
São Paulo, 12 de dezembro 2017.

Prezados Clientes e Parceiros,

Para este boletim, preparamos artigos sobre atualidades que consideramos relevantes.

No campo do direito do trabalho, à cada número de nosso boletim, será abordado uma alteração trazida pela reforma trabalhista; neste número abordamos o trabalho intermitente, uma interessante forma de contratação, que pode ser utilizada.

No campo do direito do consumidor, abordamos abusividade de regras contidas em contratos bancários e a jurisprudência recente sobre o tema.

Por fim, na área das sucessões abordamos o recente julgamento do Recurso Extraordinário n.º 878694, pelo Supremo Tribunal Federal, e as alterações e impactos desta decisão no planejamento sucessório.

Visite também, nosso site e encontre notícias com informações escolhidas, para mantê-lo sempre a par do mundo jurídico.

Uma boa leitura.

Caterina Formigoni Renzo de Carvalho
(organização e revisão geral)

Índice:

Direito do Trabalho: *Reforma Trabalhista “em pílulas”:* O Trabalho Intermitente- fls. 2 a 3.

Direito Civil e do Consumidor: *Abusividade de Juros e Taxas nos Contratos Bancários – fls. 3 a 8.*

Direito das Sucessões: *Direito Sucessório: união estável e a declaração da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil – fls. 8 a 15.*

Reforma Trabalhista “em pílulas”: O Trabalho Intermitente

Com a entrada em vigor em 11/11/2017, da Lei n.º 13.467 de 13/07/2017, foi introduzido o contrato de trabalho intermitente, como uma nova modalidade de contrato de trabalho.

No contrato de trabalho intermitente, a prestação de serviços ocorre de forma não contínua, havendo alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade. Essa modalidade de contrato pode ser determinada em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregador.

Em síntese, o trabalho intermitente é um contrato de emprego ONDE desaparecem as obrigações de prover o trabalho pelo empregador e, para o empregado, de permanecer à disposição. O empregador deve convocar o empregado com no mínimo 3 (três) dias de antecedência e o empregado deve

responder ao chamado em até 24 (vinte e quatro) horas da convocação, sendo que a recusa não caracteriza insubordinação, ou seja, a manifestação da vontade do empregado é que faz do compromisso contratual seu caráter obrigatório (no caso de silêncio presume-se, a recusa).

É um contrato de trabalho condicionado ao interesse do empregado, exclusivamente. O empregado é dono do seu tempo e pode recusar a convocação do empregador, exercendo sua liberdade de escolha.

A subordinação neste tipo de contrato somente ocorrerá se o empregado aceitar a convocação. O contrato deve ser por escrito e registrado na CTPS, a remuneração não poderá ser inferior ao salário mínimo e deve estar expressamente registrada no contrato. Quando o pagamento ocorrer por hora trabalhada, o valor da hora não poderá ser proporcionalmente inferior ao valor do salário mínimo.

O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes, pois durante o período de inatividade não é devido salário.

A lei estipula que, imediatamente, ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas: remuneração; férias proporcionais com acréscimo de um terço; décimo terceiro salário proporcional; repouso semanal remunerado; e adicionais legais.

Por: Eduardo Galvão Prado

Abusividade de Juros e Taxas nos Contratos Bancários

Não é raro ouvir reclamações de consumidores e empresas acerca de taxas de juros e, principalmente, elevadas taxas de serviços bancários cobradas durante a execução de contratos de empréstimos, financiamentos, ou até mesmo de abertura de conta corrente.

Questões de ordem política, econômica e inclusive cultural se somam para tal realidade, que, portanto, ultrapassam a realidade jurídica. Em outras palavras, não é a simples produção legislativa ou observância da legislação que irá reduzir os juros praticados no Brasil para níveis aceitáveis se compararmos com realidades estrangeiras.

Nesta equação, de um lado se encontram os Bancos: instituições fundamentais para o funcionamento da economia nacional, e que incluem em seus contratos de concessão de crédito ou financiamento, cláusulas criativas pelas quais são autorizadas cobranças de juros compostos, em períodos inferiores à anuais, mensais e às vezes até infra diários; incluem-se também uma série de taxas cujas siglas ao invés de esclarecer, confundem.

Importante destacar o esforço do Banco Central do Brasil nos últimos anos, ao editar resoluções pelas quais os Bancos passaram a ter obrigações de transparência, porém, ainda insuficientes para mitigar o déficit informacional por parte dos consumidores.

