

ADVOCEF

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS
DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Jun/Jul 2002- Edição 005

**Darli concorre
em chapa única**

O advogado da REJUR de Londrina, Darli Barbosa, concorre em chapa única à presidência da ADVOCEF, nas eleições que ocorrem em 6 de agosto, nas unidades jurídicas da CAIXA. Indicado pela atual Diretoria, seu nome e o dos demais integrantes da chapa foram comunicados oficialmente em 24 de junho ao Conselho Deliberativo da entidade.

Conheça todos os candidatos da chapa na pág. 7

**O advogado,
a mágica e
a prova**

"O advogado, ainda que o quisesse, não possui prerrogativas de mágico ou de senhor da verdade e dos fatos. Sem o apoio, a intervenção, a notícia, a atenção dos protagonistas dos fatos, está fadado a ser apenas mais um participante de uma infeliz história de insucesso empresarial."

Leia o Editorial, na pág. 2

**Muita ação, pouca
colaboração**

Saques indevidos, inscrições erradas no Serasa, reclamações com portas giratórias, extravios de talões de cheques – eis a lista de 80% dos problemas que vão acabar nos



Juizados Especiais Federais. Leia reportagem completa sobre o tema que está dando trabalho aos advogados da CAIXA (por enquanto no Rio de Janeiro).

Nas páginas 4 e 5

O macaco e o peixe

Em artigo publicado na *Folha de S. Paulo*, o desembargador aposentado Alberto Silva Franco criticou o relatório final da Comissão Parlamentar Mista Especial, criada para estudar a violência no país. Na sua opinião, preponderou nos projetos sugeridos uma visão unilateral dos problemas de segurança, destinada a ampliar os poderes policiais "e de colocar a prisão como o componente mais relevante da política criminal". As conclusões uniram direita e esquerda no debate eleitoral, diz ele, cada força prometendo "que será mais decidida e implodosa em prender criminosos do que seus adversários políticos".

Diante dessa "missão salvacionista", Alberto Silva lembrou a história ouvida de

um aldeão africano, narrada no jornal *El País*:

Um macaco estava à beira de um rio e viu um peixe dentro d'água. E disse:

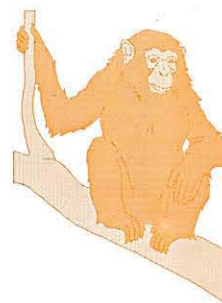
– O animal está se afogando.

Então, meteu a mão na água e o apANHOU. O peixe começou a se agitar. O macaco, então, disse:

– Como o peixe está contente!

Quando o peixe morreu, o macaco falou:

– Que pena! Se eu tivesse chegado antes...



Eleições na FUNCEF: Entrevista com o diretor José Renato Corrêa de Lima, pag. 2



Novidade no organograma: Uma advogada é a ouvidora da CAIXA, pág. 8

O advogado, a mágica e a prova

E aí está mais um número do nosso já consolidado **Boletim da ADVOCÉF**.

Na busca do aprofundamento na discussão de temas de interesse institucional, o Boletim passa a inserir matérias que dizem respeito ao nosso cotidiano.

Veiculando notícias diretas ou indiretamente relacionadas com a nossa profissão e nosso cotidiano, levantando fatos, tomando depoimentos e promovendo uma análise jornalística de temas de interesse institucional, a ADVOCÉF quer inaugurar e fomentar um foro permanente de discussão de nossas questões institucionais, em proveito do fortalecimento do Quadro e em consonância com os objetivos estatutários de nossa entidade.

O primeiro assunto abordado é o Juizado Especial Federal.

Criados por proposição do Poder Judiciário, na esteira das crescentes demandas da população por uma Justiça mais ágil, mais barata e mais próxima do cidadão, os chamados JEFs constituem verdadeira "menina dos olhos" das entidades representativas da Magistratura, da Advocacia Pública e do próprio Poder Executivo que, não obstante ser o seu maior cliente-réu, vislumbra na sua existência um fator de desenvolvimento das complexas redes da chamada teia social.

Recém-nascidos, ainda carentes de desenvolvimento e de acompanhamento, os JEFs já

demonstram desde o nascedouro as incríveis dificuldades por que passam os órgãos responsáveis pela defesa judicial do Estado.

Advogados da União, Procuradores da Previdência Social, demais procuradores de órgãos sujeitos aos JEFs e Advogados da Caixa Econômica Federal, com suas peculiaridades institucionais, depa-ram-se com prazos judiciais reduzidos, demandas de natureza as mais diversas, mas, principalmente, sofrem com a incompreensão, o despreparo e a insensibilidade de boa parcela de agentes e administradores públicos.

Talvez aí resida uma das faces mais perversas da Advocacia Pública.



O Procurador, ainda que atento às suas obrigações profissionais, sagaz no desenvolvimento de teses jurídicas, incansável na busca da melhor defesa de seu cliente, já-mais será substituto do cliente.

Por mais ágil e técnica que possa ser deduzida a intervenção do representante judicial da parte, ele não detém a prova, não a produz, não presencia os fatos, não conhece as partes e não desenvolve relações com as testemunhas, que podem fazer toda a diferença na defesa oferecida.

E sem a prova, sem a testemunha, sem o conhecimento dos fatos, narrados e trazidos por

quem tenha sido seu protagonista, não haverá defesa integral nas discussões judiciais fundadas em matéria sujeita à prova.

Por melhores e mais bem elaboradas que possam ser as teses jurídicas postas em cotejo, muitas vezes elas caem, insuficientes a confrontar provas robustas – e por vezes até fabricadas – da parte adversa.

Quando uma instituição, pública ou privada, busca respaldo técnico-jurídico à contratação de suas operações, como premissa de regularidade e de legalidade formal de seus atos, certamente está praticando a melhor administração.

Quando esta mesma instituição dá as costas ao seu órgão técnico, deixando de respaldar o seu procurador judicial na defesa dos interesses em litígio, está pondo em risco estes mesmos princípios de administração.

O advogado, ainda que o quisesse, não possui prerrogativas de mágico ou de senhor da verdade e dos fatos. Sem o apoio, a intervenção, a notificação, a atenção dos protagonistas dos fatos, está fadado a ser apenas mais um participante de uma infeliz história de insucesso empresarial.

Fiquem com esta matéria e outras tantas que integram nosso veículo, dediquem alguns minutos à leitura do *Juris Tantum* (e em seguida remetam também o seu artigo para publicação) e tenham a certeza de que esta profissão, apesar de tantos percalços, ainda vale e sempre valerá a pena.

Diretoria Executiva

Voto para a transparência



Na primeira eleição para os conselhos da FUNCEF, a votação foi maciça a favor dos representantes do movimento dos empregados. "Sinal inequívoco", declararam os eleitos, "de que os associados querem participação na gestão, transparência absoluta e a certeza de que seus recursos não serão usados para outros interesses que não seja o de garantir o pagamento das aposentadorias e

pensões". Foram eleitos para o Conselho Deliberativo: Carlos Caser (BR), Antônio Bráulio de Carvalho (BR), José Carlos Alonso (SP), Francisco Erismar da Silva (CE), Júlio Villas Boas Neto (RJ) e Francisca de Assis Araújo Silva (PI). Eleitos para o Conselho Fiscal: José Miguel Correia (PE), Marcelo Montanha (PR), Moisés Leiner (SP) e Cláudio Moraes Soares (RS). A posse dos novos conselheiros ocorreu em 4 de junho.

A 2ª Secretária da ADVOCEF, Amanda Angélica Gonzalez Cardoso, que concorreu a suplente para o Conselho Fiscal, ficou em quarto lugar na classificação final. Amanda e seu companheiro da chapa 66, Emanuel Souza de Jesus, obtiveram 4.369 votos, 8,12% do total. Votaram nessas eleições 32.985 associados, representando 46,71% do quadro.

