

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 412

(ano VII)

(05/08/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

# Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -  
**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**  
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em  
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional  
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE  
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos  
de experiência. Especialista em Direito  
Processual Civil Internacional. Professor  
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:  
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA  
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito  
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e  
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):  
Advogado em São Paulo (SP). Especialista  
em Direito Tributário e em Direito Financeiro  
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO  
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências  
Jurídicas e Sociais pela Universidad del  
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.  
Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLONISTA DO DIA



05/08/2015 Roberto Monteiro Pinho

» [Processo trabalhista custa ao país R\\$ 3.250/ano](#)

### ARTIGOS

05/08/2015 Fernanda Iatarola Barbosa Dias

» [Judicialização da Saúde](#)

05/08/2015 Clarissa de Carvalho Freire Falcão

» [O patrimônio de afetação nas incorporações de imóveis residenciais e a impenhorabilidade de créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias no novo CPC](#)

05/08/2015 Maiara Martim Mattiusso

» [As hipóteses de justa causa do Art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho](#)

05/08/2015 José Henrique Araujo dos Santos

» [Recuperação judicial de empresas: importância e procedimento](#)

05/08/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [O Reconhecimento ao Acesso à Energia Elétrica como Direito de Segunda Dimensão](#)

## PROCESSO TRABALHISTA CUSTA AO PAÍS R\$ 3.250/ANO

ROBERTO MONTEIRO PINHO: Foi diretor de Relações Internacionais da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), editor do Jornal da Cidade, subeditor do Jornal Tribuna da Imprensa, correspondente internacional, juiz do trabalho no regime paritário, tendo composto a Sétima e Nona Turmas e a Seção de Dissídios Coletivos - SEDIC, é membro da Associação Brasileira de Imprensa - ABI, escritor, jornalista, radialista, palestrante na área de RH, cursou sociologia, direito, é consultor sindical, no setor privado é diretor de RH, especialista em Arbitragem (Lei 9.307/96). Membro da Associação Sulamericana de Arbitragem - ASASUL, Membro do Clube Jurídico do Brasil, titular da Coluna Justiça do Trabalho do jornal "Tribuna da Imprensa" do RJ, (Tribuna online), colunista da Tribuna da Imprensa online), no judiciário brasileiro, através de matérias temáticas, defende a manutenção, modernização e a celeridade na Justiça do Trabalho, escreve em 48 dos principais sites trabalhistas, jurídicos e sindicais do País.

*(...) A Emenda Constitucional 45/2004 inseriu no artigo 5º, da Constituição Federal, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Mas não temos a resposta que precisamos e a quem reclamar?*

Asfixiada pela leniência a justiça laboral definha, neste ano de 2015, o reflexo são as audiências marcadas para o primeiro trimestre de 2016. Os números mostram o quadro debilitado. De acordo com o levantamento feito pelo Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça brasileiro (CPJus) – do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), indica entre outros que média, (dados de 2013), os juízes federais julgaram

2.435 processos no ano, acima da média geral do País – 1.766 processos. Os juízes trabalhistas tiveram o desempenho mais baixo – 1.198 ações julgadas em média por ano contra 1.666 dos magistrados estaduais. De cada 100 processos que tramitavam na Justiça Trabalhista em 2013, 51 foram baixados. Na Justiça Federal, o percentual foi de 33% e na Justiça Estadual, de 25%. Na Justiça do Trabalho, o custo médio/anual é de R\$ 3.250,08.

Por mais que se critique o judiciário, e seus atores admitam que estejam em dificuldades para encontrar a solução para o caos que se instalou nos tribunais do país, é necessário então, que o governo encontre uma solução, sem que juízes e servidores exerçam junto aos legisladores, o caráter intervencionista, conforme vem ocorrendo. É fácil chegar a essa conclusão, por conta das inúmeras propostas lançadas pelo judiciário no legislativo, onde novas leis e emendas, *data venia*, não arrefeceu a demanda e sequer solucionou o entrave jurisdicional. Faço lembrar, que os judiciários federal e estadual tiveram a implantação dos Juizados Especiais (Lei 9099/95), o trabalhista o Rito Processual Sumaríssimo – RP S(lei nº 9.957/00) que trouxe alterações no texto da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com a inserção dos seguintes artigos: 852-A a 852-I, 895,

§ 1º, I e II e § 2º, 896, § 6º, 897-A. Forma destorcida, para evitar que a especializada também não ganhasse o seu Juizado Especial Trabalhista?

