



**Destaques
desta Edição:**

Artigos Jurídicos

Não-incidência da Contribuição Previdenciária sobre os Quinze Primeiros Dias de Auxílio Doença, Férias não Gozadas e Adicional de 1/3 Incidente sobre as Férias e Auxílio Acidente.....	02
A Importância da Defesa de Direito Individual pelo Ministério Público, à Luz do Estado Democrático de Direito.....	03
Os Riscos da Licitação Pública	05
Contratos de Derivativos à Luz dos Princípios Constitucionais e Sociais sob a Égide do Novo Código Civil	05

Editorial

Prezados Leitores,

Nesta primeira edição do segundo semestre de 2009, o Informativo SCB traz somente artigos de diversas áreas do direito de empresa, que possam contribuir ou auxiliar no cotidiano das pessoas.

Mas, antes de falar um pouco sobre as questões jurídicas que serão abordadas neste "newsletter", gostaria de comunicar aos nossos clientes, fornecedores e amigos que inauguramos no mês de agosto, nova sede na cidade do Rio de Janeiro, na Rua da Assembléia nº 10 - 31º andar, conjunto 3118, no edifício Cândido Mendes.

Ao escolhermos o local, optamos pelo edifício Cândido Mendes, por se tratar de um ponto estratégico no centro da cidade do Rio de Janeiro, onde estão estabelecidos diversos escritórios de advocacia de prestígio nacional.

Com nossa sede própria na capital carioca, queremos oferecer aos nossos clientes o mesmo serviço que estamos prestando em Belo Horizonte, São Paulo, Brasília e Juiz de Fora, contando com a "expertise" de nossa equipe jurídica e administrativa.

Voltando às matérias de direito que serão abordadas neste Informativo, gostaria em primeiro lugar de parabenizar a nossa sócia Anna Emília de Sousa Leite Gaetani, com o excelente artigo de matéria tributária, aonde demonstra de forma objetiva a não-incidência da contribuição previdenciária sobre alguns auxílios e abonos pagos pelo empregador.

Outro artigo muito interessante é do jovem advogado Gabriel Lopes da Costa Oliveira, tratando da defesa de direito individual pelo Ministério Público.

O nosso consultor de direito trabalhista, Dr. Dárcio Guimarães de Andrade, mais uma vez nos honra com o seu artigo "Os Riscos da Licitação Pública", mostrando a sua grande preocupação com as inúmeras obrigações impostas pelo Judiciário Trabalhista aos vencedores da licitação pública, tornando-a perigosa, onerosa e sem atrativos.

O estagiário Renzo Brandão Gotlib, supervisionado pelo nosso consultor de direito civil, Dr. Orlando Guimarães, explica de forma clara e simples, como a "holding" pode ser um excelente instrumento de reestruturação societária, proteção patrimonial e sucessão familiar empresarial.

Por fim, a advogada Thaís Bertolini da Cruz de forma cristalina apresenta caso concreto envolvendo empresa de telefonia celular quanto ao impedimento de indenização por dano moral, quando o devedor age de forma reiterada ou seja, o mau pagador não pode se sentir moralmente ofendido pela inserção de seu nome como inadimplente em cadastros de serviços de proteção ao crédito, conforme sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 385).

Até a próxima edição e tenham uma excelente leitura.

Roberta Espinha Corrêa

ÁREA TRIBUTÁRIA

NÃO-INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE OS QUINZE PRIMEIROS DIAS DE AUXÍLIO DOENÇA, FÉRIAS NÃO GOZADAS E ADICIONAL DE 1/3 INCIDENTE SOBRE AS FÉRIAS E AUXÍLIO ACIDENTE

Autoria: Anna Emília Sousa Leite Gaetani - Sócia Área Tributária/ SCB Belo Horizonte

A contribuição previdenciária é destinada ao financiamento da garantia, pelo Poder Público, de direitos sociais aos cidadãos. O fato ensejador da contribuição previdenciária é a natureza jurídica da parcela percebida pelo empregado, já que a Constituição Federal determina que a contribuição incidirá sobre *"a folha de salários e demais rendimentos do trabalho"*.

Assim, verifica-se que esta parcela deve ter natureza salarial, ou seja, deve ser paga pelo trabalho (em decorrência do serviço prestado) e não para o trabalho (parcela que torna possível a realização do trabalho - natureza indenizatória).