Corrêa de Lima: a participação vai aumentar

Os conselheiros eleitos destacaram "o papel essencial" exercido pelo diretor de Transferência de Benefícios da CAIXA, José Renato Corrêa de Lima, na condução do processo eleitoral da FUNCEF. José Renato, por sua vez, gostou da disposição ao diálogo que encontrou, nos segmentos patronal, associativo e sindical. Mineiro nascido em 1961, na CAIXA desde 1982, Corrêa de Lima exerce também a Presidência do Conselho de Administração da FUNCEF. Leia os trechos principais da sua entrevista:

46,71% de participação dos empregados da CAIXA nas primeiras eleições para os Conselhos da FUNCEF. É um bom índice?

Foi, sem dúvida, um processo inédito que permitiu a participação expressiva dos associados da FUNCEF. Considero o resultado excelente, especialmente por ter sido esta a primeira experiência dos empregados da CAIXA em pleitos com essa característica. Cabe ressaltar que mais de 50% dos empregados ativos compareceram à votação.

O que seria necessário para um índice ainda maior de participação?

Creio que a tomada de consciência do associado sobre a responsabilidade de cada um na gestão dos negócios da FUNCEF, a partir do novo modelo definido pela Lei Complementar 108, é que vai motivá-lo a participar cada vez mais da escolha de seus representantes. Acredito também que a atuação dos conse-

lheiros eleitos influenciará fortemente o comportamento dos associados nos próximos pleitos.

Correu tudo dentro do previsto? Algum aspecto a ser destacado ou criticado?

Todo o processo transcorreu muito bem. Não houve registro de qualquer ocorrência que pudesse comprometer o clima sereno e democrático que caracterizou essas eleições. Foi gratificante constatar o nível de amadurecimento e a disposição ao diálogo, tanto por parte do segmento patronal, quanto do segmento associativo e sindical. Acredito que todos saímos vitoriosos e o papel de cada um foi essencial para que chegássemos a tão bom resultado.

Que significado têm essas eleições para a CAIXA, FUNCEF e associados? O que muda a partir de agora nas relações entre entidades e associados?

Essas eleições são um marco histórico. A partir de agora, a FUNCEF será administrada, de forma paritária, pela patrocinadora e pelos participantes, o que vai exigir dos representantes de cada um a disposição para a discussão clara e exaustiva dos temas de interesse comum. E com isso, todos ganham.

Os conselheiros eleitos declararam que o voto maciço nos candidatos do movimento dos empregados indica que se quer mudanças nas políticas implementadas pela Caixa e FUNCEF. Falam em negociar, para encontrar "os melhores caminhos para os proble-

mas da FUNCEF, como o Clube Imobiliário, REB e Replan, dívida da patrocinadora, Prevhav, respeitando os contratos existentes". Como o senhor vê isso?

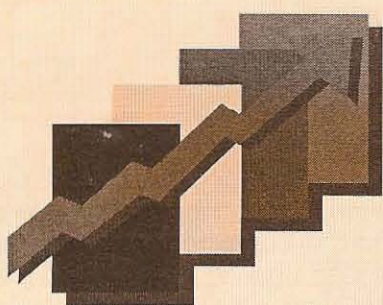
Vejo como um bom início de gestão participativa. É isso que se espera de uma representação paritária: que os assuntos sejam discutidos ampla e democraticamente; que as divergências no âmbito das matérias afetas à FUNCEF sejam negociadas de forma madura e transparente para que se chegue ao melhor resultado para todos.

O representante da ADVOCEF

O representante da ADVOCEF na comissão organizadora das eleições da FUNCEF, Mário Luiz Machado, considerou bom o índice de participação dos associados, que alcançou 46,71%. Mário acha que esse número vai crescer, confirmando que o economista quer realmente participar da administração de sua Fundação. A sugestão do advogado para estimular o processo é dirigida aos jornais da CAIXA e da FUNCEF, para que discutam mais o tema em suas edições.

Mário Luiz, goiano, é Coordenador do Contencioso de Habitação, em Brasília. Disse sentir-se honrado em representar a Associação, destacando o trabalho da Comissão Eleitoral, presidida pelo aposentado Alexandre Figueiredo Lopes dos Santos. "O aspecto negativo ficou por conta de quem procurou suspender o processo eleitoral na Justiça do Rio de Janeiro", ressaltou. "Felizmente, sem nenhum êxito."





Os números dos JEFs no Rio

Entrada de processos

Mês a mês: dois em janeiro; 82 em fevereiro; 132 em março; 203 em abril; 164 em maio. Não estão computadas as causas do FGTS, de outra coordenação. A redução em maio deve-se à greve do Judiciário.

Estrutura

Os advogados do Jurídico/RJ definiram a estrutura mínima dos Juizados "para operação em condições humanas": um advogado para cada juizado da Capital (são cinco); um para a Comarca de Niterói (que possui quatro juzizados adjuntos); um para São João de Meriti (que tem cinco juzizados adjuntos, com forte movimento); um para as demais Comarcas. Cada advogado deveria ter pelo menos três estagiários. Seriam necessários, portanto, oito advogados e 24 estagiários – uma estrutura três vezes maior do que a atual – não incluindo as necessidades para as causas do FGTS.

Valor das ações

Nem todas as ações contêm pedidos de dano moral. Algumas simplesmente impõem obrigações, como a entrega de ofício de quitação de financiamento. Por isso, o valor médio dos pedidos atinge apenas 40 salários mínimos, abaixo do teto dos Juzizados, que é de 60 salários.

Tempo médio

Os casos em que não há recurso são resolvidos em cerca de três meses. Quando há recurso, os processos levam de quatro a cinco meses, pois as turmas recursais ainda não estão estruturadas.

Muita ação, l

Saques indevidos, inscrições erradas no Serasa, reclamações com portas giratórias, extravios de talões de cheques – eis a lista de 80% dos problemas que vão acabar nos Juzizados Especiais Federais. Outros 10% se referem ao SFH (geralmente pleiteando a entrega de ofício de quitação) e mais 10% envolvem o FGTS (saques indevidos), FIES (irregularidades na cobrança) e outros. Mas nada disso é o mais importante. O que está tirando o sono dos advogados do Rio de Janeiro, pioneiros na CAIXA no novo trabalho, é a pouca atenção que têm recebido das agências.

"Infelizmente, alguns gerentes não vêem com bons olhos as nossas solicitações e deixam de nos atender mesmo diante da expressa previsão em Normativo (MN AE 018.01, item 3.4), de que as respostas devem ser enviadas em dez dias e mesmo diante de nossos apelos reiterados", informam os advogados do Jurídico/RJ. Outra dificuldade é a obtenção de documentos. Mesmo quando os gerentes colaboram, esbarra-se por exemplo na centralização dos arquivos pela GISUP, que impõe uma demora excessiva para disponibilizar extratos.

Em grande parte dos casos, eles chegam após o prazo válido para a contestação.

E, na hora da defesa de ações em que há alegação de saque indevido, cadê as fitas? São guardadas por tempo inferior ao necessário. Mesmo quando as fitas são entregues, reclamam os profissionais, elas difícil-



O outro lado do balcão

Os gerentes reconhecem que novos negócios e cumprimento de metas são suas maiores preocupações e, por causa disso, acabam dispensando uma atenção menor a outras demandas importantes, como as do Jurídico. "Por outro lado, o distanciamento do JURIR e o desconhecimento do dia-a-dia dos pontos-de-venda levam os advogados a solicitarem coisas com prazos impossíveis de cumprir", assinala o vice-presidente da AGECEF/RS, Ivan Gonçalves Theisen.

Os administradores das unidades de ponta têm ainda outras queixas, conforme aponta o presidente da AGECEF/RJ, Marco Moita: "Os gerentes reclamam muito da demanda que isso causa ao seu trabalho diário devido as constantes

idas ao Juzizado. Observam ainda que os advogados terceirizados não contêm o conteúdo dos processos, muitas vezes tendo recebido o documento

mesmo dia da audiência". Os gerentes têm também dificuldades na obtenção de registros anteriores à sua gestão.

