



MATEUS GONÇALVES BORBA ASSUNÇÃO

**LIMITES DA RESPONSABILIDADE CIVIL
NA RELAÇÃO DE PREPOSIÇÃO DAS SOCIEDADES
EMPRESÁRIAS**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso de
Pós-Graduação em Direito
Empresarial do Centro Universitário
de Brasília – UniCEUB. Orientador:
Prof. Henrique Vitali

BRASÍLIA/DF

2016

MATEUS GONÇALVES BORBA ASSUNÇÃO

**LIMITES DA RESPONSABILIDADE CIVIL
NA RELAÇÃO DE PREPOSIÇÃO DAS SOCIEDADES
EMPRESÁRIAS**

Brasília-DF, 15 de março de 2016.

Banca Examinadora

Henrique Vitali
Orientador

Examinador

Examinador

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus por me guiar na vida e neste trabalho, à minha família que sempre me apoia nas minhas decisões e me incentiva a fazer a diferença, à Joyce que está ao meu lado na vida, aos meus catequizandos que são renovação da esperança de um mundo novo.

RESUMO

A responsabilidade civil pelo ato de preposto, decorre do artigo 932, inciso III, da Lei n.º 10.406/2002 (Código Civil). A relação de preposição decorre de subordinação do empregador ou preponente. A condenação solidária pelos atos do preposto se estende ao empregador e/ou preponente. O limite da aplicação da responsabilidade civil está inserido nos elementos constitutivos da caracterização de um preposto. A análise da culpa *in eligendo* e *in vigilando*, são também, requisitos do antigo Código Civil que levam a teoria da responsabilidade civil objetiva ou subjetiva. A regra é a responsabilização direta. O Colendo Superior Tribunal de Justiça tem diferentes entendimentos sobre a responsabilização por ato de preposto. Há também diferentes entendimentos sobre atividade fim, da pessoa que na sua prestação de serviço mesmo que sob a estrutura ou vigilância de outro não é classificado como preposto. Entretanto a aplicação da responsabilidade civil ao preponente que nem sequer é empregado, depende de análise da possibilidade de eleição e/ou vigilância do preponente. Esse limite de responsabilização implica na atividade de investidores qualificados e de fundos de investimento que tornam mais dinâmica a atividade empresarial.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Preposto. Culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Responsabilidade Solidária. Responsabilidade Subsidiária.

ABSTRACT

The civil servant or agent of responsibility for the act, derived from Article 932, III, of Law n.º 10.406 / 2002 (Civil Code). The preposition relationship arises from the subordination of the employer or proponent. The joint condemnation for the acts of the servant or agent extends to the employer and / or proponent. The application of the limit of liability is set on the constituent elements of the characterization of a servant or agent. The analysis of fault *in eligendo* and *in vigilando* are also requirements of the old Civil Code that take the theory of objective or subjective liability. The rule is the direct accountability. The Venerable Superior Court of Justice has different understandings of accountability for act of servant or agent. There are also different understandings of core business, the person in their service provision even in the structure or other surveillance is not classified as a servant or agent. However the application of civil liability to the proponent that is not even used, depends on analysis of the possibility of election and / or monitoring of the proponent. This liability limit implies the activity of qualified investors and investment funds that make it more dynamic business activity.

Keywords: Liability. Servant or agent. Culpa in eligendo and in vigilando. Joint Responsibility. Subsidiary responsibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 - RESPONSABILIDADE CIVIL	9
1.1 CONTEXTO HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	9
1.1.1 O Nexo de Causalidade.....	12
1.2 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA	20
1.2.1 Culpa <i>in eligendo</i> e Culpa <i>in vigilando</i>	21
1.3 RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA	24
CAPÍTULO 2 - RESPONSABILIDADE CIVIL DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA	28
2.1 A RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE PREPOSIÇÃO	34
2.2.1 O conceito de Preposição aplicados a Entidades não empregadoras.....	34
2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO DE PREPOSIÇÃO	39
2.2.2 Entendimentos do Superior Tribunal de Justiça quanto a relação de preposição.....	39
CAPÍTULO 3 - DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO	45
3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR E GESTOR NOS FUNDOS DE INVESTIMENTO	45
3.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PREPOSTO DO FUNDO DE INVESTIMENTO	50
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

INTRODUÇÃO

A Responsabilidade Civil é um tema previsto no art. 186, do Código Civil, que se aplica a todo aquele causador de dano a outrem. Será analisada a responsabilidade civil aquelas pessoas que representam a Instituição seja ela empresária ou até mesmo não empresária, em atividades, exercício da função e em práticas mercantis.

No Livro II, Título I, Capítulo I, do Código Civil tem-se a previsão da atividade empresarial. Neste sentido, o tema que será desenvolvido nesta Monografia de Conclusão de Curso envolve a responsabilidade civil de representantes e prepostos nas atividades desempenhadas.

A relação de preposição, situação esta suscitada como norteadora deste trabalho levará o leitor a se deparar com situações que desafiam a legislação atual e confrontar as emblemáticas conclusões na jurisprudência do ordenamento brasileiro.

No Capítulo 1, ver-se-á o histórico do instituto da Responsabilidade Civil, a evolução da responsabilização da pessoa ofendida, as causas que envolvem a ideia de reparação civil, bem como o nexo de ligação da casuística ocorrida e os momentos que a presunção de culpa é afastada e se aplica a responsabilidade de forma direta, pelo simples dever presumido de vigilância e eleição do representante.

Assim, em conclusão do primeiro Capítulo será analisada a extensão da obrigação em reparar civilmente o prejudicado, sendo vista a solidariedade de tal obrigação e os requisitos que causam esta extensão de responsabilização.

Este primeiro capítulo será o alicerce dos limites a serem aplicados a responsabilização de um preposto ou aquele confundido como preposto.

No Capítulo 2, tratar-se-á sobre a responsabilidade civil da pessoa jurídica empresarial, ou seja, aquela instituição que exerce a atividade definida no art. 966, do Código Civil, tendo o conceito definido pelo art. 186 deste Diploma Legal, aplicado aquele que em nome da sociedade empresária causa dando a outrem.

Em situação distinta da sociedade empresária, ver-se-á a inovação da jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça quanto a aplicação da responsabilidade civil ao conceito de preposto, que outrora já foi regulamentado no art. 932 e 933, do Código Civil, bem como na Súmula 377, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, para compreensão dos limites a serem aplicadas tal Responsabilização.

Na análises de *leading cases* contra a Igreja Católica Apostólica Romana, contra Hospitais e até mesmo entre o Estado e os Magistrados, ver-se-á que a aplicação de responsabilidade civil para pessoas jurídicas por atos de participantes por atos de voluntário, por locador de espaço clínico e por servidor público investido de poder que cometem crimes e/ou atos ilícitos são muito diferentes e que tais responsabilizações são relativizadas em desfavor da sociedade empresária ou não empresária, por meio da responsabilidade solidária.

O estudo desses casos apontados servirão para confrontar os limites de aplicação da responsabilidade civil para o preposto, ou mesmo para o não preposto, para compreensão dos supostos limites de responsabilização de casos evoluídos de cooperações comerciais.

Além da responsabilidade civil, será analisada também, o conceito de dano moral, que é o principal ator da responsabilização, que além do dano material que pode ser causado ao prejudicado, certamente haverá o pedido de reparação por danos morais, definidos na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso X.

Por fim, no Capítulo 3, será analisada a hipótese de responsabilidade de gestor ou administrador de Fundos de Investimento, adentrando-se a as modalidades de contratos modernos do direito societário, ou seja, repostas contratuais a dinâmica de mercantilização das quotas e ações de empresas, que envolve investidores.

Nesta linha, o investidor qualificado pode ser um caso em que a responsabilidade do gestor e ou administrador é mitigada, ou seja, deixa-se a responsabilização direta, ou objetiva, para análise de culpa ou das provas de que mesmo o investidor com qualificação para acompanhar as estratégias de mercado foi lesado.

CAPÍTULO 1 - RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A origem do conceito de responsabilidade civil remonta da Roma antiga de um desejo particular de vingança. No direito romano a manifestação desse desejo de vingar o ilícito cometido contra a pessoa foi normatizado, dentro da Lei de Talião, nas XII Tábuas.

Não havia distinção entre as esferas cível e penal, apenas o desejo de reparar na mesma medida, regulamentado na antiga Lei.

O autor Pablo Stolze Gagliano¹, ensina em sua obra que:

O direito Romano não manifestava uma preocupação teórica de sistematização de institutos, pois a elaboração se deu muito mais pelo louvável trabalho dos romantistas, numa construção dogmática baseada no desenvolvimento das decisões dos juízes e dos pretores, pronunciamentos dos jurisconsultos e constituições imperiais.

Quando ocorreram as primeiras composições do autor que gostaria de receber uma quantia em dinheiro em troca de ver praticado o mesmo ato contra o seu ofensor, percebeu-se uma evolução social que passou a interferir na Lei. Não mais o "olho por olho e dente por dente" era a melhor reparação, no seio daquela sociedade que estava se desenvolvendo.

O autor Alvino Lima² aponta que este período:

"sucede o da composição tarifada, imposto pela Lei das XII das Tábuas, que fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor. É a reação contra a vingança privada, que é assim abolida e substituída pela composição obrigatória. Embora subsista o sistema do delito privado, nota-se, entretanto, a influência da inteligência social, compreendendo-se

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*, vol.III.6ed.Saraiva. São Paulo.2008.

² LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. Imprensa: São Paulo, Revista dos tribunais, Descrição Física: 236, Disponibilidade: Rede Virtual de Bibliotecas, Localização:STF.1938.

que a regulamentação dos conflitos não é somente uma questão entre particulares.

A Lei das XII Tábuas, que determinou o *quantum* para a composição obrigatória, regulava casos concretos, sem um princípio geral fixador da responsabilidade civil. A *actio de rebus sanciendi*, que alguns afirmam que consagrava um princípio de generalização da responsabilidade civil, é considerada, hoje, como não contendo tal preceito (Lei da XII Tábuas, Tábua VIII, Lei 5^a).

Posteriormente fixou-se a proibição do ofendido fazer justiça com as próprias mãos. Todavia, o professor Carlos Gonçalves³ explica que

“[...] quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada. É quando, então, o ofensor paga tanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo [...]”

As ideias iniciais sobre distinção de pena e reparação foram estabelecidas pelos romanos, ante a diferenciação entre delitos públicos e privados. Destarte, Moreira Alves⁴ aponta que "o delito público tinha uma conotação mais elevada, quando havia violação de norma jurídica que o Estado considerava de relevante importância social, enquanto o delito privado era a ofensa feita à pessoa ou aos seus bens".

A responsabilidade civil passa a ser, segundo o autor Silvio Venosa⁵ “o conceito de reparar o dano injustamente causado surge em época relativamente recente da história do Direito.” Tal fato ocorre porque, inicialmente, a responsabilidade civil e penal confundiam-se, sendo posteriormente dissociadas, aplicando em relação à primeira a indenização e, no tocante à segunda, a pena.

A evolução da responsabilidade civil se dá com a edição da *Lex Aquilia*, que justifica o moderno conceito de culpa aquiliana, ou seja, de vontade extracontratual.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009a.

⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. II.

⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Vol. IV.

A mudança de paradigma se deu principalmente em razão de alguns fatores como a industrialização e o aumento dos danos, que levaram ao surgimento de novas teorias dentro da responsabilidade civil, capazes de propiciar maior segurança às vítimas. Daí o surgimento e estabilização da teoria do risco, vista sob o aspecto objetivo: quando alguém sofre um dano, aquele que tira proveito da atividade perigosa deve repará-lo, independentemente da existência de culpa.

A viabilização dos fundamentos da Revolução Francesa em 1789 e o surgimento do Código Civil Francês, promulgado em 21 de março de 1804 (Código de Napoleão), representou uma reforma normativa, unindo de forma detalhada as leis civis do país, protegendo o liberalismo e o conservadorismo e, especialmente, a propriedade. Depois ficou expressamente diferenciada a responsabilidade civil da responsabilidade penal.

Oportuno citar o professor Cavalieri⁶, que insurge na sua obra no momento histórico subsequente a edição do Código Napoleônico, exatamente no fim do século XIX, que os juristas da França buscavam um fundamento para justificar o dever de indenizar diretamente. Foi assim criada a teoria do Risco, em que "Todo o prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa".