Ao contrário do que vem sendo praticado pelo INSS, que entende que a contribuição previdenciária deve incidir sobre todos os auxílios e abonos pagos pelo empregador, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que alguns auxílios e abonos possuem natureza indenizatória, não podendo integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária, conforme será demonstrado a seguir.

a) Da não-incidência da contribuição previdenciária sobre os quinze primeiros dias de auxílio doença

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em diversas ocasiões, pela não incidência da contribuição previdenciária sobre os quinze primeiros dias de auxílio doença.

Conforme entendimento daquele Tribunal, a remuneração paga a título de auxílio-doença pelo período de quinze dias em que o trabalhador fica afastado do serviço não tem caráter salarial, por inexistir prestação de serviço no período. Desta forma, o valor pago pelo empregador não pode ser considerado salário, constituindo

uma verba de caráter previdenciário.

Assim, resta incontroverso o fato de que a natureza jurídica do valor pago ao trabalhador pelos quinze primeiros dias de auxílio doença é indenizatória, não incidindo sobre a referida verba a contribuição previdenciária.

b) Da não-incidência da contribuição previdenciária sobre as férias não gozadas (indenizadas) e sobre o adicional de 1/3 incidente sobre as férias

I) Das férias não-gozadas (indenizadas)

A Constituição Federal de 1988, no capítulo dedicado aos Direitos Sociais, estabeleceu como direito básico dos trabalhadores urbanos e rurais o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal (art. 7º, XVII).

A garantia de um período de descanso ao trabalhador, assegurando-lhe neste interregno a percepção de sua remuneração, visa proporcionar-lhe a reposição da energia vital, o convívio familiar, o relaxamento e a recreação.

A isenção temporária do trabalho propicia ao empregado um interstício dentro do qual lhe é lícito dedicar-se à sua própria realização enquanto ser humano, processo este imanente ao exercício espontâneo de atividades que lhe geram prazer físico ou deleite psicológico.

Por este motivo, apesar de não haver a prestação de serviço durante o período de férias, a remuneração percebida pelo trabalhador tem natureza remuneratória. Isto porque, caso deixasse de receber os seus vencimentos, seria impossível ao trabalhador cumprir o propósito da previsão constitucional do descanso anual. Desta forma, dado o caráter

remuneratório da parcela paga ao trabalhador por ocasião de suas férias, incide sobre ela a contribuição previdenciária.

Ocorre que o art. 143 da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que o trabalhador possui o direito potestativo de vender até 1/3 das suas férias. Neste caso, o valor pago pela "venda" das férias passa a ter caráter indenizatório, por tratar-se de compensação ao trabalhador que está abrindo mão de um direito seu, garantido constitucionalmente e, desta forma, sobre este valor, não deverá incidir a contribuição previdenciária.

II) Do terço constitucional

O adicional de 1/3 incidente sobre a remuneração recebida durante o período de férias previsto constitucionalmente visa proporcionar ao trabalhador recursos extras para a realização das empreitadas a que se dedique durante o período de descanso.

Assim, o terço constitucional constitui, na verdade, um reforço financeiro ao trabalhador a fim de que no período de férias possa realizar com mais desenvoltura todas as atividades a que se disponha.

Na medida em que é conferido ao terço constitucional caráter de reforço financeiro, parcela remuneratória extra, acréscimo ao salário ordinário, verificamos que o mesmo possui natureza jurídica puramente remuneratória. O fato de revelar-se uma espécie de remuneração extraordinária, verificável apenas por ocasião do gozo das férias, não lhe retira absolutamente seu caráter salarial.

No entanto, deve-se ressaltar que a natureza remuneratória do terço constitucional é verificada quando referido adicional é pago por ocasião do gozo de férias remuneradas.

Por óbvio, se o trabalhador decidir lançar mão de seu direito constante do art. 143 da CLT, de vender até 10 dias de férias, o pagamento do aludido terço, assim como das próprias férias vendidas, constituirá verba de natureza indenizatória.

Assim sendo, o terço constitucional incidente sobre verba paga pela venda do período de férias possui natureza indenizatória, não incidindo sobre ele a contribuição previdenciária.