"As agências estão atulhadas de tarefas, muitas delas não têm ligação com o negócio e os gerentes são cobrados das metas que têm que ser alcançadas, fazendo com que os gerentes só tenham

olhos para elas", diz Marco Moita. Essa situação tem prejudicado também a administração dos outros assuntos da unidade. A solução, acredita Ivan Theisen, passa por um maior entrosamento entre as agências e o Jurídico, com a realização de treinamentos, seminários e reuniões.





boa colaboração

mente estão transcodificadas, o que inviabiliza o trabalho.

Mas ainda não é tudo. Os advogados do JURIR/RJ garantem que a maioria das condenações impostas à CAIXA poderia ser evitada com a ampliação da estrutura dos JEFs. A atual não dá conta do rito rápido e informal da Lei nº 10.259/01, com prazos exíguos de dez dias para recurso e 60 dias para pagamento, após o trânsito em julgado – sem a possibilidade de discussão por embargos à execução. Na CAIXA, a coisa complica ainda mais porque geralmente é aplicado o Código de Defesa do Consumidor, “que protege em excesso o cliente e ainda lhe concede a temível inversão do ônus da prova”.

Os profissionais vêem o número de pro-

cessos crescer “vertiginosamente”, enquanto a estrutura de pessoal não evolui minimamente. No momento, a demanda está sendo atendida porque as audiências são terceirizadas. As contestações escritas são repassadas para os escritórios, que representam a CAIXA na audiência. “Se não houver uma rápida ação no

sentido de aumentar para no mínimo oito o número de advogados da área, a defesa da CAIXA ficará seriamente comprometida”, alertam eles. E lembram que, diferentemente das ações na Justiça Federal comum, onde é possível discutir o valor da execução, nos JEFs os reflexos econômicos são imediatos.

O normativo

Este é o conteúdo do item 3.4 do Normativo, sobre o Juizado Especial Cível Federal:

3.4.1 Cabe ao advogado representar a CAIXA judicialmente nas audiências de conciliação e de instrução e julgamento.

3.4.1.1 É obrigatória também a presença de empregado detentor de conhecimentos técnicos da matéria discutida, o qual será indicado pela unidade vinculada ao objeto da demanda, para assessorar o advogado.

3.4.1.2 Excepcionalmente, a unidade jurídica poderá dispensar o comparecimento na audiência, do empregado re-

ferido no item 3.4.1.1

3.4.2 Cabe à unidade vinculada ao objeto da demanda fornecer ao advogado os elementos necessários à defesa da CAIXA, no prazo máximo de dez dias, a contar do recebimento da petição inicial, bem como manifestar-se sobre a possibilidade de acordo, indicando os respectivos limites.

3.4.2.1 Não havendo consenso quanto à realização de acordo, o representante judicial da CAIXA se limitará a contestar a ação.”

A busca da eficiência

1. Um cliente foi cadastrado indevidamente no Serasa. Após a queixa através dos Juizados, regularizado o problema, o mesmo cliente é novamente registrado no órgão.

2. Muita gente entra com ações por dano moral por constrangimento na porta giratória de uma mesma agência.

3. Um juiz perguntou a um gerente se a CAIXA não pensava em alterar o controle dos valores depositados pelo Caixa Rápida. Nesse método, não há como checar os depósitos alegados pelo cliente.

Esses são exemplos rotineiros do Rio de Janeiro. A solução dos problemas, segundo o advogado Tutécio Gomes, está fora do alcance de sua área. Coordenador do Jurídico/RJ, ele pode apenas analisar seus resultados, manuseando índices como os constantes do relatório abaixo, encomendado aos colegas que lidam diretamente com os JEFs:

“Estamos tendo êxito em cerca de 40% dos casos em primeira instância. Por força de nossas limitações humanas, estamos recorrendo em re-

gra apenas nos casos em que há condenação por dano moral acima de determinado valor, já que o dano material é normalmente acompanhado de prova, não havendo muito o que discutir. Porém, sempre analisamos o caso concreto e, se verificamos que há de fatos provas contundentes (como nos casos de saques indevidos em que há fita mostrando que o correntista de fato efetuou o saque que afirma ser indevido), recorremos também do pedido de dano material.

Para o aumento do nosso índice de eficiência, que no início era de apenas 20%, em função das dificuldades de estruturação da área, os três advogados da área fizeram, durante o mês de maio, visitas de cortesia aos magistrados titulares, procurando sensibilizá-los para os problemas da CAIXA e mostrar nosso empenho em corresponder aos anseios da sociedade, prestando um bom serviço à população. A receptividade foi muito boa, apagando em parte a má impressão que a CAIXA tinha perante o Judiciário e os resultados começaram a aparecer.

Outra medida adotada por nós foi a de fazer algumas audiências esparsas, em substituição aos advogados terceirizados, visando a uma maior aproximação com conciliadores, serventuários e os próprios juízes, o que parece ter surtido alguns efeitos.”





DIRETORIA DA ADVOCÉF

(Associação Nacional dos Advogados da Caixa)

Presidente:

Luís Fernando Miguel (RS)

Vice-Presidente:

Darli Barbosa (PR)

1º Secretário:

Roberto Maia (RS)

2º Secretário:

Amanda Angélica Gonzales Cardoso (RS)

1º Tesoureiro:

Davi Duarte (RS)

2º Tesoureiro:

João Pedro Silvestrin (RS)

Diretor Regional Norte:

Liana Mousinho (PA)

Diretor Regional Nordeste:

Carlos Alberto Regueira de Castro e Silva (PE)

Diretor Regional Sul:

Altair Rodrigues de Paula (PR)

Diretor Regional Sudeste:

Jailton Zanoni (RJ)

Diretor Regional Centro-oeste:

Isabella Gomes Machado (DF)

CONSELHO DELIBERATIVO

Alfredo Ambrosio Neto (GO), Onofre Costa Júnior (GO), Ivan Sérgio Vaz Porto (GO), Juscelino Malta Laudaes (GO) e Luiz Fernando Camargo Padilha (GO).

CONSELHO FISCAL

Sônia Caldas (SE), Sandra Maria Prazeres Oliveira (PE) e Paulo Ritt (PE).

Editor:

Mário Goulart Duarte (Reg. Prof. 4662) – E-mail: mrgoulart@uol.com.br

Editoração eletrônica:

L. Araújo (Reg. Prof. 7112). Tiragem: 700 exemplares. Impressão: Promoarte. Periodicidade: bimestral.

Endereço em Brasília:

SBS, Quadra 2, Lote 1 – BL S – sala 1205 – Edifício Empire Center – Fone (61) 224-3020 – CEP 70070-100.

Endereço em Porto Alegre:

Av. Borges de Medeiros, 340 – sala 131 – Edifício Missões. Fone (51) 3228-9324 – CEP 90020-020. E-mail: advocéf@advocéf.org.br Site: www.advocéf.org.br

Discagem Gratuita:

0800 51 02822

Juizados requerem sintonia, diz presidente da FENAG

Advogados e gerentes devem trabalhar em sintonia e concentrar-se, neste momento, num processo de aprendizagem. Essa é a avaliação do presidente da FENAG (Federação Nacional dos Gerentes da CAIXA), Raimundo Célio Augusto Macedo, a quem foram relatadas as principais reclamações dos advogados do Rio de Janeiro. Vivendo a realidade dos JEFs na Agência que administra, Jacaré/RJ, o gerente observa que, ao ampliar o direito de defesa do cidadão, o novo Código também ampliou o mercado de demandas judiciais, em que muitos vêem a possibilidade de sucesso rápido.