O professor Orlando Gomes⁷ ensina que a Teoria do Risco decorre da:

obrigação de indenizar sem culpa nasce por ministério da lei, para certos casos, por duas razões: a primeira, seria a consideração de que certas atividades do homem criam um risco especial para os outros, e a segunda, a consideração de que o exercício de determinados direitos deve implicar a obrigação de ressarcir os danos que origina.

O Código Civil acolheu a teoria do risco, em determinados casos, onde o simples exercício de uma atividade perigosa impõe a obrigação de indenizar os danos eventualmente causados, sem a necessidade de comprovação da culpa do agente que causou o dano.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

⁷ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Contudo, de maneira geral, a culpa continua a ser o fundamento da responsabilidade civil, juntamente com o risco, na teoria objetiva.

Diante de uma ótica cristã, a reparação na mesma medida não era a forma de se receber uma recompensa pela dano sofrido. Em caso de uma agressão a face, Jesus Cristo ofereceu a outra face de seu rosto. Certamente, este grande ato, mudou o conceito de mesma medida de agressão.

Assim, o desejo de ser reparado naquela nova sociedade, ou seja, depois do nascimento de Cristo, passa a ser diferente. E no convívio social, a forma de reparar tal ato, passou a ser negociado em forma de pagamento ou por meio de indenização material que o ofendido aceitasse.

Portanto, a Responsabilidade Civil nasce da necessidade, que se torna dever, de reparar o mal cometido. Da vingança privada, para o conceito subjetivo de comprovar a culpa da ofensa acometida até chegar no moderno conceito, com base na teoria do risco, dando presunção absoluta a responsabilização direta, ou seja, objetiva.

1.1.1 O NEXO DE CAUSALIDADE

A Responsabilidade Civil exige o preenchimento de três requisitos para ser configurada. A conduta, o dano e também o nexo de causalidade.

Quando o ato é praticado necessariamente deve gerar um dano e este dano deve estar intrinsecamente ligado ao resultado. Quando há este elemento, esta ligação, chama-se de nexo de causalidade.

O nexo de causalidade estabelece essa ponte entre a conduta e o dano. Neste sentido o autor Miguel Maria de Lopes⁸ nos ensina que:

Uma das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores da produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço.

A investigação do nexo causal que liga o resultado danoso ao agente infrator é indispensável para a responsabilização jurídica deste último. Caso esta não seja devidamente realizada, tem-se os resultados mais confusos no poder judiciário, por meio de interpretações que fogem a legislação para dar um entendimento ao que, na verdade, já está exposto nas teorias que norteiam a aplicação da causa da responsabilização civil.

O professor Pablo Stolze Gagliano⁹, explica que são três as principais teorias que tentam explicar o nexo de causalidade. Teoria da Equivalência de condições, teoria da causalidade adequada, e teoria da causalidade direta ou imediata (interrupção do nexo causal).

Na teoria da equivalência das condições, conhecida como *conditio sine qua non*, elaborada pelo jurista alemão Von Buri, na segunda metade do século XIX, tem-se que os antecedentes dos atos danosos não são diferenciados, ou seja tudo aquilo que impulsiona o evento será considerado como causa do dano. Segundo Caio Mário¹⁰, entende-se que:

em sua essência, sustenta que, em havendo culpa, todas as condições de um dano são equivalentes, isto é, todos os elementos que, de uma certa maneira concorreram para a sua realização, consideram-se como causas, sem a necessidade de determinar, no encadeamento dos fatos que antecederam o evento danoso, qual deles pode ser apontado como sendo, o que de modo imediato provocou a efetivação do prejuízo.

⁸ LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil- Fontes Acontratuais das Obrigações e Responsabilidade Civil*.5.ed.Rio de Janeiro.Freitas Bastos, 2001, p.218.

⁹ Op.Cit.Pág.86

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, 9.ed.,Rio de Janeiro. Forense, 2000, pág.78.

Segundo Gustavo Tepedino¹¹, esta teoria é inconveniente:

a inconveniência desta teoria, logo apontada, está na desmesurada ampliação, em infinita espiral de concausas, do dever de reparar, imputado a um sem-número de agentes. Afirmou-se, com fina ironia, que a fórmula tenderia a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade.

Na teoria da causalidade adequada, elaborada pelo filósofo alemão Von Kries, segundo a qual, o nexos de causalidade é tudo o que acontecer para efetivar o resultado, e interpretada pelo autor Cavalieri¹² como a "causa, para ela, é o antecedente, não só necessário, mas, também adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for mais apropriada para conduzir o evento".

O professor Pablo Stolze Gagliano¹³ ao explicar esta teoria, utiliza do entendimento do Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que cita Antunes Varela, em um de seus julgados para exemplificar esta teoria:

se alguém retém ilicitamente uma pessoa que se apressava para tomar o avião, e teve, afinal, de pegar um outro, que caiu e provocou a morte de todos os passageiros, enquanto o primeiro chegou sem incidente ao aeroporto de destino, não se poderá considerar a retenção ilícita do indivíduo como causa (jurídica) do dano ocorrido, porque, me abstrato não era adequada a produzir tal efeito, embora se possa asseverar que este (nas condições em que se verificou) não teria dado se não fora o ilícito. A ideia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de causalidade adequada entre o fato e o dano quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida.

Curiosamente é esta a teoria adotada no Direito Argentino, conforme explica o autor Carlos Alberto Gherzi¹⁴ "*Esta teoría fue adoptada por nuestro Código Civil, con la reforma de 1968, en el art. 906. Su idea central es que todo daño le es atribuible a*

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o Nexos de Causalidade*. Revista Trimestral de Direito Civil. Volume 6. Rio de Janeiro. Padma. 2001. p.3-19.

¹² CAVALIERI, Sérgio Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, 2.ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p.51.

¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*, vol.III.6ed. Saraiva. São Paulo. 2008.pág.89

¹⁴ GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría General de la Reparación de Daños*, 2ed. Buenos Aires: Astrea, 1999. p.90.

*una conducta-acción u omisión-, si normal y ordinariamente acaece así en las reglas de la experiencia"*¹⁵.

Entretanto o autor Freita Gomes¹⁶ alerta que esta teoria da causa adequada pode afastar de forma absurda da situação concreta o aplicador da norma. "A determinação do nexos causal é, antes do mais, uma *quaestio facti*, incumbindo ao juiz proceder *cum arbitrio boni viri*, sopesando cada caso na balança do equilíbrio e da equidade".

Na teoria da causalidade direta e indireta, o professor Agostinho Alvim¹⁷, na obra "Da Inexecução das Obrigações e duas Consequências" nos explica que o fato ligado necessariamente a um resultado danoso, ao ser avaliado determina o tal resultado de forma direta ou indireta.

A Escola que melhor explica a teoria do dano direto e imediato é a que se reporta à necessidade da causa. Efetivamente, é ela que está mais de acordo com as fontes históricas da teoria do dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue no dano, diretamente. Assim, é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano. Quer a lei que o dano seja o efeito direto e imediato da execução.

A compreensão desta teoria ocorre com exemplos¹⁸ citados nos manuais de Responsabilidade Civil. Importante, ressaltar que a interrupção do nexos causal, por uma causa superveniente, impede o estabelecimento do elo de ligação. E, com isso, a causa relativamente independente torna remoto o nexos de causalidade.

¹⁵ Tradução (Mateus G. B. Assunção - autor da Monografia): Esta teoria foi adotada pelo nosso Código Civil, com a reforma de 1968, no art. 906. A ideia central é que todo dano é atribuído a uma "conduta-ação" ou omissão-, se assim for normal e geralmente acontece nas regras de experiência.

¹⁶ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.74.

¹⁷ ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*, 3.ed. São Paulo. Saraiva. 1972, p. 356.

¹⁸ Caio é ferido por Tício (lesão corporal), em uma discussão após a final do campeonato de futebol. Caio, então é socorrido por seu amigo Pedro, que dirige, velozmente, para o hospital da cidade. No trajeto, o veículo capota e Caio falece. Ora, pela morte da vítima, apenas poderá responder Pedro, se não for reconhecida alguma excludente em seu favor. Tício, por sua vez, não responderia pelo evento fatídico, uma vez que o seu comportamento determinou, como efeito direto e imediato, apenas a lesão corporal.

Assim, se há interrupção, cria-se novo nexos de causalidade, tal como o dano reflexo, por exemplo, fruto de um ricochete. Desta forma, a teoria da causalidade indireta também responsabiliza o causador do dano, ainda que seja de forma indireta, pois a superveniência de fatos é interligada.

No Código Civil de 2002, de modo específico no art. 403¹⁹, restou adotada a teoria da causalidade direta e imediata, que decorre do dano e gera consequência necessária.

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Uma teoria que segundo Martinho Garcez Neto²⁰ é acolhida no direito comparado.

(...) Em relação ao Código Civil Francês, as normas expressas são os arts. 1150 e 1151, que, segundo a doutrina e jurisprudência francesas, teriam assento na teoria da equivalência das condições, que, a doutrina moderna, com base nos mais acatados civilistas, repele, pois, a jurisprudência agora dominante assenta os seus fundamentos e conclusões na teoria da causalidade adequada, como se colhe dos ensinamentos de Carbonnier (Obligations, n.91) e de Mazeaudtunc.

Em acórdão²¹ recente do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a Quarta Turma, sob relatoria do Ministro Raul Araújo fez-se uso da teoria da causalidade direta e imediata na solução de um caso em que o menor paciente fugiu do hospital e houve agravamento da doença com morte subsequente. Neste caso, a avaliação do nexos de causalidade na responsabilização da entidade hospitalar foi realizada sob a hermenêutica da referida teoria. Vejamos:

¹⁹ BRASIL. Lei 10.406, 2002, art. 403.

²⁰ NETO, Martinho Garcez. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro. Renovar, 2000, pág. 212.

²¹ Disponível no Link:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1235280&num_registro=201102701418&data=20130801&formato=PDF (Acesso em 12/04/2015).

REsp 1307032 / PR

Relator(a): Ministro RAUL ARAÚJO

QUARTA TURMA

Data do Julgamento: 18/06/2013

Data da Publicação/Fonte: DJe 01/08/2013

Ementa

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. FUGA DE PACIENTE MENOR DE ESTABELECIMENTO HOSPITALAR. AGRAVAMENTO DA DOENÇA. MORTE SUBSEQUENTE. NEXO DE CAUSALIDADE. CONCORRÊNCIA DE CULPAS. RECONHECIMENTO. REDUÇÃO DA CONDENAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não incidem as normas do Código de Defesa do Consumidor, porquanto o evento danoso ocorreu em data anterior à sua vigência. Ficam, assim, afastadas a responsabilidade objetiva (CDC, art. 14) e a prescrição quinquenal (CDC, art. 27), devendo ser a controvérsia dirimida à luz do Código Civil de 1916.

2. Aplica-se o prazo prescricional de natureza pessoal de que trata o art. 177 do Código Civil de 1916 (vinte anos), em harmonia com o disposto no art. 2.028 do Código Civil de 2002, ficando afastada a regra trienal do art. 206, § 3º, V, do CC/2002.

3. Na aferição do nexo de causalidade, a doutrina majoritária de Direito Civil adota a teoria da causalidade adequada ou do dano direto e imediato, de maneira que somente se considera existente o nexo causal quando o dano é efeito necessário e adequado de uma causa (ação ou omissão). Essa teoria foi acolhida pelo Código Civil de 1916 (art. 1.060) e pelo Código Civil de 2002 (art. 403).

4. As circunstâncias invocadas pelas instâncias ordinárias levaram a que concluíssem que a causa direta e determinante do falecimento do menor fora a omissão do hospital em impedir a evasão do paciente menor, enquanto se encontrava sob sua guarda para tratamento de doença que poderia levar à morte.

5. Contudo, não se pode perder de vista sobretudo a atitude negligente dos pais após a fuga do menor, contribuindo como causa direta e também determinante para o trágico evento danoso. Está-se, assim, diante da concorrência de causas, atualmente prevista expressamente no art. 945 do Código Civil de 2002, mas, há muito, levada em conta pela doutrina e jurisprudência pátrias.

