

SOBRE O CONCEITO DE BARATARIA

Pelo Bastonário Mário Raposo

REFERÊNCIA HISTÓRICA

1. Os textos anteriores à *Ordenança* de Colbert (1681) e a prática contratual seguida em França dividiam-se: diziam uns que o seguro da culpa era de proibir, por razões de ordem moral; admitiam outros que ele seria possível se tal fosse expressamente convencionado. Foi esta a solução acolhida na *Ordenança* (art. 28.º) e depois no Código Comercial francês de 1807 (art. 353.º). As “*pré-varications et fautes...*” do capitão e da tripulação passaram a ser designadas por “*baraterie de patron*”. Abrangia esta “*aussi bien les fautes lourdes que les fautes légères ou simples imprudences*” (1).

Apenas eram causa de exclusão da cobertura o dolo ou a culpa do capitão ou da tripulação, e não a do próprio segurado (2).

2. Ripert foi um grande Mestre, que continua indispensável nalgumas áreas do Direito Marítimo, mas que noutras está ultrapassado. Esta será uma delas.

(1) Rodière, DROIT MARITIME, *Assurances Terrestres...*, Dalloz, 1983, p. 136. Neste sentido é citado Emerigon, comentador da *Ordenança*.

(2) Ripert, DROIT MARITIME, 4.ª ed., III, ed. Rousseau, 1953, p. 679, que se vem a manifestar doutrinariamente no sentido da exclusão da cobertura em caso de qualquer grau de culpa, informa que no seguro de faculdades (mercadorias) a regra era mais flexível no século XVI, em Itália, onde se admitia que os carregadores se pudessem segurar contra as faltas (comportamentos culposos) do capitão. O *Guidon de la Mer*, de Ruão (séc. XIV) ia já no mesmo sentido. Hoje, o problema não se põe quanto ao seguro de faculdades, o que, aliás, suscita dúvidas a Ripert (p. 682).

Realmente, embora seja ele mesmo a lembrar que BARAT é uma velha designação do sul de França, “qui signifie tromperie, fraude, mensonge”, e que Casaregis dava como certo que qualquer facto culposo (faute) do capitão não correspondia a barataria, mas apenas aquele que fosse cometido “cum machinatione et dolo” (3), obstina-se em afirmar, na esteira de Valin e Pothier, que qualquer grau de culpa corresponde a barataria (4).

Conclui Ripert dizendo que a doutrina do seu tempo era geralmente no sentido da não distinção entre dolo, culpa grave e mera negligência; a barataria corresponderá em síntese, a qualquer conduta culposa do capitão ou da tripulação.

3. Prosseguindo numa breve análise da doutrina francesa (que anda a par com a legislação, a jurisprudência e a prática negocial) — por estar aí, visivelmente, a fonte inspiradora das soluções portuguesas da 1.ª metade do século XX dir-se-á que o termo “barataria” desapareceu como *realidade actual*, designadamente da legislação francesa.

A lei francesa de 1967, integrada na ampla reforma então operada, apenas excluiu do âmbito do seguro de cascos os danos causados pela “faute intentionnelle du capitaine” (assim, hoje, os arts. 172-14 e 173-5 do *Code des Assurances*).

No seguro de facultades (mercadorias) o seguro actuava, mesmo em caso de “faute intentionnelle” do capitão (5).

(3) *Ob. cit.*, p. 679, em nota.

(4) No que representa um retrocesso, século e meio depois, relativamente a Emerigon (1783) que sustentava que a barataria não abrangia todas as faltas, tendo estas que ser dolosas e fraudulentas. Entretanto, e não obstante esta sua opinião reconhecia Emerigon — ao que informa Rodière (DROIT MARITIME cit. p. 136) — que “de son temps on y incluait les simples fautes et que de plus elle s’ étendait au patron et aux gens de l’équipage”. Mas já De Courcy ensinava, como reconhece Ripert (p. 680), que “les fautes lourdes seules constituent une baraterie, non les fautes légères que l’on ne peut toujours éviter dans une expédition maritime”.

(5) No seguro de cascos a exclusão de cobertura em caso de “faute intentionnelle” do capitão era uma norma de ordem pública, que não poderia, pois, ser convencionalmente derogada. Entretanto, desde a lei de 22.12.1984, a exclusão deixou de ser de ordem pública, passando a poder ser afastada por estipulação das partes. Cfr. Rodière — E. du Pontavice, DROIT MARITIME, 12.ª ed., Dalloz, 1997, p. 559.

