estrangeiras proclamam a responsabilidade do armador. Algumas, como a lei belga de 1.879 (art. 7º), e os códigos holandês (art. 321), italiano (art. 491 e português (art. 492) reproduzem, mais ou menos, textualmente, a disposição de nosso Código, (art. 216) e fazem alusão ao proprietário do navio. Os códigos alemãs (art. 485), finlandês (art. 17) e escandinavo (arts. 7º e 8º) atribuem a responsabilidade ao armador, e o código espanhol (arts. 586 e 587) alude a um tempo ao proprietário e ao armador" (49).

No direito espanhol, os terceiros não têm ação direta contra

(46) Obra citada, pág. 194.
(47) Tradução de Viterbo Santiago Melando, Buenos Aires, tomo 13, vol. II, pág. 15 nº 143.
(48) Obra citada, tomo I, pág. 106.
(49) Obra citada, tomo II, pág. 157.

o capitão, mas podem dirigir-se contra o proprietário do navio, que, por sua vez, demandará o capitão.

Em nosso País, incumbe ao transportador a obrigação de entregar a mercadoria embarcada no lugar do destino ou indenizar seu proprietário ou sub-rogado pelos desfalques ou avarias que ela venha a sofrer, durante o transporte, sendo que os tribunais nacionais se inclinam, no sentido de considerar como insubsistente ou não escrito o pactuado em contrário nas chamadas cláusulas de não indenizar insertas nos respectivos conhecimentos, sob o fundamento de que, contra a lei, não devem prevalecer quaisquer pressupostos derivados de mero acôrdo da vontade das partes.

Desde muitos anos, vem sendo essa a orientação do Supremo Tribunal Federal que, por acórdão de 6.8.949, decidiu que "as cláusulas restritivas de responsabilidades, além de ilegais aberram do bom senso" (50).

Após chamar a atenção para o art. 103 do Código Comercial, mediante o qual, durante o transporte, correm por conta do condutor as perdas sofridas pelas mercadorias, invoca Waldemar Ferreira um acórdão de 1° de outubro de 1.945, da Primeira Câmara Civil do Tribunal de São Paulo, em que se decidiu responder a emprêsa de transporte fluvial pelo prejuízo de naufrágio provocado por imprudência na condução do barco. (51)

Com efeito, há riscos próprios da expedição marítima, resultantes do meio em que a mesma se processa, representando, condições naturais ao transporte por mar.

Essa a razão por que, se os fatos causados pela natureza, como as enchentes, os baixios, podem ser previstos, não devem ser considerados casos fortuitos ou de fôrça maior, quando houver a respectiva previsão.

Entretanto, os transportadores, através da "negligence clause", têm procurado eximir-se das responsabilidades decorrentes daquelas causas, bem assim de outras com cárater de maior

(50) "Revista de Direito" decisão de 28.10.31, vol. 105 pág. 248, e ac. de 6.8.49, "Revista Forense", vol. 134, pág. 444, e ac. de 5.12.50, que diz Torrencial essa jurisprudência Superior "Revista de Direito Mercantil vol. 4. pág. 128.

(51) Obra citada, vol. 4, pág. 161.

gravidade constantes dos atos do capitão e da tripulação, compreendendo a barataria em geral.

A êsse propósito, nos comunica Francis Souvage, em comentário à Lei de 2 de abril de 1.936, que a história da nova legislação é o resultado do esfôrço dos carregadores, a partir de 1.886, contra os abusos das cláusulas de exoneração constantes dos conhecimentos, notadamente a "neglicence-clause" (52).

Acrescenta, então, que aquela lei francesa facultou ao transportador apenas, a exoneração de responsabilidade com relação às faltas náuticas do capitão e aos vícios ocultos do navio.

Josserand, pontificando sôbre a responsabilidade do transportador, emite seguro conceito, no sentido de que êle responde perante o carregador, em virtude de obrigação legal e objetiva, "porque desencadeia fôrças cuja direção lhe cabe e cria riscos no seu próprio interêsse, razões suficientes para que se lancem a seu cargo as conseqüências daí decorrentes sem que se torne preciso averiguar se incidiu, ou não, em culpa, se praticou, ou não, ato ilícito, se infringiu, ou não, disposições de regulamento, se violou, ou não, um contrato". (53);

Ao que nos parece, caracteriza-se, também, uma responsabilidade em conseqüência de fato de preposto, numa absorção evidente da falta do capitão pela do transportador.