6. A culpa concorrente é fator determinante para a redução do valor da indenização, mediante a análise do grau de culpa de cada um dos litigantes, e, sobretudo, das colaborações individuais para confirmação do resultado danoso, considerando a relevância da conduta de cada qual. O evento danoso resulta da conduta culposa das partes nele envolvidas, devendo a indenização medir-se conforme a extensão do dano e o grau de cooperação de cada uma das partes à sua eclosão.

7. Recurso especial parcialmente provido.

Na ementa do julgado vê-se de forma bastante clara que a adoção do regramento civil brasileiro da teoria da causalidade imediata ou direta, adota a possibilidade de culpa concorrente, em que *in casu*, de acordo com o processo, o hospital e os pais agiram com negligência e na regra do art. 945, tornando a culpa concorrente o fator determinante para reduzir o valor da indenização.

O Relator, do Recurso Especial, acima epigrafado, Ministro Raul Araújo, explica por meio da citação do professor Aguiar Dias²² que:

Os nossos melhores autores, a começar por Aguiar Dias, sustentam que, enquanto a teoria da equivalência das condições predomina na esfera penal, a da causalidade adequada é a prevalecente na órbita civil. Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito. Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva. (...)

De se ressaltar que a expressão 'efeito direito e imediato' não indica a causa cronologicamente mais ligada ao evento, temporalmente mais próxima, mas sim aquela que foi a mais direta, a mais determinante segundo o curso natural e ordinário das coisas. Com frequência a causa temporalmente mais próxima do evento não é a mais determinante, caso em que deverá ser desconsiderada, por se tratar de mera concausa."

Nesse diapasão a doutrina aplicada no Direito Penal, ainda aponta a teoria da imputação objetiva e a responsabilidade civil. Que segundo o professor Antonio Luís Chaves Camargo²³, partindo dos ensinamentos de Hegel entende que, "a teoria visa estabelecer limites entre os fatos próprios e os acontecimentos acidentais".

A imputação objetiva, na teoria de Larenz, se refere ao problema crucial da ação, ponto de relevância no Direito Penal, inclusive na atualidade. Estabelece Larenz, neste sentido, que, se não há imputação do fato ao sujeito, este não poder considerado como uma causação de resultado, e,

²² DIAS, José de Aguiar. *In Programa de Responsabilidade Civil*, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 49-52.

²³ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo. Cultural Paulista, 2002. pág. 62.

portanto, não existe a própria ação, pois tudo é produto de um acidente.

O professor Pablo Stolze Gagliano, cita Luiz Flávio Gomes²⁴, para resumir os requisitos desta teoria, que é aplicada no Direito Penal e repercute no Direito Civil.

Não há imputação objetiva quando o risco criado é permitido;

Nas situações de risco normal - é o caso de Henry George, instrutor americano, que deu aulas de pilotagem para o terrorista suicida Mohammed Atta, que pilotou o avião da American Airlines contra a Torre Norte do WTC;

Nas intervenções médicas;

Nas lesões esportivas;

Na teoria da confiança;

Não há imputação objetiva quando o risco é tolerado (ou aceito amplamente pela comunidade): aqui, seja por força da teoria da imputação objetiva, seja em razão da teoria da adequação social o fato é atípico;

Não há imputação objetiva quando o risco proibido criado é insignificante (conduta insignificante. Exemplo: jogar um copo d'água numa represa com 10 bilhões de litros de água que veio a inundar toda área vizinha; sendo a conduta do agente, nesse caso, absolutamente insignificante, não há que se falar em fato típico;

(...)

Se pudéssemos nos valer de uma imagem, diríamos que o nexo de causalidade é uma peneira de espaços grandes enquanto a imputação objetiva conta com orifícios menores. Muitos fatos passam pelo filtro de nexo de causalidade, não porém pelo da imputação objetiva.

Portanto, o nexo de causalidade é o elemento circunstancial para fixação do *quantum* indenizatório decorrente da responsabilização do autor do ato ilícito. O estudo destas teorias permite que a compreensão do tema deste trabalho "limites da

²⁴ *Apud* GOMES, Luiz Flávio. GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*, vol.III.6ed.2008. Saraiva. São Paulo.pág.89.

responsabilidade civil na relação de preposição das sociedades empresárias" se baseia em um apontamento técnico-jurídico das realidades cotidianas.

1.2 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

A responsabilidade civil subjetiva é um conceito evoluído do pensamento extremamente objetivo e direto. Não que este, seja arcaico, pois é adotado no Código Civil de 2002. Mas a análise subjetiva da conduta, permitiu ao julgador análise de provas que podem excluir o autor do suposto dano.

No artigo 927, do Código Civil, foi consagrada a teoria do risco e a responsabilidade subjetiva admitindo também, a responsabilidade objetiva.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Além da responsabilidade originária do ato ilícito civil amparada no conceito de culpa, previstos nos artigos 186 e 187, do Código Civil, ficou estabelecido também, no parágrafo único, as situações em que não há análise de culpa. Ou seja, em casos especificados em Lei e quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim

econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Entretanto, neste momento abordar-se-á da condição subjetiva da responsabilidade civil, que atualmente tem tido menor importância nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Segundo a doutrina tradicional a culpa exige três requisitos para ser evidenciada, quais sejam, a voluntariedade do comportamento do agente, a previsibilidade e a violação de um dever de cuidado.

A voluntariedade do comportamento do agente ocorre com a negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, não se exige a vontade posicionada para realização do dano, pois, se houver vontade definida trata-se de dolo. Já a previsibilidade é se o prejuízo causado poderia ser esperado. E, por fim, quando há a violação do dever de cuidado.

1.2.1 CULPA *IN ELIGENDO* E CULPA *IN VIGILANDO*

A depender do ato cometido o autor pode agir com culpa contratual ou extracontratual que se classifica quanto ao modo em que se apresentam. A culpa *in vigilando*, culpa *in eligendo*, culpa *in custodiendo*, culpa *in comittendo* e culpa *in omittendo*.

Os dois primeiros modos são os mais aplicados na jurisprudência e amplamente explorados pela doutrina brasileira. A culpa *in vigilando* ocorre pela falta de fiscalização dos atos de um terceiro do qual se é responsável. Já a culpa *in eligendo*, é a que ocorre da má escolha do empregado ou comitente.

Estes dois modos de culpa foram elevados no Código Civil de 2002, a responsabilidade objetiva nos artigos 932 e 933, ou seja, independem da análise da culpa do empregador em vigiar e eleger o empregado ou comitente para desempenhar alguma função. Assim, qualquer ato danoso por eles desempenhados gera responsabilidade objetiva e direta para o empregador.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

A jurisprudência²⁵ brasileira utilizou dos modos de culpa decorrentes da vigilância e da eleição em inúmeros julgados, que evoluíram para a responsabilidade objetiva. Entretanto, ainda hoje tais modos de culpa são norteadores da responsabilização dos empregadores e comitentes.

Recurso Especial nº 1.279.346 - SP
Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva
DJ: 29/11/2013

Ementa

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR POR ATOS DE SEU PREPOSTO. MOTORISTA ARMADO. MORTE DE PESSOA POR FALTA DE

²⁵ Responsabilidade Civil. Cirurgia. Queimadura causada na paciente por bisturi elétrico. Médico-chefe. Culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Relação de preposição. Dependendo das circunstâncias de casa concreto, o médico-chefe pode vir a responder por fato danoso causado ao paciente pelo terceiro que esteja diretamente sob suas ordens. Hipótese em que o cirurgião-chefe não somente escolheu o auxiliar, a quem se imputa o ato de acionar o pedal do bisturi, como ainda deixou de vigiar o procedimento cabível em relação àquele equipamento. Para o reconhecimento do vínculo de preposição, não é preciso que exista um contrato típico de trabalho; é suficiente a relação de dependência ou que alguém preste serviços sob o comando de outrem. Recurso especial não conhecido. (REsp 200831/RJ. Relator Ministro Barros Monteiro, DJ. 20/08/2001.

PAGAMENTO DE PASSAGEM. CULPA IN ELIGENDO. CULPA IN VIGILANDO.

1. Responde civilmente o empregador pelo ato de seu preposto que matou pessoa por tentar pegar o ônibus sem pagamento de passagem (art. 1.521 do Código Civil).
2. Culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando* do empregador por permitir que seu funcionário dirigisse armado.
3. Recuso especial conhecido e provido.

Neste julgado, o autor utilizado pelo Ministro Relator foi Silvio de Salvo Venosa²⁶, o qual entende que é devida a análise da culpa, mesmo em casos que o novo código civil, já os taxou como de responsabilidade objetiva.

A culpa civil em sentido amplo abrange não somente o ato ou conduta intencional, o dolo (delito, na origem semântica e história romana), mas também os atos ou condutas evitados de negligência, imprudência e imperícia, qual seja, a culpa em sentido estrito (quase-delito).

Outro autor que apóia esta vertente do pensamento, e que abrilhanta o tema da culpa, como deve ser analisada é Silvio Rodrigues²⁷.

Para que a responsabilidade se caracterize, mister se faz a prova de que o comportamento do agente causador do dano tenha sido doloso ou pelo menos culposo. O dolo ou resultado danoso, afinal alcançado, foi deliberadamente procurado pelo agente. Ele desejava causar dano e seu comportamento realmente o causou. Em caso de culpa, por outro lado, o gesto do agente não visava causar prejuízo à vítima, mas de sua atitude negligente, de sua imprudência ou imperícia resultou um dano para ela.

²⁶ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. *Responsabilidade Civil.ed. Atlas. 12.ed. São Paulo. Atlas. vol.4.pág.26*

²⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil. 20ed. São Paulo. Saraiva. vol.4.pág.16*

Assim, vê-se que a responsabilidade objetiva, atualmente a regra adotada pelo Direito Civil moderno ainda necessita de análise fática, de culpa e os modos da culpa, pois a ciência jurídica não é exata.

1.3 RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA

As obrigações solidárias são obrigações complexas e são a base da responsabilização solidária. Ou seja, devido ao fato ocorrido, apresentam-se mais de um sujeito no polo passivo da relação pré-existente ou criada na conduta que gerou dano ao ofendido e um nexos causal estabelecido.

O autor Álvaro Villaça Azevedo²⁸ explica que com a concorrência de vários credores entre devedores haverá relação obrigacional solidária:

Se houver mais de um devedor ou se apresentar mais de um credor, ou, ainda, se existir pluralidade de credores ou de devedores, cada credor com direito e cada devedor obrigado à dívida toda, *in solidum*.

A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça²⁹, no que toca os artigos 264 e 265, ambos do Código Civil, restou estabelecido qual a fonte e quando ocorrerá a solidariedade. Observe-se:

Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

²⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2004.

²⁹ A Turma considerou que não há violação à coisa julgada pelo fato de a parte excluída da relação processual de conhecimento ser incluída no pólo passivo da execução, devido à sua responsabilidade subsidiária pelas dívidas contraídas pelo devedor (do título judicial), a qual é sócia e mantenedora. Assim, ainda que não tivesse participado dos autos da ação de indenização, sua responsabilidade patrimonial remanesceria pelo liame que a vincula ao devedor principal. (STJ. REsp 225.051-DF. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo. Julgado em: 7 nov. 2000) Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5908. Acesso em 20/10/15.

Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

Importante esclarecer que no tema da obrigação solidária há a preocupação em distinguir esta da obrigação subsidiária. A professora Doutora Bruna Lyra Duque³⁰, de forma bastante didática, ensina que:

Subsidiária é a responsabilidade assumida entre dois ou mais sujeitos obedecendo a certa ordem como é a responsabilidade dos sócios no que tange às obrigações da sociedade empresarial, na forma do artigo 1.024 do Código Civil. Isso significa dizer que a responsabilidade pelas dívidas da sociedade só surgirão quando o patrimônio da mesma for atingido, portanto, a responsabilidade do sócio é considerada indireta, eventual.