Do outro lado os consumidores: pessoas físicas ou pequenos e médios empresários, os primeiros sem qualquer poder de negociação e conhecimento técnico, os segundos, apesar de uma melhor capacidade/poder de negociação, também com déficit em relação às informações técnicas. Ambos, necessitando de crédito, aderem aos contratos elaborados pelos Bancos e às cláusulas, muitas vezes, leoninas.

A alternativa que resta aos consumidores e empresários é a escolha de um, entre os cinco maiores bancos do país, escolha esta feita em busca de menores taxas de juros e serviços bancários mais atrativos.

O cenário acima – a parca concorrência entre as instituições financeiras, a cobrança de taxas de juros e, principalmente, as elevadas taxas de serviços bancários cobradas durante a execução de contratos de empréstimos – gerou uma enxurrada de demandas judiciais através das quais os consumidores e empresários, que naquele momento inicial apenas aderiram aos contratos de concessão de crédito ou financiamento, agora buscam revisar as cláusulas judicialmente, e anular eventuais ilegalidades e abusividades.

Ocorre que, diante da complexidade das planilhas e extratos apresentados pelos Bancos, com diversas siglas muitas vezes incompreensíveis, é fundamental a realização de perícia, por profissional com conhecimento técnico, para verificar a exatidão dos valores cobrados e os eventuais abusos e vantagens indevidas.

E através da realização de tal perícia que os consumidores e empresários, bem como o Estado-Juiz – em caso de judicialização da questão – poderão verificar práticas que, apesar de estarem previstas nos instrumentos contratuais, são abusivas, pois geram vantagens indevidas aos Bancos, em detrimento dos consumidores e empresários.

Não se questiona no presente artigo, a legalidade da capitalização mensal de juros, já sabidamente autorizada nos contratos de mútuo bancário celebrados a partir de 31 de março de 2000, data da primitiva publicação do art. 5º da MP nº 1.963-17/2000, atualmente reeditada sob o nº 2.170-36/2001, a qual permite tal prática (capitalização mensal de juros), desde que **expressamente prevista em contrato**.

Inclusive, o STJ (tema 246) julgou em sede de recurso repetitivo, sedimentando a questão da capitalização de juros e firmando a tese de que *“é permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos celebrados após 31.3.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (em vigor como MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada”*.

Contudo, em alguns casos, é possível a revisão judicial dos juros remuneratórios, mesmo quando expressamente pactuados. Para tanto, de acordo com entendimento sedimentado no tema 27 do STJ, *“é admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o*

*consumidor em desvantagem exagerada (art. 51, §1º, do CDC) fique **cabalmente demonstrada**, ante às peculiaridades do julgamento em concreto. ”*

Ao mencionar que a situação deve estar cabalmente demonstrada, o Min. Aldir Passarinho Junior afirma que deve haver “**perícia** que propicie a comparação com as taxas praticadas por outras instituições financeiras, desde que coincidentes o produto, a praça e a época da firmatura do pacto” (AgRg no REsp 935.231/RJ, Quarta Turma, DJ de 29.10.2007).

Ou seja, novamente nos deparamos com a necessidade de **perícia técnica**. Tal prova técnica é necessária não só para que o consumidor ou empresário possa compreender eventuais cobranças indevidas ou abusivas por parte dos Bancos, mas também para demonstrar, cabalmente, a desvantagem exagerada.

As desvantagens exageradas podem estar entre: a) Encadeamento de operações (caracterizada quando o relacionamento financeiro é longo, e o Banco acaba liquidando uma operação, interligando-a com outra, fazendo com que o crédito de uma destine-se exclusivamente à regularização de saldo negativo; b) Cobrança excessiva de tarifas por serviços que de fato não são prestados ou que fazem parte dos custos da atividade bancária e não poderiam ser transferidas ao consumidor (ex: taxa para análise de crédito); c) Capitalização indevida de juros (há situações em que o banco debita, periodicamente, juros em contas correntes com saldo negativo, de forma que os juros, incorporados ao saldo devedor, passam a ter nova base de cálculo,

caracterizando a capitalização indevida); d) Cláusulas e cobranças de taxas abusivas.

Em nossa visão, a ausência de uma regulamentação clara sobre o tema levou à judicialização de contratos bancários. Como visto, diante da complexidade dos cálculos e fórmulas apresentados pelos Bancos, bem como diante do entendimento jurisprudencial sobre o tema, **qualquer questionamento judicial, deve ser precedido de perícia técnica**, que tem o objetivo de esclarecer as partes e o Estado-Juiz uma eventual desvantagem exagerada que mereça ser revisada.