No tocante à "neglicence-clause", registramos que a mesma está sendo admitida, nos contratos de transportes, com enorme amplitude, patrocinando o interêsse do condutor.

Falando a respeito dessa cláusula, Aguiar Dias opina no sentido de que a mesma só é limitada pela "noção de ordem pública", compreendendo as diversas exigências quanto à validade das convenções. E diz que, no seu modo de entender, referida cláusula não atenta contra a ordem pública (54).

Sampaio Lacerda declara que não tem dúvida em adotar a validade das cláusulas de irresponsabilidade, apesar de os arts. 519 e 529 do Código Comercial determinarem ao capitão a obrigação de zelar pela guarda, conserva e bom acondicionamento

(52) "Manuel Pratique du Transport des Marchandises par Mer", Paris 1.955 pág. 8.
(53) "Les Transportes", nº 864, *apud* Aguiar Dias, "Da Responsabilidade Civil, 3a. ed., 217.
(54) "Cláusula de Não-Indenizar", 2a. ed., pág. 163.

das mercadorias embarcadas, tanto mais quanto, para se beneficiarem com aquelas cláusulas, cobram os transportadores fretes mais baixos.

E explica que êsses fretes módicos concorrem para a baixa dos preços das mercadorias, facilitando os consumidores.

Quanto aos carregadores, diz Sampaio Lacerda que êles, para se garantirem do que possa acontecer, "descarregam o risco assumido nos seguradores, que, por sua vez, criam, para casos dêsses, taxas de prêmios suplementares, a fim de atenderem a possíveis eventualidades" (55), não tendo, assim prejuízo. Outros doutrinadores reconhecem valor relativo àquelas cláusulas que, na sua opinião, não abrangem os casos de culpa grave do transportador (56).

O Código de Navegação Comercial, regulando a situação do armador, dispõe, no seu art. 26 "É responsável o armador pela armação e expedição do navio. O armador é comerciante".

E, no seu art. 29: "Os contratos de fretamento assim como os de transporte de carga e passageiros são firmados com o armador, que responderá pelo seu cumprimento".

Fixou, portanto, êsse último dispositivo a responsabilidade do armador no que se refere aos contratos de fretamento, esclarecendo, nos artigos, a seguir, que:

> "Art. 127 — A responsabilidade do transportador começa desde o momento em que recebe a carga, e expede os recibos provisórios, até aquêles em que a entrega no destino, ao pôrto, ou ao consignatário (arts. 141 a 144).
>
> Art| 129 — As cláusulas tendentes a exonerar o transportador das responsabilidades pelas perdas ou danos às mercadorias em violação aos deveres impostos por esta lei, ou a limitar essa responsabilidade, são nulas e de nenhum efeito.
>
> Art. 130 — Considera-se cláusula exonerativa aquela determinante da transferência da indenização do seguro ao transportador, ou outra semelhante".

(55) Obra citada, págs. 220-221.

(56) Eduardo Espinola, "Sistema", vol. II págs. 439 e segs; Henri & Leon Marzeand, "Responsabilité Civile", vol. III, n. 2556.

Constatamos que o Código de Navegação Comercial não permite as cláusulas de exoneração da responsabilidade do transportador, filiando-se, portanto, à melhor orientação da doutrina.

A respeito do assunto, opinou René Savatier: "cette clause exclusive de réparation ne couvre que la faute simples: en no saurait permettre d'immunizer la faute lorde ou le dol..." (57).

O art. 1º do Decreto nº 19.473, de 10.12.30, com as modificações do Decreto nº 19.754, de 13.3.31, invalida a cláusula restritiva ou elidente da responsabilidade do transportador, constante do conhecimento, tendo, assim, êsses decretos recebido a chancela do Código de Navegação Comercial (58), que, nesse tocante, só merece aplausos.