Leia, a seguir, a análise que o presidente fez de cada problema apontado e as sugestões que ele dá para enfrentar o "novo e grande desafio" dos Juizados Especiais Federais.

Problema 1: O difícil acesso às informações nas agências

"Os gerentes e os advogados devem trabalhar em sintonia no trato de cada caso, na análise cuidadosa das reclamações dos clientes. Não basta somente o gerente atender de forma tempestiva, o advogado deve conhecer os procedimentos operacionais da reclamação e estar apto a defender os interesses da empresa perante os Juizes. Acredito que todos nós temos muito que aprender e precisamos trabalhar juntos para que tenhamos os processos julgados de forma clara, sendo nossa obrigação esclarecer ao Judiciário o nosso entendimento processual do ponto de vista operacional e legal."

Problema 2: A maioria das reclamações (saques indevidos, problemas com porta giratória), requer maior atenção das agências.

"Temos dificuldades, assim como todo o mercado, por causa das reestruturações

e pela utilização de novas tecnologias ainda sem legislação definida. A CAIXA, por ser uma empresa de enorme complexidade e com volumes que a diferenciam dos demais concorrentes, sofre as consequências de sua reorganização. Assim, requer de seus administradores e de seu corpo jurídico um esforço proporcional ao seu tamanho na solução das pendências judiciais e na reorganização de seus processos, para que se tenha uma solução dos impasses operacionais no relacionamento direto com o cliente, evitando assim a demanda jurídica."

Problema 3: Os extratos centralizados pela GISUP chegam ao Jurídico após o prazo para a contestação

"A solução desses problemas passa unicamente pela definição de procedimentos e estabelecimento de prazos para cumprimento das demandas, envolvendo o Jurídico, a GISUP e os gerentes das agências."

Problema 4: As fitas de vídeo são guardadas por tempo insuficiente e geralmente não estão transcodificadas

"Na verdade o AD 038 01, no seu item 3.13, define o prazo mínimo ainda menor para guarda da fita de vídeo. No nosso entendimento este prazo deve ser ampliado e a maioria de nossas unidades mantém as fitas guardadas por tempo bem maior. Acho que o Jurídico deve proceder levantamento das demandas em que a CAIXA é prejudicada pela falta das fitas e submeter ao gestor uma proposta de alteração do normativo. Existe hoje uma certa padronização nos equipamentos e as transcodificações são efetuadas quando necessário pelas RESEG. Estas dificuldades devem ser discutidas com a GENAS, que tem trabalhado no sentido de melhorar a qualidade da informação na área de Segurança."



O ônus e o risco

Um dispositivo no Código de Defesa do Consumidor assegura a inversão do ônus da prova. "Aqui está talvez o mais importante dos temas de causas em Juizados Especiais", dizem os advogados do Jurídico/RJ. Beneficiados pela norma, os clientes limitam-se a afirmar que determinada quantia foi indevidamente sacada de sua conta, cabendo à CAIXA, se for o caso, demonstrar o contrário. Devido às dificuldades relatadas em outras matérias desta edição, o serviço no Rio tem um percentual de êxito de apenas 30%.

Apesar disso, alguns juizes estão decidindo a favor da CAIXA. Suas sentenças vêm

desconsiderando a "teoria do risco", aquela que afirma que, ao oferecer o serviço 24 horas, o banco assume toda a responsabilidade. Segundo os advogados cariocas, essa situação "resulta de uma melhoria constante que procuramos fazer nas defesas apresentadas, com pesquisa de jurisprudência e doutrina sobre a matéria".

(Em tempo: decisão da Quarta Turma do STJ, em 16 de junho, determinou que, comprovada a utilização do cartão do banco e da senha do correntista em saques eletrônicos, não gera indenização pela instituição financeira – REsp 417.835)

O candidato da chapa única à presidência da ADVOCEF, Darli Barbosa, tem 44 anos e trabalha na CAIXA desde 1981. No cargo, pretende estimular a adesão de novos associados, manter o controle dos honorários advocatícios e buscar uma maior aproximação entre os advogados da Empresa.

Podem votar nas eleições de 6 de agosto os sócios em dia com a Tesouraria. A divulgação dos resultados sairá em 9 de agosto e a posse acontecerá no dia 15 do mesmo mês. O candidato eleito vai presidir a ADVOCEF até 2004.

Os demais candidatos da chapa são os seguintes: Vice-Presidente: Sandra Rosa Bustelli Jesion (JURIR/São Paulo/SP); 1º Secretário: Alceu Paiva de Miranda (REJUR/Londrina/PR); 2º Secretário: Francisco Spisla (REJUR/Londrina/PR); 1º Tesoureiro: Altair

A chapa única da ADVOCEF

Rodrigues de Paula (REJUR/Londrina/PR); 2º Tesoureiro: Gilberto Gemin da Silva (REJUR/Londrina/PR); Diretor Norte: Mariano Moreira Junior (JURIR/Manaus/AM); Nordeste: Leandro Cabral Moraes (JURIR/Natal/RN); Diretor Sul: Edgar Luiz Dias (JURIR/Curitiba/PR); Diretor Sudeste: Angelo Ricardo Alves da Rocha (REJUR/Vitória/ES); Diretor Centro-Oeste: Isabella Gomes Machado (SURID/MZ).

Candidatos para o Conselho Deliberativo: Domingos Simião da Silva (JURIR/Belo Horizonte/MG); Geraldo Magela Ribeiro de Souza (JURIR/ Belo Horizonte/MG);



Darli: busca de novos associados

Gerhard Winning Filho (REJUR/Uberlândia/MG); Luciano Paiva Nogueira - (JURIR/ Belo Horizonte/MG); Rosimeire Rocha Mcauchar (REJUR/Juiz de Fora/MG); Silvio do Lago Padilha (JURIR/ Belo Horizonte/MG); Simone Solange de Castro Rachid (JURIR/ Belo Horizonte/MG); Umberto Parma Machado (GIDUR/ Belo Horizonte/MG).

Candidatos para o Conselho Fiscal: Adolpho Camiliano Passos Moraes Ferreira (JURIR/Recife/PE); Davi Duarte (JURIR/Porto Alegre/RS); Gisela Ladeira Bizarra (JURIR/Brasília/DF); Luís Fernando Miguel (JURIR/Porto Alegre/RS); Maria dos Prazeres de Oliveira (JURIR/Recife/PE); Paulo Ritt (JURIR/Maceió/AL); Sonia Rodrigues Soares Caldas (JURIR/Aracaju/SE); Roseane Maria de Holanda Cavalcanti (JURIR/Recife/PE).

Competência e garantia

"Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas." O teor da súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça foi cumprido fielmente no Acórdão de 24 de maio, referente ao Recurso Especial nº 260.041/BA, da CAIXA contra o Consórcio OMS Beira Mar. A decisão declarou incompetente o Tribunal de Justiça da Bahia, que em ação cautelar havia cancelado a garantia hipotecária dada à CAIXA pela Cohabui.

Circular interna do GETEN comunicou a boa nova à área jurídica da Empresa, ressaltando "o precioso desempenho e a diligência do JURIR/SA", que com duas medidas cautelares no STJ assegurou o resultado do julgamento. A notícia foi comemorada também pelo advogado Volnir Cardoso, do Jurídico/RS, por uma razão adicional. É que o trabalho dos colegas baianos baseou-se em tese idêntica à que Volnir vem defendendo, divulgada há pouco na edição número 4 do **Boletim da ADVOCEF**. Sua obra, *O concurso de credores como forma de intervenção de terceiros no processo de execução*, foi a terceira da série que vem sendo editada no

encarte *Juris Tantum*. Além dessa e de um texto de José Saramago, o suplemento já publicou *O exercício da advocacia na CAIXA*, de Francisco Xavier da Silva Guimarães, ex-advogado da Empresa.