Quanto a indivisibilidade da solidariedade no campo das obrigações do Código Civil, que dialoga com a Responsabilidade Civil, o autor Renato Lima Charnaux³¹ ensina que:

A essa altura, é de se observar que por vezes ocorre certa confusão entre as obrigações solidárias e as indivisíveis, as quais todavia verificam-se nitidamente distintas. As primeiras têm caráter subjetivo, originam-se nas pessoas, que convencionaram o surgimento da solidariedade ou submeteram-se às hipóteses legais em que tal instituto incide; as últimas têm caráter subjetivo e objetivo, com prevalência deste último, eis que resultam do objeto, isto é, da prestação que não se pode dividir.

Assim, com a previsão de ação regressa contra o autor do ato ilícito, que de fato causou o dano, em evidente nexo de causalidade, restou estabelecido que a responsabilidade solidária decorre da obrigação assumida com aquele que se responsabiliza ou elege o autor do dano.

O autor do Livro intitulado de "Intervenção de Terceiros", Athos Gusmão Carneiro³², explica o contexto norteador da responsabilização solidária daquele

³⁰ DUQUE, Bruna Lyra. *O Direito Contratual e a Intervenção do Estado*. São Paulo: RT, 2007.

³¹ SERTÃ, Renato Lima Charnaux. Porto de Barros. *Teoria geral da obrigação solidária*. et.al.2002. p. 215.

³² CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19 ed. São Paulo. Saraiva, 2010, pág.153.

que é responsável, entende-se empregador ou comitente, do praticante da conduta danosa, por meio da intervenção de terceiros. O autor é citado no Voto do Recurso Especial repetitivo n.º 925.130-SP³³, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.

Nos casos de ação regressiva por responsabilidade civil (inclusive nas demandas contra o Estado), igualmente consideramos possível ao autor executar a sentença condenatória não só contra o réu denunciante como contra o denunciado, seu litisconsorte por força da lei processual, isso naturalmente dentro dos limites da condenação na demanda regressiva.

Nesta linha, o professor Barboza Moreira³⁴ trata do "neoprivatismo" do processo civil, utilizado em muitos julgados, e que enseja muitas vezes um desequilíbrio na aplicação da Lei, por permitir o declínio das teorias para personificação processual, o que se esbarra, neste simples trabalho, com a falta de limite de responsabilização civil do preposto. Ensina que:

É duvidosa a designação que melhor convém ao pensamento criticado neste trabalho. Visto que seus representantes aludem, com aspas manifestamente depreciativas, a processo civil "social", talvez se pudesse cogitar de designá-la, com análogas aspas, como processo civil "anti-social". Mas não desejamos ferir, com tão antipático rótulo, as suscetibilidades de juristas ilustres, que nos merecem todo o respeito. Outra opção, menos áspera, pode basear-se na pecha, que se lança, de exacerbação do elemento publicístico no processo civil. Pois bem: à orientação contrária não cairá mal, nessa perspectiva, a denominação de

³³ RECURSO ESPECIAL Nº 925.130 - SP (2007/0030484-4)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

RECORRENTE : UNIBANCO AIG SEGUROS S/A

ADVOGADO : ANTÔNIO PENTEADO MENDONÇA E OUTRO(S)

RECORRIDO : JOSÉ FRANCISCO PEREIRA SILVA

ADVOGADO : MANOEL FONSECA LAGO E OUTRO(S)

RECORRIDO : FRANCELINO ALMEIDA BUENO E OUTRO

ADVOGADO : JOSMAR NICOLAU E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. SEGURADORA LITISDENUNCIADA EM AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MOVIDA EM FACE DO SEGURADO. CONDENAÇÃO DIRETA E SOLIDÁRIA. POSSIBILIDADE.

1. Para fins do art. 543-C do CPC: Em ação de reparação de danos movida em face do segurado, a Seguradora denunciada pode ser condenada direta e solidariamente junto com este a pagar a indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólice. 2. Recurso especial não provido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

³⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. in. Teoria Geral do Processo: panorama doutrinário. São Paulo. ed. JusPodivm, 2010, p. 404

privatismo . Sejam, porém, mais exatos: já que semelhante orientação nos remete à mentalidade dominante em tempos idos - e infelizmente, ao que tudo indica, reerguida da sepultura em que parecia jazer -, numa época em que o processo civil era tido e havido como "coisa das partes" (Sache der Parteien , seguindo a conhecida expressão alemã), tomamos a liberdade de chamar-lhe neoprivatismo , na esperança de que isso não desagrade aos seus ardorosos propagandistas.

Porém, este já é o assunto do próximo capítulo, mas que merece ser citado no final do primeiro capítulo, uma vez que a conceituação da responsabilidade civil solidária nasce da obrigação em indenizar, que diante do código civil, nos artigos 927, 932 e 933, se define na teoria da objetividade, ou seja, indenização direta, sem análise da culpa. Assim, o neoprivatismo do Código de Processo Civil, pode ser uma teoria a se justificar a falta de limites na responsabilização do dano ocorrido.

CAPÍTULO 2 - RESPONSABILIDADE CIVIL DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA

A responsabilidade civil é conhecida na sua forma unificada, ou seja, ato ilícito, nexa causal e dano em regra gerando o dever direto de indenizar. Apesar das 3 (três) teorias trabalhadas no capítulo 1 deste trabalho e da teoria penal também, explorada de forma sintética, neste capítulo, para se compreender a responsabilidade civil da sociedade empresária ficaremos na responsabilidade contratual e extracontratual, ou aquiliana.

A responsabilidade civil contratual decorre da violação de obrigações derivadas de negócios jurídicos, cujo dever de indenizar é consequência do inadimplemento, previsto no art. 389, do Código Civil. Já a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana decorre da infringência de deveres legais e sociais, sem que preexistas entre a sociedade ofensora e a vítima qualquer da relação jurídica, regulada nos artigos 186, 927, 932 e inciso III³⁵, todos do código civil.

A responsabilidade civil da sociedade empresária é um tema que preocupa todo empresário ativo no mercado, pois, todos os negócios jurídicos celebrados por meio de administradores, prepostos e gerentes são para o mercado a própria empresa ou empresário agindo comercialmente.

A questão é de extrema importância, pois, pelo direito societário entende-se que toda sociedade empresária possui um objeto social que se desencadeia no exercício de sua função social. Com isso, quando algum representante da sociedade empresária atua de forma que extrapole o objeto social e possa prejudicar terceiros, o tema da responsabilidade civil passa a ser o primeiro plano das preocupações.

³⁵ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Quais seriam os limites da responsabilização da sociedade empresária que comete por meio de um representante um dano, completamente fora de seu objeto social? Impossível analisar as respostas possíveis sem os conceitos da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilância*.

No entanto, impõe-se, em um primeiro momento, a análise do modo pelo qual a sociedade se obriga perante terceiros, como ela se faz representar em sociedade, as pessoas que a representam no mundo dos negócios e os limites de atuação de acordo com o objeto social e os poderes conferidos aos representantes.

Segundo a professora Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira³⁶ da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, em seu artigo científico "A Responsabilidade da Sociedade empresária e do empresário pelos atos dos administradores" o objeto social é o limitador da responsabilidade civil da empresa".

(...) Para realizar o objeto social, os administradores terão que tomar várias decisões, tais como admitir, demitir empregados, contratar, mobilizar os meios financeiros da sociedade, efetuar depósitos, abrir contas bancárias, contrair empréstimos, emitir títulos cambiários, endossá-los, avalizá-los etc. Eles são indispensáveis para a vida interna e externa da sociedade, fazendo com que ela funcione, atue perante terceiros, contraindo obrigações e constituindo direitos. Por isso, gozam de poderes naturais e especiais de administração. Todavia, para que tais poderes sejam de fato exercidos, devem agir de com lealdade e diligência, desempenhando sua função com cuidado, no interesse da sociedade e alcançar os seus fins.

De acordo com o artigo 47, do Código Civil, as pessoa jurídicas respondem pelas obrigações assumidas pelos representantes da empresa, que são investidos de poderes de representação e administração.

Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

³⁶ Acesso em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b986700c627db479>. *A responsabilidade da sociedade empresária e do empresário pelos atos dos administradores*. Rio de Janeiro. Acesso em 15/10/2015.

Neste sentido a professora Paula Francesconi aponta que na doutrina existem 2 (dois) conceitos para se compreender o limite da responsabilização da sociedade empresária em decorrência do seu objeto social. A teoria do ato *ultra vires* e de forma contraposta a teoria da aparência:

(...) De acordo com a teoria *ultra vires*, de origem inglesa, cujo tratamento se deu no art. 1.015 do Código Civil, a sociedade não responde pelos atos praticados por seus sócios ou administradores que ultrapassem seus poderes ou por operações evidentemente estranhas aos negócios da sociedade.

Em contraposição à teoria *ultra vires*, surgiu a teoria da aparência, que visa a proteger o terceiro de boa-fé que contrata com a sociedade e desconhece as limitações do objeto da sociedade ou de quem a represente, o que lhe permite exigir da sociedade com quem contratou o cumprimento da obrigação, já que prevalece a inoponibilidade da cláusula restritiva de poderes, restando à sociedade ação regressiva contra quem praticou o ato.

Essas duas teorias, em uma primeira leitura, não poderiam coexistir por se auto-excluírem, mas não é este o melhor entendimento. Desta forma, caberá ao aplicador do direito, por meio da ponderação de interesses e da técnica da argumentação, fazer uma interpretação à luz dos dispositivos legais e princípios envolvidos, como o da dinâmica das relações, da segurança jurídica, da boa-fé, da função social do contrato, a fim de estabelecer a proteção que o ordenamento jurídico pátrio confere à sociedade empresária, ao empresário, e ao terceiro de boa-fé, não só nas relações paritárias como nas relações de consumo.

Segundo a teoria do ato *ultra vires*, a sociedade não responde pelos atos praticados por seus sócios ou administradores que ultrapassem seus poderes ou por operações evidentemente estranhas aos negócios da sociedade. Tal como exposto no artigo 1.015, do Código Civil. Observe-se:

Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses:

I - se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade;

II - provando-se que era conhecida do terceiro;

III - tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

Já na teoria da aparência o importante é preservar os direitos de reparação do terceiro de boa-fé que contrata com a sociedade empresária e desconhece o objeto social desta ou de quem a represente.

São duas teorias aparentemente contrapostas, mas que a jurisprudência em detrimento da doutrina do direito empresarial, em apertada exegese as aplicam de acordo com o princípio da ponderação. Desta forma, caberá ao aplicador do direito, por meio da ponderação de interesses e da técnica da argumentação, fazer uma interpretação à luz dos dispositivos legais e princípios envolvidos, como o da dinâmica das relações, da segurança jurídica, da boa-fé, da função social do contrato, a fim de estabelecer a proteção que o ordenamento jurídico pátrio confere à sociedade empresária, ao empresário, e ao terceiro de boa-fé, não só nas relações paritárias como nas relações de consumo.

A controvérsia deu ensejo ao Enunciado n.º 219 do Conselho de Justiça Federal que trouxe a seguinte interpretação ao dispositivo legal:

Enunciado n.º 219. Art. 1.015: Está positivada a teoria ultra vires no Direito brasileiro, com as seguintes ressalvas: (a) o ato ultra vires não produz efeito apenas em relação à sociedade; (b) sem embargo, a sociedade poderá, por meio de seu órgão deliberativo, ratificá-lo; (c) o Código Civil amenizou o rigor da teoria ultra vires, admitindo os poderes implícitos dos administradores para realizar negócios acessórios ou conexos ao objeto social, os quais não constituem operações evidentemente estranhas aos negócios da sociedade; (d) não se aplica o art. 1.015 às sociedades por ações, em virtude da existência de regra especial de responsabilidade dos administradores (art. 158, II, Lei n.º 6.404/76).

Apesar do surgimento doutrinário desta teoria que afasta a responsabilidade da sociedade e do empresário por atos *ultra vires*, a jurisprudência³⁷ inclinou-se no sentido de aplicar a teoria da aparência, e, desse modo, reputar válidos e eficazes os atos praticados por administradores que tenham agido com excesso de poder, ignorando as disposições do contrato social, que não poderiam ser opostas ao terceiro de boa-fé.

O objeto social nasce do ato constitutivo³⁸, que perante a finalidade econômica levam os sócios a estabelecer um negócio contratual. De acordo com o artigo 981, do Código Civil, cada sociedade empresária deverá estabelecer as regras dos sócios no exercício do referido objeto.

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.