**A Justiça do Trabalho é também o ramo com o maior percentual do orçamento comprometido com o pagamento de servidores. Do total da despesa dos tribunais trabalhistas, 92,7% destinam-se ao pagamento de salários e benefícios. Na Justiça Federal, o percentual é de 90,9%; na Justiça Estadual, 88,1% dos gastos são com recursos humanos.**

Uma pesquisa realizada na segunda quinzena de julho de 2012 pelo Instituto Sensus, e divulgada pela Confederação Nacional dos Transportes (CNT), mostrou uma nova realidade sobre o judiciário laboral. Para 36,4% dos entrevistados, a reforma trabalhista ainda era a maior prioridade. A reforma política ficou como segunda com 19,3%. A reforma da Previdência com 12% dos entrevistados. Em seguida estão as reformas do judiciário (11%), tributária (10%) e agrária (6,8%). A pesquisa ouviu 2 mil pessoas nas cinco regiões do país e em 20 unidades da Federação. De fato a legislação brasileira, onde se inclui a trabalhista, principalmente em

relação às regras processuais, não se modernizou na mesma velocidade em que a conscientização da população brasileira sobre seus direitos. A Emenda Constitucional 45/2004 inseriu no artigo 5º, da Constituição Federal, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Mas não temos a resposta que precisamos e a quem reclamar?

Este instituto foi idealizado pelos legisladores para que o juiz reflita o que tem feito para dar uma resposta aos jurisdicionados, a blindagem do judiciário não é salutar para o processo do pacto Republicano, a falta de transparência e interação do juiz com a sociedade empobrece a todos, e os fazem suspeitos de forma genérica das tantas denúncias de ilícitos. Quando tratamos aqui com severidade esses desarranjos, e sabemos que estamos acompanhados por uma massa de formadores de opinião, e que a matéria é postada nas redes sociais e nos principais sites jurídicos do país, com referência de um posicionamento ímpar, isso só nos leva ter mais responsabilidade para cobrar e apontar as injunções que ai está exposto.

## JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

**FERNANDA IATAROLA BARBOSA DIAS:**  
Graduada em Direito pela Universidade  
Presidente Antônio Carlos -  
UNIPAC/BARBACENA. Oficiala de Justiça -  
TJMG 2003/2010. Analista do Ministério  
Público de Minas Gerais 2010.

**RESUMO:** O Estado brasileiro atualmente encontra-se sob uma crescente insurgência dos cidadãos através do Poder Judiciário para garantia de seus direitos fundamentais, notadamente o da saúde. A judicialização da saúde em nosso país surgiu no início da década de noventa com a efetiva exposição dos casos de contaminação por HIV/AIDS. Desde então o judiciário tem sido cada vez mais acionado para satisfação dos direitos sociais, na maioria das vezes através de ações individuais. Destaca-se dentre os feitos ajuizados pelos usuários os que buscam por medicamentos, que constituem grande parte dos casos apresentados. Embora as ações e serviços públicos de saúde sejam prestados pelo Sistema Único de Saúde é certo que o Estado tem se mostrado ineficiente para satisfação das necessidades sociais, agindo de maneira omissa ou até mesmo oferecendo terapêuticas ineficazes aos agravos de saúde apresentados. O Estado para se defender das demandas tem se valido da Teoria da Reserva Possível sob a alegação de que as necessidades sociais são ilimitadas e os recursos orçamentários são escassos. Contudo, conforme entendimento da Suprema Corte, o poder público não pode se valer de tal premissa sob pena de desrespeito aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana, salvo situações de comprovada exaustão financeira, que serão analisadas



no caso concreto. Nesse mesmo diapasão o Poder Judiciário não tem se furtado à missão constitucional e, via de regra, tem deferido as pretensões dos usuários em face do Estado, inclusive através da antecipação de tutela, em que pese as cautelas adotadas pelos Magistrados no sentido de exigir a comprovação da urgência da demanda e do agravo de saúde suportado e a insuficiência ou a ineficácia das ações e serviços de saúde oferecidos pelo SUS.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Judicialização da Saúde. Estado. Sistema Único de Saúde.

---

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 ao dispor sobre os direitos e garantias fundamentais elenca, dentre outros, os direitos e deveres individuais e coletivos e os direitos sociais.

Bem assim preleciona a Carta Magna:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Art. 6º São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, 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.