Abordando a *competência jurisdicional* para julgamento do concurso, Volnir cita em sua tese "dois casos específicos de credores: a Fazenda Nacional, por créditos fiscais da União, e empresa pública que detinha hipoteca sobre o bem objeto do concurso, especificamente a Caixa Econômica Federal". Em seu parecer no Recurso da Bahia, a relatora, ministra Nancy Andrighi, julgou que, "além de inapropriada a via eleita para cancelamento de hipoteca, só cabe à Justiça Federal decidir a tal respeito, porque a garantia hipotecária foi dada em favor de empresa pública federal".

O 1º secretário da ADVOCEF, Roberto Maia, elogiou o trabalho dos advogados baianos. Para ele, o episódio "demonstra o elevado nível profissional dos quadros jurídicos desta Empresa". Em alusão ao estudo de Volnir, Roberto destacou também a importância da ADVOCEF como entidade de apoio técnico e de difusão de assuntos de interesse da categoria.

O maior acordo do mundo

O diretor de Serviços Financeiros, Luiz Francisco Monteiro de Barros Neto, estimulou os empregados da CAIXA a prosseguir no "desafio" do FGTS. A mensagem foi enviada quando inicia mais uma etapa de pagamento dos Créditos Complementares. O diretor mencionou o "maior acordo do mundo", como ficou conhecido o estabelecido entre o governo, centrais sindicais e empresários para o pagamento das diferenças dos planos Verão e Collor I no FGTS. "Um desafio lançado à CAIXA, que por meio de sua rede de talentos humanos sempre respondeu com firmeza, determinação e sucesso a tantos outros desafios na sua história", afirmou o diretor.

O "maior acordo do mundo" teria envolvido valores ainda maiores se não fosse a atuação dos advogados da CAIXA. Os argumentos desses profissionais, através do Recurso Extraordinário nº 226.855-7-RS, foram acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal: não havia direito adquirido aos percentuais referentes aos planos Bresser, Collor I e Collor II. Num cálculo aproximado, a atuação do Jurídico reduziu a conta em R\$ 24.200 bi, conforme matéria publicada na edição número 1 do **Boletim da ADVOCEF**.

A advogada do cliente

A consultora jurídica Isabel de Fátima Ferreira Gomes foi designada para exercer a recém-criada Ouvidoria da CAIXA. O anúncio foi feito pelo presidente Valdey Albuquerque em 27 de maio, num encontro com superintendentes. O ouvidor tem a função de representar o cliente na Empresa. O exemplo mais famoso no país é o do ombudsman da *Folha de São Paulo*, cujo trabalho é criticar as matérias publicadas pelo jornal, defendendo os interesses dos leitores. Segundo a ouvidora, na CAIXA a função terá como primeiro dificultador o desconhecimento das pessoas. Nova no país, a Ouvidoria é geralmente confundida com o SAC (Serviço de Atendimento ao Cliente), quando não é totalmente ignorada. "Algumas empresas e órgãos que visitei criaram a Ouvidoria há cinco anos e somente agora sentem que o público interno apreendeu a idéia", informa Isabel.

Antes mesmo da estruturação

do serviço, Isabel entende que será necessário um trabalho de conscientização dos empregados, nos diversos níveis. A função deve ser recebida como instrumento para alcance da excelência da Empresa, espécie de "consultor gratuito", que mostrará ao gestor como seus produtos e serviços estão sendo vistos na sociedade. Ao mesmo tempo, deve oferecer

sugestões para o seu aprimoramento, diz Isabel. Ela não consegue definir quais serão os assuntos que exigirão logo sua atuação, pois são muitos os produtos de importância vital, que provêm de políticas públicas, como seguro-desemprego, bolsa-escola, etc. "As reclamações podem avolumar-se sobre um ou outro produto conforme o momento social. Num determinado período pode ser aumento das prestações habitacionais, em ou-

tros, alteração de critério de remuneração de investimentos."

Isabel quer deixar claro que o ouvidor não tem a função de atender reclamações, mas ser um instrumento de aproximação, um promotor da solução. O ouvidor será o advogado do cliente na Empresa. Atuar na área, aliás, foi um dos requisitos exigidos pela Administração. Isabel considerou o fato

"como um evidente prestígio do corpo jurídico da Empresa que, sob a liderança da superintendente, tem estado presente e atuante no negócio Caixa". Ela é casada há 18 anos com Pedro Eugênio Beneduzzi Leite, diretor administrativo-financeiro da FENAE – sem divergências políticas. "O Pedro também adora a CAIXA. O que o que ele entende de defesa da Empresa é diferente do que penso. Mas pessoas que se dizem democráticas têm que saber conviver."



Os três poderes de Getúlio



Em crônica em *O Globo*, o jornalista Augusto Nunes contou que, no começo da década de 50, uma professora do antigo curso primário perguntou a alunos do terceiro ano quais eram os três poderes da República.

– Baixinho, Gordinho e Simpático – respondeu um menino.

"Pena que a questão tenha sido formulada quando Getúlio Vargas era o presidente eleito pelo voto popular. Entre 1937 e 1945, durante o Estado Novo, o autor da resposta mereceria nota 10", escreveu Augusto Nunes. Nesse período, explicou, o ditador controlava tanto o Poder Executivo quanto o Legislativo e o Judiciário.

Não perca o latim

Sui generis. Pronuncia-se "súi gêneris". Literalmente "de seu próprio gênero", ou seja, "único em seu gênero". Usa-se como adjetivo para indicar que algo é único, peculiar: uma atividade *sui generis*, uma proposta *sui generis*. A expressão começou a ser usada para coisas a partir do século XVIII, principalmente em textos científicos. Com o tempo, *sui generis* passou a ser usado para qualquer coisa fora do comum. Em



certos contextos, esta expressão pode conter ironia. Como, por exemplo, um comentário do tipo "Aquele professor tem uma maneira *sui generis* de expor suas idéias".

Fonte: site www.sualingua, do professor Cláudio Moreno.

Normativo em vigor

A ADVOCEF efetuou em 28 de junho os créditos referentes aos honorários do FGTS, do período de novembro de 2001 a abril de 2002. Foi a primeira operação

Advogado recém-admitido estreia no *Juris Tantum*

Admitido na CAIXA em junho de 2001, através do último concurso realizado, o advogado Leandro Pinto de Azevedo estreia no *Juris Tantum*, encarte do *Boletim da ADVOCEF*, com a tese *A responsabilidade indireta do comitente pelo ato do preposto*. Formado pela PUC em 1997, Leandro tem 27 anos e trabalha em Porto Alegre. O tema de seu trabalho, escolhido em função do

gosto pelo capítulo do Direito, Responsabilidade Civil Extracontratual, foi tratado por ele em monografia no curso de pós-graduação. Leandro é especialista em Direito Civil e mestrando em Direito.

O suplemento *Juris Tantum* publica obras com o objetivo de contribuir para o aperfeiçoamento dos profissionais da CAIXA. Está à disposição dos advogados que queiram colaborar.

após o Acordo negociado em 2001. A normatização dos honorários de FGTS, publicada no MN FP 08902, tem vigência a partir de 31 de maio de 2002. Os procedimentos relativos às demais hipóteses de retenção, controle e registro de honorários estão sendo providenciados pela CAIXA.

ENCARTE DO
BOLETIM DA



ADVOCEF

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS
DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Jun/Jul 2002- Edição 005

Para a abordagem do tema em foco, é necessário que se faça breves considerações sobre a estrutura da relação de comissão e, a esses efeitos, investigue-se alguns aspectos da evolução do contrato de mandato, pois o contrato de comissão resulta de um aperfeiçoamento do contrato de mandato.