³⁷ Nas operações mercantis, dadas a intensidade e a celeridade com que se processam, não exige que os contratantes investiguem reciprocamente os respectivos atos constitutivos para obter certeza a respeito dos poderes dos sócios para representar e contrair obrigações em nome da sociedade. A contratação celebrada com terceiro de boa-fé por sócio que se apresente habilitado a tanto e válida, assumindo este, se contrário seu ato às disposições estatutárias, responsabilidade pessoal perante a sociedade e demais sócios pela reparação dos prejuízos a que se deu a causa. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 28633/RJ. Relator: Exmo. Min. Salvo de Figueiredo Teixeira. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento: 21/09/1993. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=28633&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>> Acesso em 02 de maio de 2011. "É válida a fiança prestada por sócio-diretor de empresa com poderes de administração, sendo certo que a existência de vedação no contrato social pertine às relações entre os sócios, não tendo o condão de prejudicar o terceiro de boa-fé." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 180301/SP. Relator: Exmo. Min. Gilson Dipp. Órgão Julgador: Quinta Turma. Julgamento: 19/08/1999. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=180301&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>> Acesso em: 02 de maio de 2011.)

³⁸ A professora Paula Francesconi fez uma importante consideração quanto a elaboração do instrumento que une e constitui a sociedade empresária. - A doutrina debate sobre a natureza jurídica do ato que cria a sociedade, o que fez nascer várias teorias que se controvergem: teoria anticontratalista (Oertmann, Kuntze, Lehmann, Rocco, Messineo, Trajano de Miranda Valverde), pela qual a sociedade não é formada por contrato, mas por ato coletivo ou complexo; teoria do ato corporativo, do ato de fundação ou ato de união (von Gierke), segundo a qual as declarações dos sócios não têm existência e valor jurídico autônomos, antes se unificam em uma única declaração de vontade; teoria da instituição (Hauriou, Saleilles, Jean Escarra); teorias contratalistas, que partem de contrato bilateral (J. X. Carvalho de Mendonça e Afonso Dionísio) e contrato plurilateral (Tullio Ascarelli, Rubens Requião).

O artigo 2º, da Lei n.º 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), em comparação aos demais do Código Civil é, segundo a opinião deste estudante, o que melhor define, independentemente do tipo societário (limitada, por ações, mistas, em nome coletivo, ilimitada, etc.) que o ato constitutivo deve conter a finalidade de exercer a atividade negocial visando lucro.

Art. 2º - Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

§1º - Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.

§2º - O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo.

§3º - A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.

Ainda quanto ao objeto social da sociedade empresária, importante é citar o ensinamento de Celso Filho Barbi³⁹:

A nosso ver, o objeto social de uma sociedade comercial é sua própria destinação, ou seja, o objetivo para o qual foi criada. Assim, o objeto social contém dois componentes fundamentais: uma atividade e um fim. A atividade é o ramo empresarial desenvolvido pela sociedade. O fim é o lucro. Para melhor definir, “o objeto da sociedade é a sua atividade-fim”.

A aplicação da teoria do ato *ultra vires* seria a forma perfeita de afastar a responsabilização da sociedade empresária que tem algum representante que extrapole o objeto social.

Porém a jurisprudência dominante no Colendo Superior Tribunal de Justiça⁴⁰, quanto a responsabilização da sociedade empresária não eleva a teoria do ato *ultra vires* e sim a teoria da aparência.

³⁹ BARBI FILHO, Celso. *Apontamentos sobre a teoria 'ultra vires' no direito societário brasileiro*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 85, n. 305, jan./mar. 1989, p. 24.

REsp 1365339 / SP

Relator(a): Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI (1145)

Órgão Julgador: QUARTA TURMA

Data do Julgamento: 02/04/2013

Data da Publicação/Fonte: DJe 16/04/2013

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR POR ATO DE PREPOSTO (ART. 932, III, CC). TEORIA DA APARÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRECEDENTES. 1. Nos termos em que descrita no acórdão recorrido a dinâmica dos fatos, tem-se que o autor do evento danoso atuou na qualidade de vigia do local e, ainda que em gozo de licença médica e desobedecendo os procedimentos da ré, praticou o ato negligente na proteção do estabelecimento. 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, **o empregador responde objetivamente pelos atos ilícitos de seus empregados e prepostos praticados no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (arts. 932, III, e 933 do Código Civil).** Precedentes. 3. Recurso especial provido. (grifos editados)

Portanto, a sociedade empresária é responsável pelos atos danosos de seus representantes legais ainda que extrapolem o limite definido no contrato social.

2.1 A RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO DE PREPOSIÇÃO

2.2.1 O CONCEITO DE PREPOSIÇÃO APLICADOS A ENTIDADES NÃO EMPREGADORAS

A responsabilidade civil também, é aplicada as associações e outros tipos de sociedades não empresariais, como se sociedade empresária o fosse. E o caso em apreço neste subcapítulo são as condenações indenizatórias às sociedades não empresárias pela atividade de prepostos e pessoas que desempenham trabalho voluntário.

⁴⁰Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1219464&num_registro=201201425677&data=20130416&formato=PDF. Acesso em 20/09/2015.

O conceito de preposição é relativo, pois, para o Direito Trabalhista existe uma definição e para o Direito Infra-constitucional esta definição é alargada. A súmula 377, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, o define pelo tipo de atividade desempenhada:

Súmula n.º 377 - Preposto. Exigência da condição de empregado.

Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT e do art. 54 da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006. (ex-OJ n.º 99 - Inserida em 30.05.1997)

O Colendo Superior Tribunal de Justiça⁴¹ o define da seguinte forma:

REsp n.º 304.673-SP

Relator: Ministro Barros Monteiro

Recorrente: Usina Santa Rita S/A Açúcar e Alcool

Recorrido: Lucas Willian Silva e Outros

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. USINA. TRANSPORTE DE TRABALHADORES RURAIS. MOTORISTA PRESTADOR DE SERVIÇO TERCEIRIZADO. VÍNCULO DE PREPOSIÇÃO. RECONHECIMENTO.

Para o reconhecimento do vínculo de preposição, não é preciso que exista um contrato típico de trabalho; é suficiente a relação de dependência ou que alguém preste serviço sob o interesse e o comando de outrem. Precedentes. Recurso Especial não conhecido. 4ª Turma do STJ, unanimidade. Julgado dia 25/09/2001.

No estudo de caso de um precedente (Recurso Especial n.º 1.393.699 - PR⁴²) inaugurado pela Terceira Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que

⁴¹ Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=24617&num_registro=200100204147&data=20020311&formato=PDF. Acesso em: 20/09/2015.

⁴² RECURSO ESPECIAL Nº 1.393.699 - PR

RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE:MITRA DIOCESANA DE UMUARAMA

RECORRIDO : RODOLFO AURÉLIO TRASSI

INTERES. : JOSE CIPRIANO DA SILVA

EMENTA

CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. VÍTIMA DE CRIME CUJA AUTORIA É CONHECIDA. AÇÃO PENAL EM

envolve a condenação de uma Mitra Arquidiocesana pelo crime cometido por um ex-sacerdote, fora do exercício de sua função, em situação completamente diversa do que foi eleito. E, fora de qualquer possibilidade, de vigilância.

Este precedente de relatoria da Ministra Nancy Andriahi relativiza o conceito de preposição além do que foi estabelecido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça. E, no diálogo das fontes ou do entendimento, ou ainda, da hermenêutica de conceitos, facilmente pode e será aplicado às sociedades empresárias.

Para compreensão da aplicação do conceito de preposição perante os artigos 932, inciso III e 933, do Código Civil, é necessário demonstrar:

- a) a origem de aplicação do Conceito de Preposição na forma flexibilizada;
- b) em seguida, o mesmo conceito aplicado à Diocese e ao padre inaugurado pelo Voto da Ministra Nancy Andriahi; e
- c) por fim, "o novo conceito de Preposto", diferente do elaborado pela Minstra Nancy, no acórdão Vergastado, e o paradigma divergente.

Em síntese, a aplicação do conceito de preposição flexibilizado, nasce do Recurso Especial do precedente supramencionado (REsp n.º 304.673) onde foi analisada a indenização decorrente de acidente de caminhão com uma senhora e a Usina de Álcool que contratou o caminhoneiro sem vínculo de trabalho.

CURSO. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL. RELAÇÃO DE PREPOSIÇÃO ENTRE A DIOCESE E O PADRE A ELA VINCULADO. SUBORDINAÇÃO CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO. ARTS. ANALISADOS: 130, CPC, 200, 932, III, 933, CC/02.

(...) 6. O STJ há muito ampliou o conceito de preposição (art. 932, III, do CC/02) para além das relações empregatícias, ao decidir que na configuração de tal vínculo “não é preciso que exista um contrato típico de trabalho; é suficiente a relação de dependência ou que alguém preste serviço sob o interesse e o comando de outrem” (REsp n.º 304.673/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, DJ de 11/3/02).

7. Evidencia-se, no particular, a subordinação caracterizadora da relação de preposição, porque demonstrada a relação voluntária de dependência entre o padre e a Diocese à qual era vinculado, de sorte que o primeiro recebia ordens, diretrizes e toda uma gama de funções do segundo, e, portanto, estava sob seu poder de direção e vigilância, mesmo que a ele submetido por mero ato gracioso (voto religioso).

8. A gravidade dos fatos reconhecidos em juízo, sobre crimes sexuais praticados por religiosos contra menores, acarreta responsabilidade civil da entidade religiosa, dado o agir aproveitando-se da condição religiosa, traíndo a confiança que nela depositam os fiéis.

9. Notadamente em circunstâncias como a dos autos, em que o preposto, como sacerdote, é, em geral, pessoa de poucas posses, às vezes por causa do voto de pobreza, e, portanto, sem possuir os meios necessários para garantir a justa indenização, assume o preponente nítida posição de garantidor da reparação devida à vítima do evento danoso, porque, em regra, possui melhores condições de fazê-lo.

10. Recurso especial conhecido e desprovido.

Ainda, quanto a responsabilização pela preposição, porém, em caso diferente o entendimento do Recurso Especial que analisou a situação em que o Hospital permitiu o médico utilizar de suas instalações e imagem, por meio de contrato, exercendo atividade fim, e o paciente sofreu dano por erro médico (REsp n.º 1.342.712)⁴³, é diferente. Ou seja, o hospital não foi condenado.

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.324.712 - MG RELATOR:
MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO EMBARGANTE:HOSPITAL
SANTA GENOVEVA LTDA
EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS
GERAIS EMBARGADO : HOSPITAL E MATERNIDADE SANTA
CLARA LTDA
EMBARGADO : HOSPITAL SANTA CATARINA S/A

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. TESE DO NOSOCÔMIO DE NÃO TER SIDO ENFRENTADO PONTO ACERCA DA INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL POR ATOS PRATICADOS POR MÉDICOS COM OS QUAIS NÃO MANTENHA VÍNCULO JURÍDICO DE EMPREGO OU PREPOSIÇÃO. MATÉRIA DEVIDAMENTE ENFRENTADA PELO ACÓRDÃO EMBARGADO. REJEIÇÃO DOS ACLARATÓRIOS QUE SE IMPÕE.

1.O acórdão embargado assentou que, quanto à "responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor, pode-se concluir, em síntese, que, na linha do que foi decidido por este Órgão julgador, no REsp. 114.5728-MG (Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 08/09/2011), "[...] as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva dessa instituição (por ato próprio) exsurdirá em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, caput, do CDC), prescindindo da demonstração da culpa".

2. Igualmente, perfilhou o entendimento de que, "por outro lado, em regra, os atos técnicos praticados pelos médicos, sem vínculo de subordinação com o hospital, são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de responsabilidade".

3. Depreende-se do art. 535, I e II, do CPC que os embargos de declaração apenas são cabíveis quando constar, na decisão recorrida, obscuridade, contradição ou omissão em ponto sobre o qual deveria ter se pronunciado.

4. Embargos de declaração rejeitados. (grifos editados)

⁴³ Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1290667&num_registro=201201062200&data=20140203&formato=PDF . Acesso em 20/09/2015.