É importante ressaltar que o cálculo do valor do terço constitucional sobre o qual não incidirá a contribuição previdenciária deve ser feito considerando-se como base de cálculo apenas o valor referente à venda das férias, uma vez que sobre o terço

constitucional incidente sobre a remuneração paga pelo período de férias gozadas incide a contribuição previdenciária, dado o seu caráter remuneratório.

c) Da não-incidência da contribuição previdenciária sobre o auxílio-acidente

O auxílio-acidente, previsto pelo art. 86 da Lei nº 8.213/91, tem por objetivo reparar o trabalhador da redução permanente de sua capacidade laborativa, em virtude de infortúnio que venha a sofrer. Possui duração vitalícia, podendo ser acumulado com o trabalho ou aposentadoria ou, ainda, com outro auxílio-acidente, no caso de sofrer novo infortúnio. Desta forma, cristalina a sua natureza compensatória.

Não fosse isso, o próprio art. 86 da Lei nº 8.213/91 reconhece a natureza indenizatória do referido benefício, conforme depreende-se de

seu *caput* transcrito abaixo:

“Art. 86 - O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.” (grifamos)

Portanto, conforme já explicitado no item 2, dado o caráter indenizatório do auxílio-acidente, não incide, sobre as parcelas pagas a este título, a contribuição previdenciária.

d) Conclusão

Por todo o exposto, concluímos que para aferir a incidência da contribuição previdenciária sobre as diversas parcelas pagas pelo empregador, faz-se necessário analisar cada caso isoladamente, a fim de se determinar a natureza jurídica da parcela em questão.

A IMPORTÂNCIA DA DEFESA DE DIREITO INDIVIDUAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Autor: Gabriel Lopes da Costa Oliveira - Advogado Área Tributária SCB Belo Horizonte

O Estado Democrático de Direito ergue-se sobre determinado rol de direitos que o legitimam. Esses direitos, não importa sejam individuais, ultrapassam os limites do interesse particular e devem ser resguardados pelo Estado.

A evolução do processo, no momento em que é reconhecido como instrumento para se alcançar os escopos jurídicos, sociais e políticos, favoreceu a proteção de interesses transindividuais. A inobservância a esses interesses passou a ser conhecida e solucionada pelo Judiciário e, por conseguinte, os caminhos da sociedade vão sendo traçados com legitimidade. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover:

... os processualistas de última geração estão hoje envolvidos na crítica sociopolítica do sistema, que transforma o processo, de instrumento meramente

técnico, em instrumento ético e político de atuação da Justiça substancial e garantia das liberdades. Processo que passa a ser visto na total aderência à realidade sociopolítica a que se destina, para o integral cumprimento da sua vocação primordial, que é a efetiva atuação dos direitos materiais. Todo o sistema processual passa assim a ser considerado como instrumento indispensável para atingir os escopos políticos, sociais e jurídicos da jurisdição; e a técnica processual, como meio para a obtenção de cada um destes objetivos (Grinover apud Lenza, 2003, p. 121).

A evolução da acepção de direito, por sua vez, permitiu que o ser humano fosse reconhecido como sujeito de direito, em substituição a

indivíduo determinado, conferindo-se proteção jurídica a interesses difusos, em outras palavras, transformando-os em bem jurídico protegido pelo Direito.

O que se propõe é que tais interesses (difusos), além de direitos indivisíveis, ligados por situação de fato, sejam também aferidos a partir de uma análise das conseqüências sociais do desrespeito a direito individual.

Desta feita, edifica-se a idéia de que o Ministério Público, em consonância com sua função institucional, deve proteger os direitos basilares do Estado, ainda que se trate de direito individual, possuindo legitimidade para agir por meio da Ação Civil Pública em defesa deles.

Todavia, na prática dos Tribunais, há certa resistência para admitir que um direito individual possa ser tutelado pelo *Parquet*, como AÇÃO

CIVIL PÚBLICA. MINIS-TÉRIO PÚBLICO. LEGITIMI-DADE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MENOR.CARENTE.

1. Na esteira do artigo 129 da Constituição Federal, a legislação infraconstitucional, inclusive a própria Lei Orgânica, preconiza que o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para propor ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, como regra. Em relação aos interesses individuais, exige que também sejam indisponíveis e homogêneos. No caso em exame, pretende-se que seja reconhecida a sua legitimidade para agir como representante de pessoa individualizada, suprimindo-se o requisito da homogeneidade.