Os que defendem a validade da "negligence-clause", justicam-na com a necessidade do comércio marítimo e com os princípios da economia política, ensejadores do ajuste exonerador, que, por sua vez, traduz a autonomia da vontade e a liberdade de contratar.

Essa cláusula teve grande repercussão após o julgado de 1.869, da Côrte francesa, no processo em que o advogado de Raynal funcionou, defendendo-a com grande entusiasmo.

Entendemos, entretanto, que a própria ocorrência do dano a demandar ressarcimento por parte do responsável, o interêsse econômico do comércio, o costume e os princípios de ordem pública, se erigem em razões suficientes da proibição daquela cláusula.

* * *

Dispõe o art. 166 do Código de Navegação Comercial que "o contrato de seguro marítimo obedecerá à lei civil — (Código Civil, arts. 1.432 a 1.465) em tudo quanto não estiver regulado neste capítulo".

Estabelece, também, no art. 167 que "o segurador indenizará ao segurado o prejuízo resultante dos riscos de navegação assumidos, bem como os riscos de terra e de água interiores que dêles sejam conseqüência imediata".

---

(57) "Traité de La Responsabilité Civile", vol. II, pág. 249.

(58) No mesmo sentido dispõe o art. 12 do Decreto nº. 2.681, de 7.12.1912, sôbre a responsabilidade civil das estradas de ferro.

O art. 1.432 do Código Civil, conceituando o contrato de seguro, inspirou-se nessa definição oferecida por Lyon-Caem et Renault:: "aquêle pelo qual uma pessoa (segurador) se obriga, mediante um prêmio, indenizar uma outra (segurado) do prejuízo que esta venha a sofrer, em virtude da realização de riscos determinados".

Vivante diz: "o seguro é um contrato pelo qual, mediante um prêmio prèviamente fixado, uma emprêsa que explora êsse gênero de comércio, assume os riscos de outrem".

Por sua vez, Silva Lisboa define-o como "um contrato, uma convenção de azar, pelo qual tomando alguém a seu cargo, por prêço certo, o risco de alguma coisa que está em comércio, e é exposta à navegação, se obriga a indenizar a quem o requer, e nela tem interêsse, do real valor às perdas acontecidas por fortuna de mar, conforme as justas condições em que se acordarem" (59).

Oferecendo o conceito de barataria junto ao Código de Navegação Comercial, citamos o art. 181 letra *a* dêsse projeto, que exonera o segurador, no seguro do navio, de responder pelo risco de barataria.

Salientamos que, de acôrdo com o dispositivo mencionado, a barataria sòmente abrange os atos viciados por dolo, excluídas, assim, as ocorrências culposas.

Acentuamos, também, que, não tendo o art. 195, no seguro de mercadorias, feito a inclusão da barataria nas causas excludentes da responsabilidade do segurador, era intuitivo que o risco decorrente dêsse motivo estava a cargo dêste contratante.

No tocante à exoneração de responsabilidade do segurador do navio, por motivo de barataria, reputamos razoável, mesmo porque não é de hoje que os seguradores temem o conluio do armador ou proprietário, na qualidade de segurado, com o capitão e a tripulação do mesmo, no sentido da provocação do sinistro à embarcação, objetivando o recebimento da indenização.

Assim é que, considerando essa possibilidade, já o "Guidon de la Mer", no capítulo XV, art. 4°, dispunha da mesma maneira.

(59) *Apud* Stoll Gonçalves, págs. 32-33.

Por outro lado, está em muito acêrto a orientação do Código de Navegação Commercial, por ter atribuído o risco oriundo de barataria ao segurador, no seguro de mercadorias. Aliás, conforme já salientamos no presente trabalho, o "Guidon de la Mer", nesse ponto, determinava que êsse risco deveria ser garantido, de uma maneira subsidiária, pelos seguradores de mercadorias que poderiam ser acionados pelos carregadores, após serem discutidos os bens do armador.

A justeza dessa atribuição de responsabilidade ao segurador é manifesta, por isso que, numa ocorrência de barataria, não poderia ter o segurado que, na maioria dos casos, fica em terra e nem conhece capitão ou a tripulação, interferência alguma.