Ainda no que tange ao direito à saúde a Constituição Federal ao disciplinar a ordem social o faz em seção específica, correspondente aos artigos 196 a 200, merecendo destaque:

**Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

**Art. 197.** São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Bem assim conforme se vislumbra do texto constitucional o Estado assumiu a responsabilidade de prestação dos serviços públicos de saúde, tendo garantido a todos aos cidadãos o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nessa seara de entendimento o mestre Paulo Lenza destaca:

Como se sabe, a doutrina aponta a dupla vertente dos direitos sociais, especialmente no tocante à saúde, que ganha destaque, enquanto direito social, no texto de 1988: a) natureza negativa: o Estado ou terceiros devem se abster de praticar atos que prejudiquem terceiros; b) natureza positiva: fomenta-se um Estado prestacional para implementar o direito social. (LENZA, 2009, p.759)

No Brasil a assistência à saúde é prestada através do Sistema Único de Saúde – SUS, regulamentado através da Lei 8080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, que elenca entre seus princípios a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de complexidade e a integralidade da assistência.

Contudo relevante questão se apresenta no momento em que Estado deixa de fornecer aos cidadãos a devida assistência à saúde em quaisquer de suas vertentes, a exemplo de medicamentos, internações, cirurgias, consultas especializada e outros.

A partir do surgimento da desassistência os cidadãos, notadamente os menos favorecidos financeiramente, buscam por socorro junto ao Poder Judiciário, através de ações individuais e até mesmo de ações coletivas, propostas por provocação dos órgãos competentes, tais como o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Com o surgimento das demandas perante o Poder Judiciário passou-se a adotar a recorrente expressão *Judicialização da*

*Saúde*, dando início a discussões acerca das conseqüências das decisões judiciais dentro do sistema público de saúde.

Nesse diapasão observa-se que muito se tem falado a respeito da Teoria da Reserva do Possível, contudo sobram questionamentos quanto à sua legitimidade frente aos comandos constitucionais que disciplinam a matéria.

Lado outro, constata-se que cada vez mais os cidadãos buscam a guarida judicial para implementar seus direitos e terem acesso às ações e serviços públicos de saúde de que necessitam e que o Estado insiste em ignorar.

Dentro do universo judicial o Estado insurge-se, no mais das vezes, em sob alegação de desrespeito ao princípio da separação dos poderes, bem como sob o argumento de que a indevida interferência judicial acarretará danos à coletividade vez que para atendimento das demandas judiciais individuais resta prejudicado o interesse coletivo e a programação administrativa estabelecida.

Dessa feita, pretende-se no curso deste trabalho analisar a questão envolvendo a *Judicialização da Saúde* nos seus aspectos positivos e negativos, passando por uma análise das garantias constitucionais, da estruturação do sistema público de saúde, dos meios de acesso à Justiça para garantia do direito à vida e à saúde e da Teoria da Reserva do Possível.

Ademais não se pode perder de vista que o direito à vida é o direito fundamental por excelência haja vista que sua ausência

inviabiliza o gozo de quaisquer outros direitos constitucionalmente garantidos.

Noutro giro, considerando as constantes notícias envolvendo a malversação de recursos públicos da área da saúde, não se pode olvidar da necessidade da tutela judicial para garantia dos cidadãos frente a um Estado muitas vezes ineficiente.

Nessa seara de entendimento o presente estudo volta-se a analisar os diversos aspectos envolvendo a questão da *Judicialização da Saúde* merecendo destaque o fato de que é o próprio Estado que elenca os medicamentos a serem oferecidos pelo sistema único de saúde, assim como contratualiza com hospitais e clínicas para realização de procedimentos e exames, muitas vezes alheio à realidade e necessidade social.

Pontofinalizando, não há que se falar em indevida ingerência judicial na seara administrativa na medida em que, em que pese a organização estatal do sistema público de saúde, nenhuma norma administrativa tem condão de contrariar os comandos constitucionais garantidores dos direitos fundamentais.

## **I - DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A Constituição Federal de 1988 dedica seu título II aos Direitos e Garantias Fundamentais, disciplinando-os em cinco categorias: direitos individuais e coletivos (capítulo I), direitos sociais (capítulo II), direitos de nacionalidade (capítulo III), direitos políticos (capítulo IV) e direitos relacionados à participação em partidos políticos e à sua organização (capítulo V).

Observa-se que a Carta Magna adotou a sistemática de utilização do termo direitos fundamentais como gênero, que abrange as espécies dos direitos individuais, coletivos, sociais, nacionais e políticos.