Por: Marcelo Barretto Ferreira da Silva Filho

DIREITO SUCESSÓRIO: união estável e a declaração da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil

O direito das sucessões sofreu reviravolta com o julgamento, **em 10/05/2017, do Recurso Extraordinário n. 878694, pelo Supremo Tribunal Federal.**

Em resumo, foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, artigo que tratava da sucessão do companheiro ou da companheira. De forma geral, tal artigo trazia tratamento que regulava a sucessão na união estável de forma diversa que regulava a sucessão entre cônjuges (tratado no artigo 1.829 do Código Civil). Importante destacar, que não se pode dizer que

o tratamento era mais ou menos benéfico, pois dependia da situação de cada caso.

Em apertada síntese, se os bens do falecido fossem adquiridos antes do início da união estável ou recebidos à título de doação ou herança, o tratamento dado à sucessão na união estável era menos benéfico, que o dado ao cônjuge em idêntica situação. De outro lado, se o acervo patrimonial tivesse sido adquirido, durante a relação de união estável, o tratamento dado aos companheiros seria mais favorável que o concedido aos cônjuges.

Ademais, pelo artigo 1.790 do Código Civil, haviam diversas formas de participação na herança, conforme concorresse com cada tipo de herdeiros, sendo que a prole, comum ou não, era fator preponderante para critério de partilha:

“Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”.

A polêmica, sobre a constitucionalidade de tal regra é antiga e doutrinadores de grande envergadura defendiam argumentos para primazia de ambas as teses: tanto da constitucionalidade de tal regra, com de sua inconstitucionalidade.

Aqui em São Paulo, a divergência jurisprudencial havia sido dirimida pelo **Órgão Especial do TJSP** no julgamento da **Arguição de Inconstitucionalidade nº 0434423-72.2010.8.26.0000** pelo qual se considerou constitucional a regra contida no artigo 1.790 do Código Civil.

Em resumo, o Tribunal paulista entendeu que o legislador optou por tratar de forma diferente entidades diferentes, já que a Constituição da República não equiparou a união estável ao casamento e/ou entidades familiares, apenas facilitou sua conversão. Tal entendimento obviamente ficou superado pela fixação de tese oposta, pelo Supremo Tribunal Federal.

No recente julgamento do RE n. 878694, prevaleceu a tese da inconstitucionalidade do art. 1.790, tendo o relator de tal recurso, Ministro Barroso, consignado em seu voto que a Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento: *"Nesse rol, incluem-se as famílias formadas mediante união estável."*, dizendo: *"Se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para isso, depende da participação da família na formação de seus membros, é lógico concluir que existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, pelo amor, pelo afeto e pela*

vontade de viver junto." Concluiu, não ser legítimo desequiparar para fins sucessórios os cônjuges e os companheiros, "tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição."

Assim, o STF, por maioria, deu provimento ao recurso, para reconhecer de forma incidental a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 e declarar o direito da recorrente a participar da herança de seu companheiro em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002. Foram vencidos os Ministros: Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

Ao final do julgamento o relator Ministro Barroso apresentou a seguinte modulação: "*com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.*"

A importância de tal decisão é imensa, considerando a vinculação que tal tese fixada terá por todo o poder judiciário. Não obstante, entendemos que tal decisão é equivocada e a modulação de efeitos gerador de maior insegurança jurídica.

No mérito e apesar de não ser a tese mais simpática, entendemos que é impossível afirmar não haver hierarquia entre essas entidades familiares (união estável e casamento).

A Constituição Federal em seu artigo 226, abriga regra abaixo transcrita:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. (grifos nossos)

Se o estado facilitar a conversão da união estável em casamento, obviamente que não se tratam de idênticos institutos jurídicos, senão desnecessária a facilitação, pelo estado, da conversão de um ao outro.

Nas palavras do autorizado Miguel Reale: *“(...) é irrecusável o primado conferido à sociedade conjugal, estabelecendo o casamento ‘comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges’. Para demonstrar a posição preeminente da sociedade conjugal, bastará observar que, segundo o § 3o do citado art. 226, deve a lei facilitar a conversão da união estável em casamento. Ora não teria sentido essa conversão para um ideal a ser atingido se o vínculo conjugal não figurasse como o da entidade familiar por excelência. Desse mandamento constitucional resulta, implicitamente, que não há igualdade absoluta de direitos e deveres entre cônjuges e companheiros, dependendo do disposto na lei infraconstitucional que é o Código Civil, o qual disciplina a matéria em três artigos distintos, os de n. 1.724, 1.725 e 1.790 (...)”* (Reale, Miguel. História do Novo Código Civil. São Paulo - Revista dos Tribunais, 2005, p. 270-272).