2. O interesse do menor carente deve ser postulado pela Defensoria Pública, a quem foi outorgada a competência funcional para a "orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados na forma do art. 5º, LXXIV". Não tem o Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública, objetivando resguardar interesses individuais, no caso de um menor carente.

3. Recurso especial improvido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp. 664139/RS, Rel: Castro Meira, DJ: 20/06/05, P. 222).

O entendimento fere a Constituição Federal. Em verdade, o art. 129 do diploma legal em evidência vaticina:

São funções institucionais do Ministério Público:

III- Promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

A Lei 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública, por sua vez, elenca como objeto da tutela coletiva, no art. 1º, inc. IV, a lesão "a qualquer outro INTERESSE difuso ou coletivo" (destaque nosso), após citar a lesão ao meio ambiente, ao consumidor, dentre outros.

Nesse ponto, impende salientar que interesse não é sinônimo de direito. O doutrinador Pedro Lenza, sem conferir maior relevância à distinção, a reconhece:

Não se chega a ponto de dizer que, teoricamente, interesses e direitos são utilizados como sinônimos. Buscando um sentido à redação dada ao art. 81. parágrafo único, do CDC, que fala em proteção de interesses ou direitos, não se crê tratar-se de uma mesma situação. No entanto, apesar de se distinguir no plano teórico, direitos e interesses, no plano prático, a partir do momento em que os aludidos interesses passam a ser tutelados juridicamente pelo sistema, surge o direito. Nesse sentido, inexistiria razão para diferenciá-los, porquanto indiscutível a aproximação entre os dois institutos. Abstraindo-se, na tentativa (às vezes inútil) de distingui-los, sugere-se que se trata da mesma "alma", em "corpos" distintos (Lenza, 2003, p..50).

Assim, através de uma interpretação sistemática, conclui-se que o direito individual à saúde ultrapassa o interesse particular, sendo interesse difuso segundo a concepção que ora se propõe. Tanto é assim que foi elevado à condição de direito constitucional, ou seja, de direito basilar do Estado: " Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

Certo é que o papel do MP-Estado, no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito, é atuar para que não haja lesão aos direitos fundamentais (que sustentam e legitimam o próprio Estado), para

fazê-la cessar ou buscando, na medida do possível, a reparação e, por fim, a punição dos responsáveis pela ilegalidade.

O MP, chamado de "guardião da lei", é esperança do povo oprimido, excluído, sem terra, sem voz, do injustiçado que se vê sem força para se defender quando confrontado com os gigantes grupos econômicos, do desanimado que cede ao poderoso político e/ou econômico, nacional ou internacional. É, enfim, um dos responsáveis pela luta contra o atropelamento de direitos fundamentais.

Com efeito, no Estado Democrático de Direito, é fundamental a existência de meios para se garantir a aplicabilidade do ordenamento jurídico, sobretudo dos direitos fundamentais. Aliás, o próprio acesso à Justiça, em seu mais amplo sentido, é direito fundamental.

O Estado, em tal paradigma, não permanece (pelo menos, não deveria permanecer) apático, mero expectador da atuação das forças sociais, ao contrário, persegue a efetiva vivência dos direitos fundamentais.

De maneira nenhuma se defende aqui que a solução para o caos seja o MP. Mas é importante que se reconheça que o órgão ministerial é a presença do Estado ao lado dos interesses do corpo social, garantindo a efetividade da Constituição, em última análise, a realização daquilo que o povo tem como justo.

Quando algum dos direitos basilares não está sendo observado, o Estado Democrático de Direito entra em crise e o *Parquet* deve provocar o Judiciário, inerte, para que este atue, de forma que seja realizada a promessa contida na lei.

Final, a frase do saudoso Dom Helder Câmara, apesar de pronunciada em outro contexto, vem a calhar: "a força do Direito há de vencer o pretense direito da força".

ÁREA TRABALHISTA

OS RISCOS DA LICITAÇÃO PÚBLICA

Autoria: Professor Dárcio Guimarães de Andrade - Consultor SCB Belo Horizonte

O Poder Público, de modo iterativo, abre licitações, com base na lei 8666/93, para que os interessados, mediante contrato, passem a explorar atividades eminentemente do decantado Poder. Fala-se que o Poder Público só deve se dedicar às suas atividades precípuas de saúde, segurança, educação, delegando as demais, visto que não se acha devidamente habilitado.