O mandato, em Roma, era associado com o próprio significado da palavra *mandatum*: *manus dare*, ou "dar a mão". Celebrava-se o contrato de mandato toda a vez que a gestão de um determinado negócio era confiada pelo seu titular a outrem, mas em proveito exclusivo daquele, afastada a viabilidade de uma contra-prestação em favor do mandatário, pena de restar configurada a *locatio operis*. Alguém envidava esforços em realizações favoráveis a outrem, mas nunca no afã de perseguir interesses próprios, até mesmo em vista da impossibilidade do proveito próprio. O negócio gerido o era em proveito de outrem; logo, era para outrem.

Em dado momento se passa a admitir o contrato de mandato sob o manto da bilateralidade o qual foi chamado, em Roma, de *mandatum qualificatum*, pelo qual a administração do negócio alheio lança-se à condição de remun-

nerada. Ainda assim, quando se falava em mandato, se falava em representação do mandante pelo mandatário.

Aquele que restasse investido dos poderes de representação acabava por obrigar o beneficiário mandatário.

Chegado no direito intermediário, o contrato de mandato conservou alguns de seus traços característicos, mantendo-se acentuada a idéia da representação. Nessa etapa, contudo, em que a atividade mercantil começa a se libertar da pecha de "atividade menor" e, paulatinamente, cresce de importância, passa-se a conceber o contrato de mandato como fonte de uma atividade não só de representação do mandante pelo mandatário, mas, outrossim, de substituição daquele por esse. O mandatário passa a agir praticando atos de comércio em favor do constituinte a quem incumbiria, originariamente, o respectivo ato.

O redimensionamento do conceito da atividade comercial deu novo sabor ao tráfico mercantil, com o que comerciantes de praças distintas e longínquas passaram a intensificar relacionamen-

tos, alcançando, desse modo, aguda importância a atuação dos mandatários para a administração e mediação das relações comerciais.

Para FERNANDO DE SANDY LOPES PESSOA JORGE, comercialista lusitano, "no direito intermediário verifica-se um desenvolvimento extraordinário do instituto da representação, passando a admitir-se como regra a possibilidade de alguém substituir a outrem na prática de um ato jurídico, com eficácia direta na esfera do substituído. Como a revolução se fez gradualmente, os autores foram levados, como é natural, a procurar enquadrar novas soluções em esquemas já aceitos; e assim a representação surge associada ao contrato de mandato, o que se explica também pelo fato de a maior parte das vezes ser este contrato o que corresponde às características das relações entre o constituinte e o procurador."¹

Vale dizer, o mandatário passa a agir

A RESPONSABILIDADE INDIRETA DO COMITENTE PELO ATO DO PREPOSTO

Dr. Leandro Pinto de Azevedo (*)

em representação e em substituição ao mandante comerciante.

CARVALHO DE MENDONÇA esclareceu que "o contrato de comissão teve sua fase brilhante na história do comércio à medida que esse se desenvolveu e os comerciantes de praças diversas, nacionais e estrangeiras entraram em relações diretas. O mandato não oferecia as facilidades exigidas pelo comércio. A dispensa de exibir documento formal necessário para habilitar o mandatário perante as pessoas com quem tratasse, o afastamento do risco do excesso de poderes do mandatário, o segredo das operações do mandante em regra necessário para não revelar aos rivais a marcha dos seus negócios, a garantia proporcionada a terceiros que, conhecendo a solvência e a probidade do mandatário com quem se correspondiam, ignoravam as do mandante, a possibilidade de aproveitar o crédito e o capital do comissário, a fa-



cilidade das informações, das remessas e da guarda das mercadorias em praças distantes, a antecipação das somas sobre elas foram vantagens que concorreram para o aparecimento dos comissários, pessoas que se encarregavam profissionalmente de operações comerciais por conta de outrem, mas agindo no próprio nome."²

Exclui-se, então, do contrato de mandato a cláusula de representação ínsita ao mesmo, propiciando maior ensejo à *fides* própria do negócio comercial. Isso porque, sem a cláusula de representação, o mandatário, mesmo permanecendo a agir em nome de seu constituinte, avoca, quando da negociação, as responsabilidades do mercador. Mas, sempre, exercitando a atividade própria do mandante. Tem, com isso, progenie o contrato de mandato sem a cláusula de representação, o qual veio a se tronar a espécie contratual comissão mercantil.

É verdade que o contrato de comissão mercantil teve outros antecedentes históricos. O *Tratado das Leis* de Platão, na Grécia, já previa o contrato de comissão. Mas é no direito intermediário, deveras, que o contrato de comissão mercantil ganha vulto. Entre nós, o contrato de comissão encontrou assento no Código Comercial de 1850. O grande discrimine entre o contrato de mandato e o de comissão - o elemento representação - foi cultivado, conforme artigo 166.

O elemento nuclear do contrato de comissão, a despeito das mutações, sempre foi o exercício, por alguém, da atividade própria de outrem.

II - O DIREITO EXCEPCIONAL E SUA INTERPRETAÇÃO

A estrutura de um sistema deve de se dar consoante um critério lógico, organizando-se os respectivos princípios de modo a que reste viabilizado o processo de subsunção dos mesmos. É a soma desses princípios, organicamente estruturados, que define a ordem das relações sociais no ordenamento.

A colocação desses princípios em sede positiva - condição para que se submetam ao processo de subsunção - é realizada pelo legislador que os deduz de uma determinada realidade. Dessa dedução é que irão se consolidar premissas para o processamento do método cognitivo *a posteriori* (ou indutivo)³.

Mas a realidade é mutante, ao tempo em que a letra da lei é estática. A celeridade das alterações no fenômeno social⁴ não é idêntica à da alteração legislativa. Logo, em dadas circunstâncias, avulta a necessidade de rompimento com a estrutura operacional sistematizada aos efeitos de concretização dos princípios, pois esses acabam modificados. Já VICENTE RÁO professava que "os princípios gerais de um sistema jurídico e suas correspondentes regras tendentes a realizá-lo, normalmente, formam um todo, um conjunto orgânico, cujas partes se prendem umas às outras por seqüência lógica e estrutural. Mas, em dadas circunstâncias, impõe-se a interrupção dessa seqüência e o destaque e desenvolvimento de alguma de suas partes, ou de particulares relações, para a consecução de um fim que os princípios e regras do direito comum, por sua generalidade, não poderiam alcançar."⁵

O método de interpretação indutiva do direito, nessa senda, apresenta insuficiência para solucionar conflitos. Os métodos racionais conhecidos não oferecem solução; nem mesmo o método *histórico evolutivo* aclamado por SALEILLES, pelo qual o exegeta deve ir ao encaixe da vontade coletiva expressa na lei, vontade essa definida por FRANÇOISE GÉNY como "*vontade legislativa*", ou o método sustentado por GÉNY da "*livre investigação científica*", apresentam suficiência.

A dedução rouba a cena, sendo necessária a fuga de princípios contemplados pelo direito geral para a solução de problemas excepcionais. Já em Roma, JULIANO e PAULO apuseram no Digesto as seguintes orientações:

- "*Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias*", no Livro 1º, Título 3º, frag. 14;

- "*In his quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris*", no Livro 1º, Título 3º, frag. 15 e

- "*Quae propter necessitatem recepta sunt, non debet in argumentum trahi*", no Livro 50, Título 17, frag. 162.

Essas mesmas se perpetuaram pelos ordenamentos jurídicos. O Código Italiano de 1865, no artigo 4º de seu Título Preliminar, continha previsão no sentido de que as leis penais e as que restringissem direitos, ou formassem exceções a regras gerais não se estendiam além dos casos e tempos especificados.

No Brasil, a antiga Introdução ao Código Civil, em seu artigo 6º, já dispunha no sentido de que "*a lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica*".

Com o advento do Decreto-lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil), nada restou disciplinado acerca da interpretação das regras de exceção. Mas, como a Lei de Introdução ao Código Civil não revogou aquela norma de interpretação, por força do respectivo artigo 2º, parágrafo 1º a mesma ainda vigora, pois somente haveria de se ter por revogada se ostentasse incompatibilidade frente as que, posteriormente, viessem a versar o processo hermenêutico. Nenhum diploma há, em nosso ordenamento, que tenha bradado orientação contrária à vertida da parêmia "*exceptiones sunt, strictissimae interpretationes*". Vigem, então, ainda, o artigo 6º da Introdução ao Código Civil.