Barbosa Moreira em acórdão paradigma, assim se manifestou sobre o tema: *"A norma do § 3º, de maneira alguma atribui ao homem ou à mulher, em união estável, situação jurídica totalmente equiparada à de homem casado ou à de mulher casada. Ao admitir-se tal equiparação, teria desaparecido por completo a diferença entre a "união estável" não formalizada e o vínculo matrimonial. Isso, porém, é insustentável à luz do próprio texto: se as duas figuras estivessem igualadas, não faria sentido estabelecer que a lei deve facilitar a conversão da 'união estável' em casamento. Não é possível converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais: se já são iguais, é desnecessária e inconcebível a conversão"* (TJRJ, Apel. 1.123/911 -Relator Des. Barbosa Moreira).

De outro lado, com a existência de regramentos diversos, os interessados poderiam analisar a conveniência de optar pelo casamento ou permanecer em união estável. Optando pela união estável, os interessados deveriam ao seu regramento se submeter.

A decisão do STF viola a liberdade de escolha das pessoas, cada qual podendo escolher o rumo da sua própria vida, isto é, podendo ficar solteira ou constituir família, e, pretendendo constituir uma família, a pessoa pode manter uma união estável ou casar, e, casando ou mantendo união estável, a pessoa pode escolher o regime de bens que melhor lhe aprouver.

Nas palavras do Des. Walter de Almeida Guilherme (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0434423-72.2010.8.26.0000): *"Distinguir, para efeito de sucessão, o cônjuge supérstite do companheiro não atenta contra a dignidade da pessoa humana. Não rebaixa este, não o apequena humilhantemente. Não o torna alvo*

de opróbrio. Não o avilta. Não zomba de seu ser racional, convindo lembrar a concepção do homem de Immanuel Kant como um ser que existe com um fim e não como um meio. Não o impede de agir sob o influxo de um imperativo categórico, como representação de uma ação como objetivamente necessária, ainda com Kant. Não o faz, em suma, menos digno”.

Entendemos também, desacertada a regra de modulação fixada no julgamento do RE n. **878694**, pela qual o entendimento fixado em tal julgamento deveria ser aplicado a todos os inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

De início, importante destacar que a legislação brasileira adotou a regra da saisine (art. 1.784 do Código Civil), pela qual com a morte do sujeito abre-se a herança e no mesmo instante os herdeiros a adquirem, sendo o inventário e partilha procedimento obrigatório apenas para apuração do monte-mor, pagamento de credores e tributos.

Ou seja, se a herança se transfere com o falecimento, determinar a inobservância da regra contida no art. 1.790 do Código Civil a heranças transmitidas, há longo tempo, antes do recente julgamento do STF, apenas em razão dos herdeiros não terem adotado procedimentos para realizar o inventário é o mesmo que aplicar entendimento retroativo, a situações, que muitas vezes de fato já estão consolidadas.

Mais grave são os casos em que os herdeiros - e aí se inclui a companheira ou companheiro sobrevivente - estavam de acordo com a aplicação da regra do art. 1.790 CC/2002, não tendo questionado a inconstitucionalidade de tal regra, tendo sido aberto inventário, com o recolhimento do imposto de herança pelos herdeiros na proporção de seus quinhões; porém, por delonga do serviço judiciário, a partilha (fato corriqueiro no Brasil) ainda não tenha sido homologada pelo Juiz. Em tais casos, o juiz deverá intimar as partes para que apresentem novo plano de partilha de acordo com a regra contida no art. 1.824 do Código Civil, frustrando expectativas legitimamente criadas nos jurisdicionados e em muitos casos criando tensão e conflitos onde a paz e coesão já estavam garantidos.

Alguns recursos foram impetrados em face da decisão proferida pelo STJ no julgamento do RE n. 878694, sendo que dificilmente o entendimento será alterado; quanto muito será alterada a regra de modulação de efeitos; sendo que será salutar se a tese de modulação sugerida pelo Min. Barroso for melhor discutida e alterada visando minimizar os efeitos deletérios.

Por: Rodrigo Elian Sanchez