A ampliação do conceito de Preposto, previsto no art. 932, inciso III, do Código Civil, ocorreu em um caso interessante, onde, em síntese, ocorreu um acidente que envolveu um motorista de caminhão não empregado de uma Usina de Álcool e uma senhora, Maria de Lourdes. Neste caso aquela 4ª Turma do STJ, (REsp n.º 304.673), entendeu que o vínculo do motorista de caminhão que não era de emprego e nem de um preposto contratado, mesmo em atividade eventual, era sim de preposição, devido a prestação de serviço sob o interesse e o comando de outrem. Segundo o Relator, Ministro Barros Monteiro, acompanhado pelos outros julgadores da 4ª Turma, bastou apenas o comando da Usina ao transportador da cana de açúcar, que cometeu o acidente, para ela ter que indenizar a família da senhora Maria de Lourdes.

Em síntese, o transportador não era empregado da Usina de Álcool, não mantinha relação de subordinação e foi considerado preposto ao transportar a cana de açúcar.

Assim, a Ministra Nancy Andrighi Relatora do Recurso Especial n.º 1.393.699, utilizou da ampliação deste conceito aplicado a uma relação empresarial, não trabalhista, na prestação de serviço de um terceiro conhecido popularmente como "*freelancer*", para a relação entre Diocese e Padre, em horário noturno, em ato exercido fora da função sacerdotal, em ato não coordenado pelo Bispo responsável daquela Diocese.

Entretanto, a origem do conceito de preposição aplicado a Diocese/Padre, é bastante frágil, pois não se trata de relação empresarial, trabalhista ou de consumo ou de prestação de serviço.

A origem da relação de preposição neste caso decorre da "aura que reveste o sacerdote"⁴⁴.

Aliás, é bom que se diga que quando do julgamento do Recurso Especial n.º 1.393.699 o Superior Tribunal de Justiça legislou sobre o Direito Canônico, o que não lhe é possível, e ainda formou um entendimento divergente quanto a relação de preposição

⁴⁴ Expressão utilizada pelo juiz que prolatou sentença objeto de recurso da Apelação Cível n.º 345130-28.2009.8.26.0000.

daquele aplicado pela 4ª Turma, na relação entre médico não empregado utilizando espaço e aparelhos do hospital.

Assim, a divergência decorre da aplicação do conceito de preposição ao caminhoneiro e a Usina de Álcool (por estar sob o interesse e comando de outrem), e o mesmo conceito de preposição não aplicado ao médico em relação ao Hospital, mesmo tendo o profissional exercido ali a atividade fim, ou seja, cirurgia, causando, por erro, dano ao paciente, com os aparelhos e instrumentos necessários do próprio Hospital.

Ou seja, em uma decisão, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o caminhoneiro sem vínculo de subordinação é preposto da Usina; e, em outra decisão, que o médico, sem o mesmo vínculo, não é preposto.

O que delimitou o conceito de preposição entre Usina de Álcool e caminhoneiro, foi o transporte da carga. O que delimitou a não aplicação do conceito de preposição ao médico perante o hospital foi a não subordinação, apesar de utilizar o espaço, aparelhos e da sensação de segurança e qualidade que o hospital transmite ao paciente, e o contrato de utilização do espaço. E, por fim, o que delimitou a relação de preposição do padre com a Diocese é a "aura" que o reveste, pois não estava sob subordinação, e no exercício da função.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL NA RELAÇÃO DE PREPOSIÇÃO

A responsabilidade civil aplicada nos casos de preposição é uma tema complexo e com diferentes formas de aplicação. Apesar de, em tese, constituir um conceito estático, sua conceituação em cada caso é muito dinâmica.

O preposto contratado ou não contratado, no poder público ou na relação privada, seja empresária ou não nos casos em que tal tema foi levado a julgamento no Brasil, aqui apresentados, demonstram a fragilidade do entendimento jurisprudencial que se flexibiliza em afronta ao controle constitucional e da própria norma infra-legal.

2.2.2 ENTENDIMENTOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO A RELAÇÃO DE PREPOSIÇÃO

A análise do conceito é demasiadamente complexa. No Acórdão do Recurso Especial n.º 1.324.712-MG, especificamente no Voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão, restou entendido que mesmo o Médico, exercendo a atividade fim, em horário de trabalho, em Hospital que lhe concedeu a sala de cirurgia e ao mesmo tempo a segurança ao paciente que se sente resguardado pela imagem do Hospital, não é preposto, observe-se:

(...) 4.1. De início, mister asseverar, conforme assentado em precedente da Segunda Seção, a responsabilidade médica empresarial - no caso de hospital - é objetiva,

salvo no caso de falha técnica do profissional, quando este não tem vínculo de emprego ou de mera preposição com o nosocômio:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL.

1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. **Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.**

2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva.

No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.

3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e

hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial.

4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. provido.

(REsp 908.359/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008,DJe 17/12/2008) (grifos editados)

Este entendimento é reproduzido em outros precedentes, de modo a demonstrar que os atos médicos sem vínculo de subordinação com o hospital, ainda que dentro dele, são imputados exclusivamente ao médico eximindo a entidade hospitalar de responsabilidade. E no caso de ato praticado no exercício da função por médico que detenha algum vínculo de subordinação o hospital é responsável. Observe-se:

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. O acórdão ora embargado dispôs:

Destarte, no que tange à responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor, pode-se concluir, em síntese, que, na linha do que foi decidido por este Órgão julgador, no REsp. 114.5728-MG (Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 08/09/2011), "[...] as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva dessa instituição (por ato próprio) exsurgerà em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, caput, do CDC), prescindindo da demonstração da culpa".

Por um lado, à luz do artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, em havendo dano e nexo de causalidade entre o dano e o ato comissivo ou omissivo afeto aos serviços hospitalares (ato próprio), somente é afastada a responsabilidade do fornecedor por fato do serviço quando a culpa do consumidor ou **do terceiro for exclusiva**.

Por outro lado, em regra, os atos técnicos praticados pelos médicos, sem vínculo de subordinação com o hospital, são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de responsabilidade (art. 14, § 4º, do CDC)(...) (grifos editados)

Mesmo que o Hospital tenha um cadastro dos médicos que utilizam suas instalações, os mesmos não são prepostos. Este entendimento é bem diferente do Recurso

Especial n.º 304.673, utilizado pela Ministra Nancy Andrighi para proferir seu Voto, acompanhado pela 3ª Turma do STJ, que condenou a Diocese e Padre.

Outro entendimento divergente quanto a responsabilidade objetiva, arts. 932, inciso III, e 933, do CC, por crime cometido no exercício da função, é o caso de um Juiz que ordenou a execução de um Promotor de Justiça (em razão de atritos profissionais), sendo que no caso não houve a configuração da responsabilidade do Estado, nem por culpa *in eligendo* e tampouco *in vigiliando*, e o Estado não foi condenado⁴⁵ a indenizar os familiares do Promotor. Observe-se:

Apelação Cível n.º 2009.013946-3.

Origem: 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal/RN.

Apelantes: Marta Maria Alves Pessoa e outros.

Advogado: Dr. Daniel Alves Pessoa (4005/RN).

Apelantes: Rafaella Maria de Brito Pessoa, representada por sua mãe Alessandra Oliveira de Brito Pessoa e outros.

Advogados: Dr. Antônio de Brito Dantas (595/RN) e outro.

Apelado: Estado do Rio Grande do Norte.

Procurador: Dr. Cássio Carvalho Correia de Andrade (2718/RN).

Relator: Desembargador Expedito Ferreira.

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MORTE DE PROMOTOR DE JUSTIÇA. HOMICÍDIO CUJO MANDANTE ERA OCUPANTE DO CARGO DE JUIZ DE DIREITO. APLICAÇÃO DO ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE O AGENTE PÚBLICO AGIU NESTA QUALIDADE PARA QUE SEJA POSSÍVEL IMPOR O DEVER DE INDENIZAR AO ESTADO. INOCORRÊNCIA NA SITUAÇÃO DOS AUTOS. CONDUTA PESSOAL DO MANDANTE DO CRIME DISSOCIADA DA FUNÇÃO PÚBLICA QUE OCUPAVA. AUSÊNCIA DE VÍNCULO ENTRE O AGENTE E O ENTE PÚBLICO NA OCASIÃO DO EVENTO DANOSO. RESPONSABILIDADE PESSOAL E DIRETA DO CAUSADOR DO DANO. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE COM A ATUAÇÃO ESTATAL. DEVER DE INDENIZAR QUE NÃO SE RECONHECE. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DO RECORRIDO SUSCITADA PELOS APELANTES. NÃO CONFIGURAÇÃO. ATITUDE ÍMPROBA NÃO DEMONSTRADA. APELAÇÕES CÍVEIS CONHECIDAS E DESPROVIDAS.

Acórdão. (...) desprovida as apelações interpostas, mantendo-se integralmente a sentença vergastada em todos os seus pontos, nos termos do voto do Relator. Vencido o Desembargador Osvaldo Cruz. Acordam os Desembargadores que integram a 1ª Câmara Cível deste Egrégio Tribunal de Justiça, por maioria de votos, em consonância com o parecer

⁴⁵ Disponível em: <http://esaj.tjm.jus.br/cpo/pg/show.do?processo.codigo=01000540S0000&processo.foro=1>. Acesso em 12/07/2015. Processo: 0024148-07.2004.8.20.0001.

da 14ª Procuradoria de Justiça, julgar desprovida as apelações interpostas, mantendo-se integralmente a sentença vergastada em todos os seus pontos, nos termos do voto do Relator. Vencido o Desembargador Osvaldo Cruz.

Neste julgado, o entendimento da Egrégia 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte entendeu que apesar do Juiz ter mandado matar o Promotor de Justiça (desavença esta que só existiu por causa das suas respectivas funções e interesses entre um no exercício da Magistratura e do outro como membro do Ministério Público), o mesmo não agiu em nome do Estado, observe-se trecho do Acórdão:

(...) Pelos mesmos motivos, se na ocasião do dano não estiverem os respectivos agentes exercendo suas funções, **mas no cotidiano de sua vida particular, não há como responsabilizar o Estado por danos que estes venham a causar a outrem, devendo os mesmos responderem direta e pessoalmente por tais prejuízos.**

(...)

Volvendo-se ao caso dos autos, observa-se que o dano descrito nos autos foi ocasionado pelo Sr. Francisco Pereira de Lacerda, que ocupava o cargo de Juiz de Direito, **mas não agia, quando da prática do ilícito, em nome do Estado.**

Percebe-se que o mandante do homicídio do Sr. Manoel Alves Pessoa Neto **não agiu, neste aspecto, como representante do Estado.**

Neste sentido, cumpre destacar o trecho do parecer da 14ª Procuradoria de Justiça que, analisando a questão, evidenciou:

"O cargo ocupado pelo então juiz não foi determinante para ocorrência da conduta lesiva. Ao contratar o matador profissional o ex-juiz de Pau dos Ferros não estava atuando investido da qualidade de agente público, ao revés, agiu em interesse sobremaneira individual e particular, não cabendo, portanto, ao Estado ser responsabilizado pelo (SIC) ocorrência do fato criminoso, ante a ausência denexo causal" (fl. 833). Assim, percebe-se que **não há vínculo entre o causador do dano e o Estado, capaz de evidenciar a responsabilidade civil do Estado.** (grifos editados)

Talvez seja este o entendimento mais próximo do caso em tela, pois, tanto o Juiz como o Promotor de Justiça apresentam perante a sociedade uma qualidade, uma "aura" de idoneidade, probidade e segurança, não se imaginando que ao serem investidos nos respectivos cargos públicos, como agentes do Estado, nitidamente numa relação elevada quanto a preposição, e que são 24 (vinte quatro) horas por dia Juiz e Promotor, mesmo quando aposentados, são conhecidos como tais.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte entendeu que o Juiz não agiu no exercício de sua função, tal como de fato ocorreu no caso do padre ao ser indiciado pela prática do crime. Assim, o Estado não teve a obrigação de indenizar os parentes do falecido Promotor, e, portanto, a Mitra também não deveria ser condenada a indenizar solidariamente a vítima do ato ilícito.

Desta forma, entende-se que o conceito de preposição não é muito bem definido, pois, a responsabilidade civil a ele atribuída, deveria condenar a associação, a sociedade empresária ou mesmo o órgão público. Mas diante dos precedentes, não é esta a aplicação da responsabilidade civil por atos de seus prepostos, ou supostos prepostos.