O Poder Público não sabe administrar hotéis, restaurantes, churrascarias, transportes, cadeias, etc. Abre-se, pois, com supedâneo na Lei 8666/93, a licitação, com expedição de longos editais, podendo concorrer os interessados, logicamente submissos ao edital, regra basilar da licitação.

A empresa, saindo-se vencedora na árdua disputa, inicia suas atividades, passando, por exemplo, a explorar o hotel e a linha de ônibus, aproveitando o pessoal da antiga concessionária ou com seu próprio pessoal e estabelecendo suas regras de empregador. Aí começa sua agonia, tristeza e decepção, porque a Justiça do Trabalho, mesmo sem a transferência de propriedade do bem público, aplica os vetustos artigos 10 e 448/CLT, passando o novo concessionário a sucessor para todos os efeitos, arcando com ônus de pagar dívidas trabalhistas de quem nunca lhe prestou serviços.

Com tantas obrigações impostas pelo Judiciário Trabalhista, a participação em licitação pública é perigosa, onerosa e sem atrativos. Com efeito, o art. 10 da CLT estabelece que "Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados".

Ora, no caso de vencedor na licitação para exploração de linha de ônibus, inexistente alteração jurídica na ex-concessionária, nem na vencedora, que poderá ser - ou não - empregadora. Assim ações trabalhistas contra empregados da antiga concessionária poderão ser executadas contra a atual concessionária, porque a lei 8666/93 NADA LHE GARANTE. E o pior: ter que pagar até verbas rescisórias de quem nunca lhe prestou um só minuto de labor!

Já o art. 448/CLT prevê: "A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados". Mesmo a nova concessionária tendo outra intitulação, outros sócios, CNPJ, capital e endereço, arcará com a sucessão total. Não adianta firmar acordo coletivo do trabalho com o Sindicato profissional, porque a Justiça, em que pese a recomendação de prestigiar o instrumento normativo, como manda o art. 7º, XXVI/CR/88, não lhe dá o menor valor.

Na realidade, participar de uma licitação, sair vitoriosa e iniciar suas atividades, não enseja nada de bom para a novel concessionária, visto que só terá dissabores, decepções e prejuízos. A Lei 8666/93, infelizmente, não assegurou nenhuma garantia ao vencedor da licitação pública, só lhe impondo ônus. E o pior: a Justiça Laboral, reiteradamente, dá a sucessão, não aceitando a forte argumentação da nova concessionária de que não houve transferência de propriedade.

Logo, a vitória na licitação pública só trará, em pouco tempo, dissabores ao vitorioso. Dita vitória terá o sabor de derrota.

Pensem bastante antes de participar de licitação pública! O Art. 71 da Lei 8666/93 estabelece a responsabilidade trabalhista de seus empregados, contratados para execução do contrato com o Poder Público. A Justiça do Trabalho, contudo, elastece a obrigação, agindo como legisladora, em ilegal invasão de competência.

O pretório trabalhista está lotado de ações punitivas da nova concessionária, argumentando-se que não existe a denúncia da lide da antiga concessionária. Pagar débitos trabalhistas de quem nunca lhe prestou serviços, constitui um, d.v., má prestação jurisdicional. Portanto, toda atenção ainda é pouca ao participar de uma licitação pública.

ÁREA CÍVEL

CONTRATOS DE DERIVATIVOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SOCIAIS SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Autoria: Renzo Brandão Gotlib - Estagiário Área Cível/Comercial SCB Belo Horizonte

Revisão: Dr. Orlando M. T. Guimarães Junior - Consultor SCB Belo Horizonte

Não há dúvidas que neste exato momento, o mercado financeiro e de capitais está instável, provocando turbilhões em todos aqueles que investiram ativos financeiros (dinheiro,

ações ou títulos), ou, que de certa forma, dependem desse jogo financeiro.

Recentemente, com a explosão

da crise internacional, vieram à tona diversas discussões acerca dos "contratos de derivativos", vez que boa parcela das médias e grandes empresas vinha se utilizando de tal prática.

Chamado por todos de um “Tipo de Aposta”, os contratos de derivativos são valores vinculados às mudanças de preços dos valores mobiliários a que estão atrelados, ou seja, operações financeiras que derivam de um determinado ativo e que são realizadas no mercado futuro ou de opções.