Entretanto, e como é óbvio, quer no direito francês, quer nos demais sistemas jurídicos, caberá ao segurador provar a “falta intencional” (6).

“Barataria” será, em sùmula, a conduta determinada por uma fraude. A ideia de que poderia equivaler a uma mera negligência “bénigne ou grave” (sic) do capitão não tem hoje razão de ser (7).

DIREITO PORTUGUÊS

4. Dispõe o § 1.º do art. 604.º do Código Comercial que “o segurador não responde pela barataria do capitão, salva a convenção em contrário, a qual, contudo, será sem efeito, se, sendo o capitão nominalmente designado, foi depois mudado sem audiência e consentimento do segurador”.

Trata-se de um *conceito* jurídico, que tem que ser entendido com base em pressupostos doutrinários. Adriano Antero declara expressamente que nele se contêm não apenas as faltas intencionais, mas também as não intencionais, como a simples negligência ou imprudência. Em sentido não coincidente parece ser a opinião de Cunha Gonçalves, embora em termos não categóricos.

O Supremo Tribunal de Justiça é que tradicionalmente se tem pronunciado no sentido que em tempos fez carreira em França e que foi sufragado entre nós por Adriano Antero. Assim, e como exemplo já distante, o seu Acórdão de 1.11.1949 (B.M.J., 16, p. 340).

Ao que sustentou Azevedo Matos (8), depois de citar a lei brasileira, da qual se extrai exactamente a posição contrária à sua, a

(6) “Preuve difficile, car elle suppose une révélation au grand jour d’ une intention dolosive généralement bien caché” — Yvonne Lambert-Faivre, DROIT DES ASSURANCES, 9.ª ed., Dalloz, 1995, p. 284.

(7) Martine Remond-Gouilloud, DROIT MARITIME, 2.ª ed., Pedone, 1993, p. 156.

(8) PRINCÍPIOS DE DIREITO MARÍTIMO, IV, 1958, pp. 279 e sgs. Com sempre, a exposição de Azevedo Matos não é muito convincente e ao citar, por exemplo, Brunetti (*ob. cit.* p. 280) põe na sua pena ideias que ele nunca subscreveu (V. Brunetti, DERECHO MARÍTIMO PRIVADO, trad. esp., III, *As obrigações*, 2.ª parte — *Dos sinistros marítimos e dos seguros*, ed. Bosch, 1951, p. 501). Aliás, o que está em causa não é a culpa, leve ou grave, do segurador, mas a do capitão e da tripulação. Estes é que podem dar causa à barataria.

barataria “compreende tanto a falta ligeira como a grave, voluntária ou involuntária”. Baseia-se, para assim concluir, “na doutrina continental da Europa”, tendo o cuidado de excluir o ordenamento inglês, no qual, sem sombra de dúvida, a barataria abrange apenas o acto voluntário e ilegal do capitão ou da tripulação.

5. E assim Rodière, citando precisamente o Acórdão do S.T.J. de 6.12.1974, que fora publicado em *Le Droit Maritime français* (1977, p. 248), comenta ironicamente que, na companhia (então...) da Argentina, Portugal era um dos dois únicos países do mundo em que para a jurisprudência, a barataria abrangia “aussi bien les fautes légères que les fautes lourdes du capitaine”⁽⁹⁾.

O já referido Acórdão de 1949 do S.T.J. aduzia apenas dois argumentos de autoridade, não encarando o fundo da questão. E a “autoridade” aliás justificável noutros casos, era meramente afirmativa no caso de Adriano Antero e susceptível de entendimento dual no caso de Cunha Gonçalves.

O Acórdão de 30.3.1973⁽¹⁰⁾ tinha sido, aliás muito mais extenso e justificativo (pelo menos em tentame) da posição prevalente. Relata-o o Cons. Oliveira Carvalho, que viria a ser um notável presidente daquele Supremo Tribunal. Nele se cita, com alguma detenção, um parecer de Adriano Vaz Serra, para o qual apenas os actos dolosos ou fraudulentos do capitão corresponderiam a barataria. E nele se reconhece que “a orientação moderna das legislações estrangeiras (é) no sentido indicado”. De qualquer modo o que há que tomar em conta é a jurisprudência portuguesa e “grande parte da doutrina”. E esta não estabelece qualquer distinção no tocante ao § 1.º do art. 604.º do Código Comercial. A barataria comportaria duas modalidades: a *dolosa* ou *fraudulenta* e a *simples*. Na hipótese então em apreço aproveitou ao segurado a apólice apenas excluir da cobertura a barataria *dolosa* ou *fraudulenta*. Não a *simples*.