O Juiz é mais do que um preposto do Estado, sendo na verdade um Agente Político deste, e no caso julgado no Estado do Rio Grande do Norte, não deixou de ser Juiz no exato momento em que cometeu o crime. Entretanto, obviamente, não estava exercendo a função que lhe foi atribuída segundo o entendimento daquele Tribunal.

Portanto, o conceito de preposição definido no artigo 932, inciso III, do Código Civil, a partir do julgado que condenou a Diocese solidariamente com o autor do ilícito, recebeu nova configuração, que ultrapassou a flexibilização de tal conceito, para uma inovação jurisprudencial e até mesmo dogmática, sem base legal e sem vínculo contratual.

Com a aplicação do novo conceito de preposição, o dever de vigilância da entidade é de supervigilância, de onipresença, que ultrapassa o exercício do objeto social.

A a responsabilização pelo ato de preposto é uma solução bastante confusa, pois para cada exercício do ato da pessoa atribui-se ou não a tal atividade características de um preposto. Ocorre que, para sociedades empresárias, associações não empresárias, e para o setor público, um conceito que é bastante simples, é interpretado casuisticamente. Em que, para alguns, independe da análise subjetiva do ato e para outros é por meio da análise subjetiva que se afasta a responsabilização.

Assim, em tese se um preposto excede a objeção social da sociedade, esta responde pelos atos deste. Porém, diante dos casos apontados, percebe-se que não é esta a interpretação e, que, aliás são várias as formas de responsabilização de um preposto.

Por fim, a relativização do conceito de preposto se dá para atividades das sociedades empresárias ou não. Mas, a relativização não "alargou o conceito do que é um preposto".

CAPÍTULO 3 - DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO

3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR E GESTOR NOS FUNDOS DE INVESTIMENTO

Define-se Fundo de Investimento pela comunhão de recursos, constituída sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros. Este conceito advém da Instrução Normativa n.º 409 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM)⁴⁶.

No artigo 2º, parágrafo primeiro da referida Instrução da CVM tem-se quais são os ativos financeiros que se pode instalar um Fundo de investimento. Observe-se:

§1º Para efeito desta Instrução, consideram-se ativos financeiros:

I - títulos da dívida pública;

II - contratos derivativos;

III – desde que a emissão ou negociação tenha sido objeto de registro ou de autorização pela CVM, ações, debêntures, bônus de subscrição, seus cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramentos, certificados de depósito de valores mobiliários, cédulas de debêntures, cotas de fundos de investimento, notas promissórias, e quaisquer outros valores mobiliários, que não os referidos no inciso IV;

• Inciso com redação dada pela Instrução 456, de 22 de junho de 2007.

IV – títulos ou contratos de investimento coletivo, registrados na CVM e ofertados publicamente, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros;

V – certificados ou recibos de depósitos emitidos no exterior com lastro em valores mobiliários de emissão de companhia aberta brasileira;

VI – o ouro, ativo financeiro, desde que negociado em padrão internacionalmente aceito;

VII – quaisquer títulos, contratos e modalidades operacionais de obrigação ou co-obrigação de instituição financeira; e

VIII – warrants, contratos mercantis de compra e venda de produtos, mercadorias ou serviços para entrega ou prestação futura, títulos ou certificados representativos desses contratos e quaisquer outros créditos, títulos, contratos e modalidades operacionais desde que expressamente previstos no regulamento.

⁴⁶ Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/legislacao/inst/inst409.html>. Acesso em 23/08/2015.

No dispositivo normativo supracitado tem-se de forma taxativa os ativos financeiros para investimento. E no que tange o presente trabalho, a responsabilidade civil de um gestor de Fundo de Investimento varia no campo objetivo e subjetivo.

O art. 41, inciso XVIII desta norma, dispõe sobre a necessidade de se delimitar a responsabilidade do administrador na constituição do Fundo de Investimento.

Art. 41. O regulamento deve, obrigatoriamente, dispor sobre:

XVIII – política de administração de risco, com a descrição dos métodos utilizados pelo administrador para gerenciar os riscos a que o fundo se encontra sujeito, inclusive risco de liquidez.

A este respeito, destaca-se a opinião da Prof. Sheila Perricone⁴⁷:

Não há que se falar em culpa no caso de depreciação dos ativos da Carteira de um fundo de investimento que resultar, eventualmente, em patrimônio líquido negativo, fato este decorrente das oscilações destes ativos no mercado financeiro e de capitais. Trata-se do risco de mercado que os investidores em fundos de investimentos se declaram cientes ao ingressar em tais fundos, inclusive que poderão ser chamados a aportar recursos adicionais em ocorrendo patrimônio líquido negativo.

Além disso, da análise combinada dos artigos 13 e 88 da ICVM 409 entende-se que o Administrador e o Gestor devem responder pelos prejuízos advindos da não observância da política de investimento ou dos limites de concentração por emissor e por modalidade de ativo financeiro, de composição e concentração de carteira, e de concentração em fatos de risco previstos no regulamento e na mencionada Instrução.

É importante frisar que os Administradores e gestores estarão isentos de tal responsabilidade, caso o descumprimento dos limites de concentração e diversificação de carteira decorram de desenquadramento passivo, em virtude de fatos exógenos e alheios à sua vontade, que resultem em alteração imprevisível no patrimônio líquido⁴⁸ do fundo ou, mesmo, nas condições gerais do mercado de capitais, e que não implique em alteração do

⁴⁷ PERRICONE, Sheila. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. Ano 4. nº II. P. 96.

⁴⁸ O Patrimônio Líquido é formado pelo grupo de contas que registra o valor contábil pertencente aos acionistas ou quotistas.

tratamento tributário relativo ao fundo ou a seus cotistas e não perdure por mais de 15 dias consecutivos.

Nos termos do §2º do art. 57, da ICVM n.º 409, é obrigatória a inclusão de cláusula que estipule responsabilidade solidária, entre o administrador e os terceiros contratados, por prejuízos que possam causar aos cotistas devido à realização de condutas contrárias à lei, ao regulamento do fundo, e aos atos normativos expedidos pela CVM.

Na esfera de suas respectivas competências, o administrador e gestor, conforme o §5º, do art. 57, da ICVM 409, respondem ainda, perante a CVM por suas próprias condutas contrárias à lei, ao regulamento, e disposições regulamentares aplicáveis.

Quanto a responsabilidade solidária, imperioso ressaltar trecho do acórdão do Processo Administrativo n.º CVM/RJ 2005/9245, de Relatoria do Dr. Marcelo Fernandez Trindade.

(...) O que a norma do §2º do art. 57 fez foi criar um requisito para o exercício da faculdade de contratação de um gestor, pelo administrador, faculdade regularmente concedida pela Instrução. Tal requisito consiste na contratação com cláusula de solidariedade civil em favor dos cotistas, entre administrador e gestor. Ou seja: o administrador que é civilmente responsável, pode transferir a outrem parte de suas funções, mas deve conservar sua responsabilidade integral. Isto nada tem a ver com responsabilidade administrativa, e muito menos com responsabilidade administrativa solidária, que não existe, nem pode existir. A responsabilidade administrativa, como a penal, deve ser sempre pessoal, decorrente de atos ou omissões próprios. Essa separação entre responsabilidade civil e administrativa é clara na instrução 409: enquanto o § 2º do art. 57 determina a necessidade de contratação com cláusula de responsabilidade civil solidária, e o § 3º explicita o fato de que apesar de contratar o gestor, o administrador continuará respondendo civilmente por seus atos próprios, o § 5º trata da responsabilidade administrativa, nos seguintes termos: "§5º Sem prejuízo do disposto no §2º, o administrador e cada prestador de serviço contratado respondem perante a CVM, na esfera de suas respectivas competências, por seus próprios atos e omissões contrários à lei, ao regulamento e às disposições aplicáveis. Entenda-se: fazendo expressa ressalva ao fato de que a subjetividade inerente à responsabilidade administrativa não afasta a solidariedade civil decorrente do contrato requerido pelo §2º, a norma do §5º deixa absolutamente cristalino que cada prestador de serviços ao fundo responde por seus próprios atos e omissões. (...)

Desta forma, a responsabilidade do administrador, do gestor, do empresário, do voluntário, do servidor público se comportam diferentemente. O que é bastante estarrecedor pois, um conceito simples foi relativizado em diversas formas, em alguns casos de forma justa e outras de forma injusta.

Neste sentido, Eduardo Montenegro Dotta⁴⁹:

(...) A atual estrutura regulatória dos fundos de investimento (c.f. Instrução CVM nº 409/04), dispõe uma série de obrigações a serem cumpridas pelos administradores de fundos de investimento, destacando-se aquelas que se voltam à defesa dos interesses do público investidor, com grande ênfase ao dever de transparência, que remete aos administradores a obrigação de revelar - pela descrição da política de investimentos - aos investidores todo o conhecimento necessário para que a decisão de adesão ou de retirada de determinado fundo possa se adequar ao perfil de exposição procurado pelo poupador. Cumprindo o dever de transparência, o administrador do fundo revela ao mercado quais as aplicações nos mercados financeiros, de capitais e de futuros que comporão a carteira criada, de forma a permitir a conhecimento da classificação do fundo em questão, transparecendo aos investidores o grau do risco a ser experimentado, caso estes optem pela integralização de cotas daquele fundo. Não chega, contudo, a regulamentação a dispor a responsabilidade objetiva destes. Inversamente, impõe normas de conduta cuja desobediência poderá implicar em responsabilização, do que se abstrai - dada a presença indispensável do elemento culpa - evidente incidência da responsabilidade subjetiva.

O conceito de justiça aplicado nos casos apresentados até esta parte deste trabalho, de forma literal, quanto à responsabilização do preposto, gestor, administrador, juiz, padre, empresário, médico não é respeitado, eis que, no Brasil a "mão do Estado" ainda está inserida em muitas atividades, de forma "controladora" que embaraça e dificulta o exercício. Fatalmente, o controle por meio de Agência reguladora é eficiente, mas deve ser limitado, pois, a relativização da responsabilização é mecanismo adotado mas viola a base legal.

Por fim, há quem sustente um controle da discricionariedade técnica⁵⁰ sobre a regulação econômica. E esta situação denota ainda mais a justificativa do controle

⁴⁹ DOTTA, Eduardo Montenegro. *A Responsabilidade das Administradoras de Fundos de Investimento no Novo Código Civil*. São Paulo: Texto Novo, 2005.

sobre o controle, o que pode gerar normas mais técnicas. Entretanto, quanto a esfera privada receio que a responsabilização, tema em questão, se tornaria algo mais do que o próprio conceito de responsabilidade, que é originado no executor, tem se tornado.

Noutra esteira, o investidor de fundo de investimento é tratado como consumidor, entendimento este confirmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 2591⁵¹. Este ponto merece ser citado uma vez que o Administrador e o Gestor de Fundo de Investimento se condenados, responderão de forma a indenizar o consumidor. Novamente, tem-se o conceito de representante flexibilizado em nome do ente.

Porém, neste caso a lógica é diferente do preposto. Assim, cumpre apresentar a ementa⁵² do julgado para compreensão da responsabilidade de um Gestor perante um investidor, segundo o Supremo Tribunal Federal.

⁵⁰ ROMAN, Flavio José. *Discricionariedade Técnica na Regulação Econômica*. Saraiva. 2013. São Paulo.p.169.

⁵¹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1990517>.

⁵² ADI 2591 / DF - DISTRITO FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO

Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU

Julgamento: 07/06/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

REQTE.: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO - CONSIF

ADVDS.: IVES GANDRA S. MARTINS E OUTROS

REQDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQDO.: CONGRESSO NACIONAL

EMENTA: **CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência. 4. Ao Conselho Monetário Nacional incumbe a fixação, desde a perspectiva macroeconômica, da taxa base de juros praticável no mercado financeiro. 5. O Banco Central do Brasil está vinculado pelo dever-poder de fiscalizar as instituições financeiras, em especial na estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia. 6. Ação direta julgada improcedente, afastando-se a exegese que submete às normas do Código de Defesa do Consumidor [Lei n. 8.078/90] a definição do custo das operações ativas e da remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro na

3.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PREPOSTO DO FUNDO DE INVESTIMENTO

O Fundo de Investimento também atua por meio de seus prepostos, que podem ser responsabilizados quando da má atuação e lesão a terceiro, que na maioria das vezes é o consumidor.