No atual desajuste financeiro, várias sociedades empresárias estão pagando o preço por terem firmado com os bancos esta espécie de contrato.

Essas operações vêm fazendo ao longo da crise diversas vítimas, motivo pelo qual aumentaram as demandas no judiciário. Acontece que, não há jurisprudência sobre essa espécie de contrato em nosso ordenamento pátrio e os precedentes existentes anteriormente sobre prejuízos oriundos de desvalorização cambial ainda não foram julgados sob a égide do novo Código Civil.

Apesar disso, podemos aplicar algumas teorias em busca de uma solução, evitando a quebra ou falência das empresas que hoje passam por esse tormento financeiro.

A boa-fé objetiva, a função social do contrato e a teoria da imprevisibilidade, são algumas das teorias das quais devemos utilizar *in casu*.

Em apertada síntese, podemos definir boa-fé objetiva como um padrão de comportamento considerado leal pela sociedade, uma regra de conduta que implica em uma relação de confiança mútua. É oportuno ainda mencionarmos que a boa-fé objetiva possui as seguintes funções: interpretativa, corretiva, limitativa e supletiva.

A teoria da imprevisão, ou *rebus sic stantibus*, autoriza a revisão do contrato quando ocorrem acontecimentos novos, imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, repercutindo sobre a economia ou na execução do contrato. Isto é, são acontecimentos extraordinários que alteram a economia do contrato, lesando seu equilíbrio.

Hoje, após reiterados julgamentos dos tribunais e, principalmente com o advento do novo Código Civil (2002), não mais se aplica aos contratos, de forma pura e simples, o princípio do “*pacta sunt servanda*”, embora ainda se mantenha firme a assertiva decorrente dos primórdios do Direito de que contratos são feitos para serem cumpridos na forma dos pactos nele inseridos. Para a desconstituição ou alteração de um contrato é de estar comprovado, inequivocamente, o desequilíbrio das condições anteriormente pactuadas, causado por fatores supervenientes imponderáveis para as partes; deve se revelar nítida a desproporção entre as prestações contratuais em virtude da exploração de um contratante por outro.

Compreenderam os tribunais e os doutrinadores que o contrato deve ser dinâmico, amoldando-se as condições novas supervenientes a sua celebração. E, para que assim seja, há de afastar a onerosidade excessiva que surja no contrato por decorrência de fatos estranhos a vontade das partes, pela **IMPREVISÃO**. É o que se infere da teoria da imprevisão (cláusula “*rebus sic stantibus*”). Esta mitiga o princípio geral do “*pacta sunt servanda*”, permitindo a revisão do contrato na ocorrência de um fato anormal que o faça se afastar do curso ordinário das coisas e diante da imprevisibilidade de uma das partes.

Assim, no caso em comento, há certeza da aplicabilidade da interpretação corretiva, uma vez que esta procura resolver eventuais desequilíbrios que venham a aparecer na relação jurídica, buscando, assim, manter o equilíbrio contratual.

Portanto, por se tratar de revisão por imprevisibilidade nos contratos onerosos e bilaterais, de trato sucessivo ou de execução futura, quando ocorre a uma das partes onerosidade excessiva, gerando lesão objetiva por fato imprevisível, verifica-se a possibilidade de reaver o equilíbrio do negócio jurídico.

Apesar do princípio *pacta sunt servanda*, a teoria da imprevisibilidade nos termos do artigo 478 do Código

Civil, prevê cláusula implícita em todos os contratos no sentido que, se as condições externas à época da contratação fossem consideravelmente alteradas, o vínculo contratual poderia ser revisto e resolvido.

Devemos, então, tratar a crise financeira como evento extraordinário e imprevisível, mesmo levando em conta que “desequilíbrio econômico-financeiro” e “crise econômico-financeira mundial” são conceitos dotados de um profundo subjetivismo.

Já a função social estatui que o contrato não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano às partes ou a terceiros. É inadmissível sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, já que ele exerce função social inerente ao poder negocial. É necessário que se atribua ao contrato uma função social, a fim de que ele seja utilizado em benefício dos contratantes e sem conflito com o interesse público.

O equilíbrio contratual deve ser preservado em todas as relações negociais, entretanto, como se constata em diversos contratos de derivativos, verifica-se a existência de limitador de risco somente para as instituições financeiras, ocasionando-se por óbvio o desequilíbrio econômico da operação.