Muito diferente é o seguro de navio, no qual, o armador ou proprietário figura como segurado, tendo grande ascendência, sobretudo, de caráter econômico, sôbre o capitão e os tripulantes, seus prepostos, podendo até considerá-los um prolongamento de sua personalidade.

Reputamos, todavia, que o art. 181 do Código de Navegação defende um conceito que não merece aceitação, qual o de entender que sòmente os atos dolosos é que caracterizam a barataria, vez que as práticas culposas também são compreendidas por aquêle gênero.

Efetivamente, a tendência da doutrina, segundo nos ensina Orlando Gomes, se orienta no sentido do alargamento da noção da culpa, como podemos concluir dos expedientes de sua presunção legal, com o escopo de ressarcimento (60).

E, como é sabido, configura o risco a condição fundamental do contrato de seguro, tanto assim que o art. 667, nº 4, do Código Comercial, fulmina de nulidade o seguro cujo objeto não chega a pôr-se em risco. De fato, sem risco, inexiste seguro.

O risco é a possibilidade de dano ou prejuízo de que deseja isentar-se o segurado, tendo sido considerado por Julien Bonnecase todo acontecimento ou todo o fato, inerente à navegação marítima e suscetível de causar dano à expedição por mar (61).

Logo, procede inteiramente a ampliação do conceito da ba-

(60) "A Crise do Direito" coleção Philadelpho Azevedo, vol. 2, pág. 178.
(61) "Traité de Droit Commercial Maritime", Paris, 1.928, pág. 611, ns. 641 e 642.

rataria, para envolver a culpa, bem assim, considerando a grande possibilidade de sua verificação não intencional, na navegação mercante, deve ser o risco dela proveniente descarregado sôbre o segurador.

Versando sôbre o risco, explana Tullio Ascarelli que "é um elemento constante de nossa vida e de qualquer atividade humana...", sendo "uma característica do mundo moderno e ter constituído um mecanismo jurídico para eliminar, ou, pelo menos, reduzir, as conseqüências danosas dêsses acontecimentos..." acrescentando, ainda, que os riscos que primeiro demandaram a elaboração daquele mecanismo jurídico foram os do transporte marítimo.

Continua o eminente professor, dizendo que, no contrato de seguro, se verifica a transferência das conseqüências prejudiciais do sinistro, mediante o pagamento de um prêmio, constituindo o risco um novo objeto de contrato, diferente dos objetos contratuais do direito tradicional.

E conclui, esclarecendo que o risco não é senão uma probabilidade, criando o contrato de seguro a novidade de erigir tal probabilidade em objeto de contrato (62).

Umberto Pipia nos dá notícia de que, no direito italiano, a tendência é no sentido de uma legislação que venha a determinar que os riscos de barataria devem ficar a cargo do segurador, o que pode ser convencionado desde que seja ressalvado o concluio do armador com o capitão e tripulantes. (63).

Danjon, após, advertir-nos de que o temor de uma combinação fraudulenta entre os segurados e os capitães, como motivo de exoneração do segurador não é suficiente para justificar a restrição exonerativa pela lei ao efeito natural do contrato de seguro, nos comunica que as apólices francesas de seguros marítimos, quer sôbre cascos, quer sôbre mercadorias (art. 1°) declaram os seguradores responsáveis pela barataria do patrão. No mesmo sentido, as apólices italianas.

E, adianta-nos o mesmo comercialista que aquela regra da lei francesa, exonerativa da responsabilidade do segurador, por

(62) "Panorama del Derecho Comercial" 1.949, págs. 117 e 118.
(63) Obra citada, pág. 184.

motivo de barataria, sofreu uma derrogação bastante curiosa, qual a de ter a lei de 29 de dezembro de 1.905, que reorganizou a Caixa Nacional de Previdência dos Marinheiros franceses, determinado que os armadores e proprietários de navio ficariam livres da responsabilidade civil pelas faltas do capitão ou da tripulação (arts. 11 parag 2°) porque sua responsabilidade estava garantida pela Caixa de Previdência, que desempenha o papel de seguro mútuo entre os armadores e os marinheiros; o que, segundo aquêle comercialista, importa, no ponto de vista especial, de que os riscos estão cobertos de pleno direito pelo seguro (64).