Um caso bastante relevante para exemplificar o conceito de responsabilidade pelos atos do preposto foi o *Madoff*. Ação indenizatória julgada em São Paulo, no Foro Central no qual o Fundo de Investimento foi condenado na pessoa do seu preposto pela má gestão da aplicação de um terceiro, *in casu*, consumidor não qualificado.

Em síntese o cliente afirmou ter contratado o BankBoston, sucedido pelo Itaú, para a administração de seus investimentos e que foi procurado por um gerente que lhe ofereceu a possibilidade de retirar seu capital, de aproximadamente R\$200.000,00 (duzentos mil reais), para investir em lucrativa operação. Posteriormente descobriu que seu dinheiro fora remetido para um fundo denominado *Fairfield Sentry Fund*, que por sua vez aportou grande volume de capital em fundo gerido pelo fraudador americano Bernard Madoff.

economia, sem prejuízo do controle, pelo Banco Central do Brasil, e do controle e revisão, pelo Poder Judiciário, nos termos do disposto no Código Civil, em cada caso, de eventual abusividade, onerosidade excessiva ou outras distorções na composição contratual da taxa de juros. ART. 192, DA CB/88. NORMA-OBJETIVO. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR EXCLUSIVAMENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO. 7. O preceito veiculado pelo art. 192 da Constituição do Brasil consubstancia norma-objetivo que estabelece os fins a serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade. 8. A exigência de lei complementar veiculada pelo art. 192 da Constituição abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema financeiro. CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. ART. 4º, VIII, DA LEI N. 4.595/64. CAPACIDADE NORMATIVA ATINENTE À CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E FISCALIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ILEGALIDADE DE RESOLUÇÕES QUE EXCEDEM ESSA MATÉRIA. 9. O Conselho Monetário Nacional é titular de capacidade normativa --- a chamada capacidade normativa de conjuntura --- no exercício da qual lhe incumbe regular, além da constituição e fiscalização, o funcionamento das instituições financeiras, isto é, o desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. 10. Tudo o quanto exceda esse desempenho não pode ser objeto de regulação por ato normativo produzido pelo Conselho Monetário Nacional. 11. A produção de atos normativos pelo Conselho Monetário Nacional, quando não respeitem ao funcionamento das instituições financeiras, é abusiva, consubstanciando afronta à legalidade.

O juiz Dimitrios Zarvos Varellis⁵³ da 11ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo entendeu que:

A responsabilidade do réu no caso foi a de ter indicado o fundo sem adequadamente investigar a segurança que dele poder-se-ia esperar. E não é só. A verdade é que o réu, por seu preposto indicou ao autor uma aplicação sem garantir, e minimamente, a existência das respectivas transações e ativos", mas que "deve ficar claro que a situação seria diferente se a perda do requerente fosse em relação a um fundo confiável, ainda que marcado pelo alto risco, quando, então, não haveria indenização a ser buscada diante do próprio risco do negócio.

Desta feita, o Banco Itaú S.A que sucedeu o Bank Boston foi condenado a indenizar o cliente pela aplicação completamente mal operacionalizada. Observe-se o trecho do relatório da sentença⁵⁴.

(...) J. R. P. A., qualificado nos autos, ajuizou a presente ação indenizatória em face de Banco Itaú S/A, igualmente qualificado, sustentando, em síntese, ter contratado o Bank Boston, sucedido pelo réu, para a administração de seus investimentos. Narrou ter sido procurado em seu escritório por gerente do requerido, que lhe ofereceu a possibilidade de retirar seu capital de aproximadamente US\$ 200.000,00, mantido em aplicação no exterior, e investi-lo em uma operação semelhante, porém mais lucrativa, o que foi aceito. Prosseguiu relatando posteriormente ter tentado resgatar este capital ao receber o último extrato de sua conta, e ter recebido resposta negativa, descobrindo, posteriormente, que seu dinheiro fora remetido para um fundo denominado Fairfield Sentry Fund, que por sua vez aportou grande volume de capital em fundo gerido pelo fraudador americano Bernard L. Madoff, organizador de um esquema de "pirâmide" que lesou investidores do mercado e instituições financeiras globais em cerca de 60 bilhões de dólares.

Alegou não possuir conhecimentos sobre o mercado financeiro, tendo sido levado a concordar verbalmente com a opção de um investimento mais rentável em razão do renome da instituição financeira Itaú, na figura de seu preposto. Contudo, alegou não ter sido informado sobre os riscos da operação em questão, tampouco concedido autorização por escrito para a realização desta.

Pleiteou o trâmite do feito em segredo de justiça e a procedência da ação com a condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 498.712,28, correspondentes a US\$ 208.666,23, bem como danos morais em quantia a ser arbitrada por este Juízo. Com a inicial vieram documentos.

⁵³ Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI132795,101048Banco+Itau+e+condenado+a+pagar+indenizacao+a+cliente+lesado+pelo>. Acesso em 11/03/2015.

⁵⁴ Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7761343&cdForo=0>. Acesso em 11/11/2015.

O entendimento é pela condenação do Fundo Investidor ainda que pelos atos do seu preposto de boa-fé ou certamente de má-fé. Nesta esteira é importante citar a Ementa do julgado dos Embargos de Declaração⁵⁵ opostos sobre o Acórdão resultante da análise do pretório Excelso sobre e a ADI n.º 2591. Nela a questão discutida sobre o dever de indenizar o investidor como consumidor é suprida.

Portanto, esta definição implica na aplicação do conceito de Responsabilidade Civil sobre o Fundo Investidor pelos atos de seu preposto. Ou seja, sendo a responsabilidade de ordem objetiva, pela regra consumerista, o cliente será indenizado diretamente. Afasta-se no entanto, a subjetividade da conduta do preposto.

⁵⁵ ADI 2591 ED / DF - DISTRITO FEDERAL
 EMB.DECL.NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
 Relator(a): Min. EROS GRAU
 Julgamento: 14/12/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
 DJ 13-04-2007 PP-00083
 EMENT VOL-02271-01 PP-00055

Parte(s)

EMBTE.(S): PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Ementa

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LEGITIMIDADE RECURSAL LIMITADA ÀS PARTES. NÃO CABIMENTO DE RECURSO INTERPOSTO POR AMICI CURIAE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA CONHECIDOS. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. ALTERAÇÃO DA EMENTA DO JULGADO. RESTRIÇÃO. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Embargos de declaração opostos pelo Procurador Geral da República, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC. As duas últimas são instituições que ingressaram no feito na qualidade de amici curiae. 2. Entidades que participam na qualidade de amicus curiae dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aportem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. 3. Não conhecimento dos embargos de declaração interpostos pelo BRASILCON e pelo IDEC. 4. Embargos opostos pelo Procurador Geral da República. Contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos, o voto condutor e os demais que compõem o acórdão. 5. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: ART. 3º, § 2º, DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente.

CONCLUSÃO

Nesse cenário, os limites da responsabilidade civil na relação de preposição das sociedades empresárias foram criados de forma casuística. O mesmo conceito é relativizado para sociedades empresárias e não empresárias.

Desta feita, a análise da motivação do dano, seja ele por culpa *in eligendo* seja por culpa *in vigilando*, nos casos aqui delineados é flexibilizada de acordo com a aplicação da relação de preposição. Nesta esteira, o conceito de preposto é ampliado até mesmo para quem não se enquadra no rol dos arts. 932 e 933, do CC⁵⁶. Como por exemplo, o voluntário de uma associação.

A responsabilização objetiva da sociedade empresária pelos atos de seu preposto contratado, conforme a súmula 377 do Tribunal do Superior do Trabalho é aplicada nas relações de que envolvem consumo, fornecimento e produção. Até mesmo nas questões de investimento, como no caso dos Fundos de Investimento.

Busco-se neste trabalho, compreender quais são os limites da responsabilização de uma entidade pelos atos de seu preposto, e de fato não há uma regra comum. Há regras casuísticas.

A questão enfrentada então gera outro problema, qual seja, qual será o limite da aplicação da responsabilização pelos atos daquele que é entendido como preposto mas que não é o preposto das Leis civil e trabalhista? Esta é uma problemática, que os Ministros do Superior Tribunal de Justiça não transmitem preocupação.

Assim, entende-se que o conjunto de aplicações do conceito relativizado de preposto, por meio do diálogo das fontes, e dos comportamentos das sociedades

⁵⁶ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

empresárias e até não empresárias poderá gerar um descontrole jurídico da forma de se responsabilizar uma empresa que contrata eventualmente um prestador de serviço, pois, se for médico o entendimento é da não configuração de relação de preposição. Porém, se for transportador de carga, há relação de preposição.

Quanto a relação de preposição em Fundo de Investimento vê-se que a punição do Fundo se dá pelo erro de gestão do administrador do fundo que contratou o preposto, mas que ainda assim, o preposto responde tal como se fosse o administrador do Fundo. Outra situação que em comparação as outras denota a inexistência de limites na responsabilização empresarial pelos atos do preposto.

Portanto, no presente trabalho restou explorado de forma bastante sucinta os limites da relação de preposição nas sociedades empresárias, e se conclui que a análise é casuística mas que a flexibilização da responsabilidade civil se estende até mesmo aquele prestador de serviço ou eventualmente contratado como preposto como se autoridade de gestor o tivesse.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*, 3.ed., São Paulo. Saraiva, 1972, p. 356.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2004.

BARBI FILHO, Celso. *Apontamentos sobre a teoria 'ultra vires' no direito societário brasileiro*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 85, , jan./mar. 1989,p. 24. n. 305

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo. Cultural Paulista, 2002. pág. 62.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pág.153.

CAVALIERI, Sérgio Filho. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CAVALIERI, Sérgio Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, 2.ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p.51.

DIAS, José de Aguiar. *In Programa de Responsabilidade Civil*. 9ª Revista Ampliada, São Paulo. Atlas, 2010,p. 49-52.

DOTTA, Eduardo Montenegro. *A Responsabilidade das Administradoras de Fundos de Investimento no Novo Código Civil*. São Paulo: Texto Novo, 2005.

DUQUE, Bruna Lyra. *O Direito Contratual e a Intervenção do Estado*. São Paulo: RT, 2007.

FRANCESCONI, Paula Moura de Lemos Pereira.
https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1290667&num_registro=201201062200&data=20140203&formato=PDF

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*, vol.III.6ed.2008. Saraiva. São Paulo. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*.11.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009a.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*, vol.III.6ed.2008.Ed.Saraiva. São Paulo.pág.89.

GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría General de la Reparación de Daños*, 2ed. Buenos Aires: Astrea, 1999, p.90.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal - Parte Geral; Teoria do Delito (inérita)*.vol.2.

GOMES, Orlando. *Obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos da Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.74.

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=180301&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1235280&num_registro=201102701418&data=20130801&formato=PDF

LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. Imprensa: São Paulo, Revista dos tribunais, 1938. Descrição Física: 236, Disponibilidade: Rede Virtual de Bibliotecas, Localização: STF.

LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil- Fontes Acontratuais das Obrigações e Responsabilidade Civil*.5ed.Rio de Janeiro.Freitas Bastos, 2001, v.V, p.218.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. II.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O neoprivatismo no processo civil*. in. *Teoria Geral do Processo: panorama doutrinário*. São Paulo. JusPodivm, 2010, p. 404

NETO, Martinho Garcez. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro. Renovar. 2000. pág. 212.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, 9.ed., Rio de Janeiro. ed. Forense. 2000, pág. 78.

PERRICONE, Sheila. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. Ano 4. nº II. P. 96.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. Saraiva. 20ed. vol. 4. pág. 16

ROMAN, Flavio José. *Discricionabilidade Técnica na Regulação Econômica*. Saraiva. 2013. São Paulo. p. 169.

SERTÃO, Renato Lima Charnaux. Porto de Barros. et. al. 2002. p. 215.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o Nexo de Causalidade*. *Revista Trimestral de Direito Civil*. ano 2, volume 6. 2001. Rio de Janeiro. ed. Padma, p. 3-19.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. Vol. IV.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. Atlas. 12ed. vol. 4. pág. 26