Num Acórdão recente (o de 7.7.1999) mantem-se a ideia de que poderá existir a chamada *barataria simples*, ou seja, a decor-

⁽⁹⁾ DROIT MARITIME, *Assurances Terrestres* cit, p. 138.

⁽¹⁰⁾ B.M.J., 225, p. 272.

rente de faltas meramente culposas. E isto, porque para esse critério apontam os “autores” e uma doutrina “há muito consolidada”.

Entretanto, e para além de elencar as “baratarias” (uma por cada acto culposo!), remata o Acórdão com uma afirmação de todo em todo inaceitável: a de que “o segurador só assume os riscos no pressuposto negocial de que a sua verificação não tem a contribuição culposa do próprio segurado ou das pessoas por quem é civilmente responsável (salvo convenção em contrário)”.

Representa esse ponto de vista o regresso aos rigores do século XIX, em que razões de ordem ética impediam o seguro da culpa do segurado ou das pessoas por quem fosse civilmente responsável.

DIREITO COMPARADO

6. Dispunha o Código Comercial italiano (1882), no art. 618.º, que o segurador não respondia “delle prevaricazioni e delle culpa del capitano e dell’equipaggio”, se as partes em contrário não dispusessem.

Foi esta noção considerada, desde logo demasiado ampla, já que poderia entender-se como abrangendo não apenas os actos dolosos, mas os meramente culposos.

Aliás, como sublinha Sérgio Ferrarini ⁽¹⁾ a doutrina nunca perfilhou uma exegese que apontasse para a exclusão da negligência. E, como aliás por toda a parte (excepto nos direitos anglosaxónicos), o Código da Navegação de 1942 suprimiu o conceito de *barataria* e a ideia subjacente ao clássico brocardo *culpa lata dolo equiparatur*.

O que releva desde há muito em toda a parte é a exclusão da cobertura seguradora da *falta intencional*, do *acto fraudulento*. O conceito de barataria, que foi sempre de configuração “incerte e confusa” ⁽²⁾, está irradiado (ressalvando o direito inglês, como

⁽¹⁾ LE ASSICURAZIONE MARITTIME, 3.ª ed., ed. Giuffrè, 1991, p. 126. No mesmo sentido Riccardo Mancuso, *Istituzioni di Diritto della Navigazione*, ed. Giappichelli, Turim, 2002, p. 313.

⁽²⁾ Giorgio Berlingieri, SUL CONCETTO DI BARATTERIA, em *Il Diritto Marittimo*, 1943, p. 3.

dissemos), e está por completo substituído pelo de *falta intencional* (13).

Salvo o devido apreço, a jurisprudência portuguesa “encahou”, nesta área, em Ripert, que, por seu turno, tinha “encahado” em Pothier (*Traité des Assurances*, Marselha, 1810), tributário de Valin (14).

7. O velho Código Comercial espanhol ainda exclui dos riscos cobertos, com carácter geral, a “barateria” do capitão (art. 756.º, n.º 5). O art. 756.º, n.º 7, confirma esta solução, a não ser que o segurador tenha tomado a seu cargo “la baratería del patrón”.

Entretanto, não obstante na 1ª metade do século findo um ou outro autor ter sustentado que no conceito de barataria se incluiria a mera negligência do capitão ou da tripulação, a doutrina e a jurisprudência são hoje uniformemente no sentido de que a barataria *simples* (!) não existe. Terá que haver uma conduta dolosa ou intencional do capitão ou da tripulação na origem do sinistro.

Como referem Gabaldón Garcia — Ruiz Soroa (15) a doutrina mais moderna é, realmente, unânime no sentido de que a chamada “barataria” apenas se refere aos actos fraudulentos (sic) do capitão. A ideia de uma barataria *simples* (!) está, prosseguem, plenamente contraditada pelo art. 809.º, n.º 9, do Código Comercial, que claramente distingue entre “barataria”, por um lado, e “faltas ou negligências do capitão e da tripulação” por outro. “Em base a todo ello, se concluye que el término barataria incluye en nuestro Derecho (ou seja, no espanhol) unicamente los actos dolosos o fraudulentos del capitán (...)”. Assim também a jurisprudência do Supremo Tribunal (16).