Podemos acrescentar que, em quase todos os contratos modernos, é a barataria um risco normalmente assumido e que, desde 1.779, a apólice de Lloyd's incluía a barataria entre os riscos do segurador.

Vivante pondera que a exclusão da barataria não tem mais justificativa, sobretudo, no seguro sôbre faculdades.

Por tôdas essas razões, não temos dúvida em formular encômios ao Código de Navegação Comercial, por ter, no seguro de mercadorias, atribuído ao segurador o risco proveniente de barataria.

CONCLUSÕES

CONVENIÊNCIA DE OUTRA ORIENTAÇÃO

I — Na legislação estrangeira, a barataria é um conceito impreciso, sendo que alguns países a consideram os atos dolosos e culposos do capitão ou tripulantes, em prejuízo do navio, ou carga, ou de ambos; e outros restringem o seu conceito às práticas dolosas daqueles agentes.

II — No tocante à responsabilidade pelo risco oriundo de barataria, algumas legislações estrangeiras a atribuem ao segurador, outras o exoneram dessa obrigação.

(64) Obra citada, tomo 4, págs. 303, 306-307.

III — Nosso Código Comercial, no art. 712, conceitua barataria os atos do capitão, inquinados de dolo, prejudicando o navio, ou a carga, ou ambos.

Mas, êsse Código, no art. 481, indica uma situação culposa como barataria, tendo nos arts. 497, 507, 519, 529 e 530, oferecido a contribuição do direito positivo para que concluamos que, devendo ser o capitão o "bonus pater familias" dos romanos, tôdas as suas faltas, incluídas as culposas, podem ser interpretadas como barataria, de conformidade com o mesmo Código, sendo-lhe ressalvada, apenas, a prova de fôrça maior ou de caso fortuito. O art. 711, nº 12, libera o segurador do risco de barataria.

IV — O Código de Navegação Comercial, no art. 181, letra *a,* reconhece como barataria o ato doloso do capitão ou dos tripulantes, "do qual aconteça dano ao navio, ou à carga, ou a ambos", não admitindo, assim, como tal, o ato culposo e isentando o segurador do risco dela decorrente, no seguro de navio.

Entretanto, por intermédio dos arts. 37, 45, 50, 54, 61 e 137, enseja o entendimento de, na conformidade de sua orientação, serem, também, incluídos no conceito de barataria os atos culposos.

V — A inexistência de alcance prático da distinção entre dolo e culpa, para efeito dos contratos de transporte e de seguro marítimos, a possibilidade indenizatória constante dos referidos contratos, a disposição de nosso Código Penal, art. 261, parag. 3º, adotando como crime atentatório "contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo", uma modalidade culposa de barataria, bem assim a nova tendência da doutrina, no sentido da ampliação do conceito de culpa, com enorme objetivo ressarcitório, — justificam outra orientação ao Código de Navegação Comercial, para o fim de ser aceito o conceito de barataria como gênero de que façam parte o dolo e a culpa do capitão, ou dos tripulantes.

VI — No contrato de seguro, deve ser dada a maior amplitude possível à sua finalidade natural, constante do dever de indenizar, assistindo ao segurador o direito à sub-rogação contra o transportador (arts. 728 do Código Comercial e 224 do Código de Navegação Comercial), em decorrência da obrigação dêste de ressarcir os prejuízos sofridos pela carga, obrigação essa a que corresponde o direito que lhe assiste de demandar o capitão ou tripulantes, exigindo-lhes indenização por motivo de barataria, compreendendo esta as espécies representadas pelo dolo e pela culpa.

VII — Entendemos, também, deva ser excluída do Código de Navegação Comercial, a causa elidente da responsabilidade do transportador, representada pelas culpas náuticas do capitão, ou dos tripulantes, constante da letra *b* do art. 131 do referido projeto.

VIII — Inspira-se o Código de Navegação Comercial nos melhores princípios de Direito, ao vedar as cláusulas exonerativas de responsabilidade do transportador, no contrato de transporte marítimo, bem assim por outorgar ao segurador a obrigação de responder pelos riscos de barataria, no seguro de mercadorias.