Forma-se através do exposto acima, linha de defesa coesa e concreta para solução de conflitos oriundos de operações com derivativos, constatando a possibilidade jurídica de ingresso ao judiciário na busca da tutela jurisdicional para rever os contratos suspendendo seus efeitos, ou, ao menos limitando a variação das taxas cambiais indexadoras neles inseridas.

Diante dos instrumentos trazidos à baila, fica nítido que os princípios contratuais constitucionais e sociais, tais como função social, boa-fé e boa-fé objetiva são, hoje, essenciais para a busca do equilíbrio do negócio jurídico.

CONDUTA REITERADA DE DEVEDOR IMPEDE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - BREVE EXAME DE CASO CONCRETO ENVOLVENDO EMPRESA DE TELEFONIA

Autoria: Thaís Bertolini da Cruz, advogada área cível/consumerista SCB Belo Horizonte

No mês de maio de 2009, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 385, impedindo o arbitramento de indenização por danos morais àqueles que recorrem ao Judiciário para obter referida reparação em razão da inscrição do nome no cadastro de inadimplentes.

O inteiro teor da nova súmula preceitua que: "Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento". Significa que quem já é registrado como mau pagador não pode se sentir moralmente ofendido pela inserção de seu nome como inadimplente em cadastros de serviços de proteção ao crédito.

Serviu como precedente para edição da súmula, o Recurso Especial do Rio Grande do Sul (RESP 1.002.985/RS) em que a consumidora ajuizou ação de reparação por danos morais contra a Câmara de Dirigentes Lojistas de Porto Alegre por ter sido cadastrada sem prévia notificação. Em decisão da lavra do Ministro Ari Pargendler, o STJ entendeu que mesmo descumprindo o dever de comunicação previsto no artigo 43, §2º do Código de Defesa do Consumidor¹, a Câmara não deveria pagar indenização diante da permanência de outros registros contra a consumidora.

Outro caso paradigma para a formulação da súmula, também do

Rio Grande do Sul, foi o RESP 1.008.446, sob relatoria do Ministro Aldir Passarinho, em que um consumidor ajuizou ação em desfavor do Serasa, por ter o nome inscrito no banco de dados, também sem prévia comunicação. O consumidor possuía uma dívida de R\$33,23 junto ao Cartório de Guarulhos/SP e outra de R\$519,00 junto à empresa Ponto Frio, em Porto Alegre/RS. Foi-lhe negada a pretensão de receber indenização por danos morais, em razão de sua conduta reiterada de inadimplência.

Importante destacar que a notificação prévia, a qual faz referência o artigo 43, §2º do Código de Defesa do Consumidor, é dever atribuído à instituição mantenedora do cadastro onde será inscrito o nome do devedor inadimplente, e não da pessoa física ou jurídica, no caso, credora, que solicita a negativação do nome daquele junto ao cadastro de restrição ao crédito. Neste sentido é a súmula 359, também do STJ, que dispõe que "cabe ao órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição."

Tecidas estas considerações, passaremos a breve exame do caso concreto em que a BCP Telecomunicações S/A, denominada Claro telefonia celular, foi parte em ação judicial na Comarca de Belo Horizonte/MG, cujo objeto envolveu a aplicação da súmula 385 do STJ.

O consumidor ajuizou ação que tramitou na 3ª vara cível daquela comarca, pleiteando danos morais cumulado com repetição de indébito, ao fundamento de que a empresa Claro teria enviado seu nome indevidamente a cadastro restritivo de crédito, mesmo após ter cancelado serviço de telefone celular que sequer chegou a usar, não tendo nem mesmo lhe sido entregue o aparelho, de modo que pudesse justificar a cobrança de faturas. A defesa apresentada pela empresa Claro negou a prática de ato danoso, ou qualquer ofensa à honra do consumidor capaz de dar ensejo aos aludidos danos morais, atribuindo a ele conduta negligente, haja vista que não questionou o recebimento das faturas tampouco quitou a dívida, requerendo a improcedência dos pedidos autorais porque o fato se trata de mero dissabor.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a empresa Claro ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R\$5.000,00, não reconhecendo o direito a repetição de indébito, posto que o consumidor não quitou nenhuma fatura. Não se conformando com a sentença, a Claro apresentou recurso de apelação ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais/TJMG², alegando inexistência de irregularidade nas cobranças, tendo agido no exercício regular de seu direito ao requerer a negativação do nome do consumidor. Também asseverou que não foi

¹ Art.43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. (...)