(13) Antoine Vialard, *DROIT MARITIME*, ed. Puf, 1997, p. 93 faz equivaler, quando ela surja nomeada, a *baraterie du patron* (assim chamada “improprement”) à *falta intencional*.

(14) Giorgio Righetti, *TRATTATO DI DIRITTO MARITTIMO*, II, ed. Giuffrè, 1990, p. 439.

(15) *MANUAL DE DERECHO DE LA NAVEGACIÓN MARÍTIMA*, 2.ª ed., ed. Marcial Pons, 2002, p. 818.

(16) *Ob. e loc. cit.*

Exactamente no mesmo sentido pronunciou-se José Luís Rodríguez Carrión ⁽¹⁷⁾. A barataria resulta de um acto *fraudulento* do capitão ou de um membro da tripulação. E sempre assim foi entendido historicamente, ressalvado um parêntese de algumas décadas, de autores visivelmente influenciados por Ripert.

Hoje, não “incluye, ni puede ser equiparada a la culpa en alguno de sus grados” ⁽¹⁸⁾.

8. Entretanto, os sistemas jurídicos em que a barataria foi sempre frontalmente equiparada à fraude são os anglosaxónicos, a começar pelo inglês — tradicional “pátria” do seguro marítimo.

A barataria corresponde a uma *wilful conduct*, nos termos da lei (art. 55 b) do MIA) e da prática seguradora (*IC-Hulls*, cláusula 6.2) ⁽¹⁹⁾.

É um acto “wilful” e deliberadamente praticado, com o propósito de prejudicar o armador ou os restantes interessados na expedição ⁽²⁰⁾.

Não existe uma só voz discordante sobre a total insustentabilidade da doutrina que *em tempos* teve seguidores no direito continental.

SÍNTESE

9. A nossa doutrina actual é omissa sobre esta matéria. Aliás, reportando-se ao seguro de mercadorias (que, vistas bem as coisas, tem um tratamento em parte análogo, embora com algumas especificidades), João Mata, que foi um “laico” para os cultores da

⁽¹⁷⁾ EL DOLO Y LA CULPA DEL ASEGURADO, SUS AUXILIARES Y TERCEROS EN EL SEGURO MARÍTIMO, COM ESPECIAL REFERENCIA A LA BARATERÍA DEL PATRÓN, no *Anuário de Derecho Marítimo*, vol. VII, 1989, pp. 39 e segs., *maxime* p. 51. Em sentido análogo, como é óbvio, cfr. do mesmo autor um texto com um título quase coincidente, em *ESTUDIOS DE DERECHO MARÍTIMO*, ed. Bosch, 1992, pp.145 e segs.

⁽¹⁸⁾ Cit. est. de 1989, p. 74.

⁽¹⁹⁾ Robert Merkin, *ANNOTATED MARINE INSURANCE LEGISLATION*, ed. LL.P., 1997, Londres, p. 82.

⁽²⁰⁾ Payne & Ivamy's, *CARRIAGE OF GOODS BY SEA*, ed. Butterworths, 13.ª ed., 1989, p. 185. É incluída na área das *fraudes*.

ciência jurídica, mas um profundo conhecedor do seguro marítimo, diz que o art. 604.º, § 1.º, do Código Comercial apenas comporta a equiparação da *barataria* à *rebelia* do capitão ou da tripulação, correspondendo a qualquer dano deliberadamente praticado pelo capitão ou pela tripulação, com a intenção de prejudicar o armador ⁽²¹⁾.

10. A jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores está em radical oposição à solução hoje universal e incontrovertidamente seguida, e deve ser repensada — porque apenas determinada por uma inaceitável *inércia jurisprudencial*. Ora, o Supremo Tribunal de Justiça é o “tribunal a que a ordem jurídica pede, para funcionar, uma decisiva tutela *pastoral*, usando da frase de André Tunc (...). É o Tribunal paradigmático, o necessário ponto de referência da Administração da Justiça” ⁽²²⁾.

⁽²¹⁾ *SEGURO MARÍTIMO. Mercadorias*, 3.ª ed., 1990, p. 25.

⁽²²⁾ Mário Raposo, *B.M.J.*, 348, 1985, pp. 5-10.