Se as regras de direito excepcional são concebidas por inspirações legislativas de exceção, o intérprete, inelutavelmente, deverá de limitar o seu campo de subsunção com as mesmas raias envolventes da situação excepcional que provocou a indigitada inspiração. É o que, aliás, já acentuara PAULO, em Roma, ao lapidar no Digesto a já referida regra "*quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias*", o que significa dizer "se se admite algo contra as normas gerais de direito, a espécies congêneres não se estende".

Todos os elementos que compuseram o fenômeno social propulsor da inspiração legislativa deverão de ser considerados para a definição e delimitação do foco de concreção da norma de direito excepcional. Já pontificava CARLOS MAXIMILIANO que "*As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente*".⁶

Se uma norma de exceção vier a vulnerar o direito geral à luz da necessidade social, o que é o caso da regra que define a responsabilidade do comitente pelo ato do preposto, ao ser aplicada, jamais poderá ser estendida a hipóteses análogas. Não se pode, então, deixar de ater-se à necessidade inspiradora.

Divergem os autores acerca de uns seja o instituto guia encontram-se J. M. DE CARVALHANTRE O quais ALVINO LIMA, VILJULIO DE ALMEIDA COSTA, perfil campo da teoria do risco.

III. 1. A responsabilidade subjetiva e o anseio de justiça

As vertentes de informação históricas da responsabilidade civil não dão conta de sua efetiva gênese. Nos primórdios, o eventual dano rendia ensejo à vingança. Era assim no Código de Hamurabi no Código de Manu e nos diplomas hebraicos.

Sentia-se a necessidade de submeter o causador do dano a dissabor idêntico ao que tiver dado causa e, à vista desse dogma, a vingança focalizava a pessoa do causador do dano, somente.

Nas fases iniciais da civilização romana, os vestígios da vingança remanesceram. A própria Lei das XII Tábuas contemplava algum resquício primitivos.

Em determinada quadra da evolução, o Estado passa a intervir nas relações sociais, avocando o direito de punir. Ao particular, então, resta reservado o direito à reparação, surgindo a idéia de composição. Mas como o germen da reparação identifica-se com a causa da vingança e da punição imposta pelo Estado, aquela acaba por mirar idêntico sujeito: causador do dano.

Foi com a edição da *Lex Aquilia* que o elemento composição ganhou projeção no cenário jurídico. Mas, sempre partindo do pressuposto de que quem causou dano injusto deve reparar, não se alargou a teoria subjetiva e de responsabilidade direta.

É verdade que de hipóteses de responsabilidade objetiva o direito romano já cogitara. Era o caso, por exemplo, da responsabilidade *effusum et defectum*. Essa exceção era justificada pela impossibilidade de se precisar quem havia provocado, diretamente, o dano. Tinha, assim, um contorno excepcional a justificativa.

A responsabilidade subjetiva

RESPONSABILIDADE INDIRETA DO COMTENTE PELO ATO DO PREPOSTO

a da situação do tema em enfoque. Ad-
do à luz da teoria da culpa. Nessa seara
HO SANTOS e PONTES DE MIRANDA. Outros,
CENTE RÃO, JOSÉ DE AGUIAR DIAS e MARIO
am e idéia de que a questão posta-se no

direta passou a marchar em pas-
sos firmes. O Código Civil brasilei-
ro, de 1916, consagrou, em seu
artigo 159, a cláusula geral da res-
ponsabilidade civil que a desenh-
nou sob o contorno da respon-
sabilidade individual, subjetiva e
direta.

Os traços similares entre a res-
ponsabilidade civil e a penal for-
ram cultuados. Ou seja, o interes-
se estatal serve-se, intensamente,
do elemento "repreensão ao cau-
sador do dano"; mas, já nessa eta-
pa da evolução, o legislador tam-
bém enfatiza o elemento "repa-
ração do dano". Como já era
crescente a tendência da
prevalência do elemento "repara-
ção do dano" quando concebi-
do o Código Civil, desenhou-se
um redimensionamento do mes-
mo, sem que restasse minorado,
contudo, o elemento "punição". O
Código Civil brasileiro deu, assim,
agasalho à idéia de se punir, im-
putando responsabilidade a todos
aqueles que, de forma mediata
ou imediata, pudessem ter contri-
buído para a ocorrência do dano.

Para evitar-se uma plena li-
bertação da teoria subjetiva, cons-
trói-se a idéia de que de que al-
guém é indiretamente responsá-
vel pela reparação do dano a que
outro deu causa não pela
censurabilidade de sua conduta,
mas sim porque não observou um
dever próprio da relação que
mantém com o causador do
dano. Pode ser uma violação ao
dever de bem escolher, de bem
vigiar ou de bem instruir, por exem-
plo.

Já assinalava J. M. CARVALHO
SANTOS, quando comentou o Có-
digo Civil brasileiro, que "a ordem
social, sob o princípio da
neminem laedere, não impõe a
cada um somente a obrigação de
não ofender a outrem por ato pró-
prio. Mas estende a exigência à
obrigação de vigilância sobre os
animais, coisas e pessoas que dele
dependam, assim como a de cul-

gado na escolha das pessoas de quem
se queira servir. É o fundamento da cul-
pa in vigilando e in eligendo, tratada
no dispositivo que estamos a exami-
nar."

Na conduta do pai, a quem cum-
pre vigiar o filho, não se poderia, em
nome da preservação da teoria sub-
jetiva, deixar de reconhecer um lapso
quando o filho provoca, à míngua de
acato às regras legais, dano a outrem.
Se o pai foi tolerante ou permissivo,
penso que se haveria de cogitar, in-
clusive, de dolo. E se o filho fugiu à sua
guarda e provocou, injustamente,
dano a outrem, a falha do pai estaria
em residir na circunstância de ter ele
deixado o filho fugir de sua guarda.

Pela perspectiva da teoria subjeti-
va, nota-se, também, uma transgres-
são do dever de conduta do patrão,
amo ou comitente em hipóteses nas
quais o empregado, o servo ou o
preposto lesam alguém no exercício
do múnus de que foram incumbidos.
Ao patrão, amo ou comitente incum-
be o dever de instruir seus subordina-
dos de forma a aparelhá-los para os
seus desempenhos e de forma a im-
pedir que lesem terceiros. Mas se, mes-
mo instruídos adequadamente, os su-
bordinados acabam por lesar outrem,
o dever não cumprido é anterior e
pertine à boa escolha. No primeiro
caso, afigura-se a culpa in instruendo.
No segundo, a culpa in eligendo.

Os que compartilham da idéia
aqui tratada acabam por perfilhar o
axioma atrelado à responsabilidade
civil e que reputa imprescindível a reu-
nião dos elementos penalização e re-
paração.

III. 2. A objetivação da responsabilidade indireta

As crescentes inovações científicas
e tecnológicas que ganharam acentu-
ada propulsão por ocasião da Re-
volução Industrial, lançaram ao de-
samparo certas idéias de justiça, mor-
mente as que guardavam pertinência
com a responsabilidade extracon-
tratual.

Alguns aspectos elementares, que
já estavam sedimentados e tinham
campo de afetação quase irrestrito,
foram revistos. A clássica fórmula aclamada pela teoria subjetiva acabou
fragilizada, pois se mostrou insuficiente e deixou de representar realização
de justiça.

A sobrevalorização humana pre-

sente no último século retirou expres-
são do olhar protetor que o Estado lan-
çava sobre o causador do dano e alar-
gou a preocupação com a vítima. O
foco da preocupação deixou de ser
a tangibilidade sem causa do
patrimônio do causador a passou a ser
a integridade patrimonial, física e mo-
ral da vítima.

MARIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA es-
clarece que "segundo a perspectiva
clássica, a noção de responsabilidade
constitui um corolário do princípio de
que o homem, sendo livre, deve res-
ponder pelos seus actos. Portanto, a
condição essencial da responsabili-
dade civil, nesta óptica, incide na culpa,
que pode traduzir-se num fato intenci-
onal, ou em simples imprudência ou
negligência. Contudo, no mundo con-
temporâneo, fortemente tecnológico
e industrializado, o desenvolvimento
das possibilidades e dos modos de
actuação humana multiplicou, tam-
bém, os riscos. Cada nova conquista
pelo homem das forças da natureza
não exclui que um tal domínio lhe pos-
sa escapar e que essas forças reto-
mem os seus movimentos naturais. É o
risco que acompanha a actividade hu-
mana."⁸

As operações novas (as industriais,
sobretudo, e, em escala crescente, as
do campo da informática) deixaram
ao desamparo significativa parcela
populacional.

Como a investigação de culpa não
raro se faz custosa à vista de sua ele-
mento integrativo, de obscuros contor-
nos, "imputabilidade moral", teve de
ser o mesmo banido. Mas não o foi de
forma aleatória e injustificada.

Proclamou-se idéia no sentido de
que o risco, mesmo resultante de con-
duta lícita e incensurável cometida por
alguém, acaso provocado por quem
do mesmo retire, diretamente, provei-
to, seria a causa da responsabilidade.
Foi a teoria do risco proveito que aca-
bou por agasalhar o sentido da
parêmia *ubi emolumentum, ibi onus*.

A teoria do risco proveito nasceu
em reação à teoria do risco criado,
consolidando, dessa forma, a
equanimidade, pois pela teoria do ris-
co criado a mera criação de risco, lí-
cita, autorizada e desinteressada era
fator de imputação.

Em ostensiva subversão à teoria
subjetiva da responsabilidade civil, afir-
ma-se o dever de indenizar baseado
na mera ocorrência de dano e na sua

derivação de conduta do agente. As hipóteses de acidente do trabalho inauguraram a vereda trilhada pela *teoria do risco proveito*.

Grandes complexos industriais, que cresceram acelerada e desordenadamente, faziam dos que neles trabalhassem submetidos a inomináveis riscos. Dessa situação provocada pelo industrial e não vedada pelo sistema os mesmos colhiam frutos econômicos. Materializava-se, assim, o *risco proveito*.

Tal ocorre, outrossim, nas relações de consumo, e.g. nas situações de responsabilidade por fato do produto ou serviço regidas pela norma insculpida no artigo 12 da Lei nº 8.078/90.

A tal tendência se soma a da socialização do dano, inspiradora da responsabilidade objetiva do Estado proclamada pelo artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal em voga, reforçando a idéia central da *teoria do risco*.

Tenho que é exatamente na linha do *risco proveito* que se desenvolveu a responsabilidade indireta comitente pelo ato do preposto,

proclamada no artigo 1.521, inciso III, do Código Civil brasileiro.

III. 3. A configuração da relação de comissão ensejadora da responsabilidade em foco

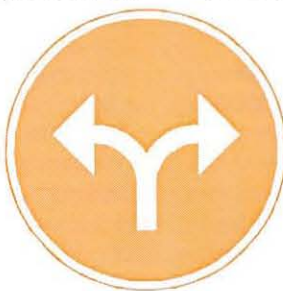
Tal como referido, o contrato de comissão submeteu-se a incontáveis alterações ao longo do seu desenvolvimento histórico. Todavia, a *substituição* sempre se fez presente. Ao mesmo tempo, a *teoria do risco proveito* deflagra, à contento, a razão para se afastar a *teoria da culpa*. Foram razões excepcionais de cunho histórico que alçaram-na à condição de exceção contemplada pelos ordenamentos, enquadrando-se, dessa forma, a indigitada teoria, na moldura das regras de direito excepcional, comportando uma interpretação restritiva.

No ordenamento brasileiro, a responsabilidade do patrão pelo ato do empregado, malgrado se fale em presunção de culpa⁹, penso que se desenvolva no campo da teoria do risco. E a justificativa para o tratamento dado

à responsabilidade indireta do empregador é a mesma para o tratamento da responsabilidade do comitente.

A evolução das relações de trabalho teve marco inaugural no empregador individual. A noção de empresa foi se redimensionando e o empreendedor individual mostrou-se impotente para a realização completa do empreendimento, vendo-se ele obrigado a delegar a realização da tarefa que lhe era própria a outrem. Os empregados delegados passam a exercer a atividade própria do patrão. Se esses, no exercício de substituição do patrão, lesam terceiros, responde aquele, pois o dano foi provocado durante realização originalmente sua. Mas é fundamental que o dano tenha sido produzido na realização da atividade delegada.

Igualmente, se o contrato de comissão, em sua gênese, foi uma tentativa de suprir impotência do comitente realizar sua atividade comercial, o elemento *substituição* é um elemento imprescindível à configuração da responsabilidade indireta daquele, pois é com fulcro nessa *substituição*, presente também na relação de emprego, que se justifica a responsabilidade indireta.



IV - CONSIDERAÇÕES FINAIS

É verdade que a teoria objetiva da responsabilidade civil extracontratual alicerçada sobre o *risco proveito* solucionou imensuráveis dificuldades no tráfego social; mas é igualmente verdadeiro que a sua má compreensão enseja distorções no elemento teleológico do direito. Se é certo que a legislação pátria cultua lacunas de molde a oportunizar se encaixem, diversas *atividades terceirizadas*, na moldura do contrato de comissão, certo é, outrossim, que o comitente só deve reparar dano causado pelo preposto a terceiro quando se fizer presente o elemento *substituição*.

Se, por exemplo, um determinado produtor de matéria prima con-

tratar terceiros para lhe auxiliarem na produção (terceirizar parcela de sua própria atividade) e esses lesarem terceiros no exercício dessa atividade, configura-se o elemento *substituição* e, por conseguinte, a responsabilidade indireta. Todavia, acaso esse produtor venda essa matéria a terceiro e comprometa-se a lhe entregar, não irá responder por eventual prejuízo causado a terceiro enquanto se desenvolver o transporte, posto que o transportador não está se substituindo àquele produtor.

Em face da lacuna legislativa acima referida, em ambas as hipóteses se pode notar uma relação de comissão entre o produtor e o *terceirizado* mas, nem por isso,

ensejam idêntica responsabilidade àquele.

Ao se postar diante da dúvida sobre a imputação ou não da responsabilidade indireta (ou sem culpa, para alguns) ao comitente, o intérprete deverá se questionar: a atividade contratada pelo comitente é realizada POR ele ou PARA ele? Acaso a resposta adequada seja "POR ele", havendo o dano se configura hipótese de responsabilidade indireta. Mas se, ao contrário, a resposta não puder ser "POR ele", mas somente "PARA ele", não resta configurada a hipótese da responsabilidade indireta.

(*) Advogado da CAIXA em Porto Alegre/RS

1 O mandato sem representação, 1961, p. 86, Lisboa

2 Tratado de direito comercial brasileiro, vol. VI, 2ª parte, p. 282, 1960

3 Método esse que, a despeito de reinar no ordenamento pátrio, paulatinamente, vai cedendo espaço para o modelo legislativo aberto, permeado por cláusulas gerais

4 fonte mediata do direito

5 O direito e a vida dos direitos, vol. 2, p. 209, 1997

6 Hermenêutica e aplicação do direito, p. 279, 1951, Rio de Janeiro

7 Código Civil brasileiro interpretado, vol. XX, p. 213, 1946

8 Direito das obrigações, p. 443, 1994

9 Conforme, até mesmo, Súmula 341 do STF