² A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele.

considerado pelo juiz sentenciante o fato de o consumidor já possuir diversos apontamentos nos cadastros de restrição ao crédito. O consumidor, não satisfeito com o valor dos danos morais arbitrados, também interpôs apelação adesiva pretendendo a majoração do valor fixado.

O Desembargador Duarte de Paula, relator do acórdão, em um primeiro momento, negou provimento à apelação da empresa Claro e deu provimento ao recurso adesivo do consumidor para majorar o dano moral para R\$8.000,00. Todavia, a Desembargadora revisora Selma Marques, divergiu do voto do relator, por entender que foi comprovado nos autos, pela empresa, que o consumidor fora notificado, via correspondência, de que seu nome seria incluído nos cadastros de inadimplentes. Ausentes o questionamento sobre o débito e demonstração de sua quitação, aliados à existência de inúmeras inscrições anteriores junto ao cadastro de restrição ao crédito, "não há falar na repercussão moral no íntimo do autor, a ponto de gerar o direito indenizatório." Com estas considerações, a revisora deu provimento ao recurso da empresa Claro, para reformar a sentença de primeiro grau, julgando prejudicado o apelo adesivo do consumidor. Seu

voto foi acompanhado pelo vogal, Desembargador Fernando Caldeira Brant.

Ao final da explanação do voto da revisora e do vogal, o Desembargador relator então reposicionou seu entendimento reconhecendo a imperiosidade da aplicação da nova súmula 385 do STJ, entendendo que "o fato de haver inscrições anteriores não mais permite o entendimento que sufragava no tocante à responsabilidade objetiva da empresa prestadora de serviços de telefonia, por configuração do dano moral... em havendo, no caso em análise, prova de inscrições anteriores, não resta outra alternativa, senão dar provimento ao recurso principal, julgar improcedente os pedidos iniciais...".

Feitas essas considerações acerca do caso concreto em questão, é possível concluir que a súmula 385 do STJ veio coibir o enriquecimento ilícito do devedor contumaz sendo, portanto, impossível presumir que tenha ele experimentado qualquer sentimento vexatório, humilhante ou anormal, porque a situação de inadimplência lhe seria comum ante a existência de outras restrições de seu nome nos órgão de proteção ao crédito.

² TJMG. Apelação Cível n. 1.0024.07.429724-3/001. Des. Relator Duarte de Paula. Julgamento 15.06.2009.

EXPEDIENTE



SETTE CÂMARA,
CORRÊA E BASTOS
ADVOGADOS ASSOCIADOS

Distribuição gratuita para clientes, profissionais do direito, dirigentes empresariais e lideranças em geral.

Os autores dos artigos são advogados membros do Sette Câmara, Corrêa e Bastos Advogados Associados e se encontram à disposição dos leitores para esclarecer qualquer dúvida à respeito das matérias tratadas.

As opiniões externadas são pessoais e não do escritório.

Atendimento ao leitor:

ombudsman@scbadvogados.adv.br

Produção Gráfica:



Materializando Idéias
www.halt.com.br

Tiragem:

1.000 exemplares



SETTE CÂMARA,
CORRÊA E BASTOS
ADVOGADOS ASSOCIADOS

Belo Horizonte

Rua Bernardo Guimarães, 67 - Funcionários - MG - 30140-080
Telefone: 31-2138.7000

Juiz de Fora

Rua Marechal
Deodoro, 541
Sala 406
Centro
CEP: 36013-001
Telefone: 32-3214-8150

São Paulo

Av. Angélica, 2.510
7º andar
Edifício Old England
Higienópolis
CEP: 01228-200
Telefone: 11-3883-7373

Brasília

SRTVS - Quadra 701 - Bloco O
Conjunto 545
Asa Sul Edifício
Novo Centro Multiempresarial
CEP: 70340-000
Telefone: 61-3221-9200

Rio de Janeiro

Rua da Assembléia, nº10,
31º andar, conj. 3118,
Ed. Cândido Mendes
Centro - Rio de Janeiro/RJ
CEP: 20011-901
Telefone: 21-2224-9970