A maioria da doutrina aponta como origem dos direitos fundamentais a Magna Carta Inglesa do ano de 1215, contudo essa se limitou a assegurar poder político aos barões mediante a restrição de poderes do rei. Já com a eclosão da Revolução Francesa, seguida da Declaração dos Direitos do Homem e das Declarações dos Estados Americanos, ao firmarem sua independência da Inglaterra, tem-se mais claramente o surgimento das constituições liberais.

A atual Constituição Federal brasileira trouxe inovação em relação às suas antecessoras ao fixar o título dos direitos fundamentais antes do referente à organização do Estado, denotando sua importância frente à nova ordem democrática estabelecida no país, além de tutelar os direitos coletivos e difusos e impor deveres ao lado de direitos individuais e coletivos.

Ao estabelecer a noção jurídica do que vem ser direitos e garantias fundamentais, Uadi Lammêgo Bulos assim se posiciona:

Ao se utilizar da locução direitos fundamentais do homem, quer-se aduzir, com seu emprego, o complexo de prerrogativas e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência digna, livre e igualitária de qualquer indivíduo, independente do credo, raça, origem ou cor. Os direitos são fundamentais, porque sem eles os seres

humanos não têm base normativa para ver realizadas, no plano concreto, suas aspirações e desejos viáveis de tutela constitucional. Ademais, são fundamentais, porque sem eles a pessoa humana não se realiza, não convive, e, em alguns casos, nem sobrevive. Como ficaria a igualdade, a legalidade, a liberdade, o respeito à dignidade, a tutela do patrimônio sem a constitucionalização, em bases legislativas sólidas, desses direitos impostergáveis da pessoa humana? (BULLOS, 2012, p. 87).

Os direitos fundamentais dada a sua importância para a sustentação do Estado Democrático Brasileiro apresentam como principais características: a imprescritibilidade, haja vista que não desaparecem pelo com decurso do tempo, tampouco deixam de ser exigíveis pela falta de uso; a inalienabilidade, na medida em que não são passíveis de transferência a outrem, sendo, portanto, intransferíveis e inegociáveis; a irrenunciabilidade, via de regra, os direitos fundamentais não podem ser objeto de renúncia, mesmo que não sejam utilizados adequadamente; a inviolabilidade, como são direitos constitucionalmente garantidos os direitos fundamentais não podem ter sua observância restringida por normas infraconstitucionais ou por atos de autoridade pública.

Ainda, no que tange às características dos direitos fundamentais tem-se a universalidade, vez que esses abrangem todos os indivíduos, se estendendo a todas as parcelas da população,

independente de sua nacionalidade, cor, raça, credo ou convicção política; e a complementaridade ou limitabilidade traço presente na medida em que os direitos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente e sim de maneira conjunta de modo a alcançar os objetivos da constituição, amenizando eventual colisão, vez que não se constituem direitos absolutos.

Tradicionalmente os direitos fundamentais são classificados por dimensões ou gerações, de acordo com o momento histórico de seu surgimento, porém independente da geração todos são igualmente tratados.

A primeira geração dos direitos fundamentais destaca as obrigações negativas, dando ênfase ao princípio da liberdade, correspondendo ao modelo clássico de Constituição. Apresentam-se como limites impostos à atuação do Estado e representam os meios de defesa das liberdades individuais.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgiram a partir das revoluções burguesas do século XVIII, notadamente da Revolução Francesa (1789) e têm como exemplo o direito à liberdade de locomoção, à vida, à propriedade, à inviolabilidade de domicílio e de correspondência, dentre outros.

Já os direitos fundamentais de segunda geração acentuam o princípio da igualdade e correspondem aos direitos sociais. Representam uma prestação positiva do Estado em prol dos menos favorecidos pela ordem social e econômica.



Pode-se afirmar que a segunda geração dos direitos fundamentais surgiu a partir da luta da classe social dos trabalhadores e teve suas primeiras aparições na Constituição Americana de 1917 e na Constituição Alemã de 1919. O salário mínimo, a aposentadoria, a previdência social, o décimo terceiro salário e as férias remuneradas são exemplos de direitos sociais contemplados nos direitos fundamentais de segunda categoria.

A terceira geração dos direitos fundamentais corresponde aos direitos de fraternidade, consagrando os princípios da solidariedade e da fraternidade. Constituem-se em direitos novos voltados à proteção dos interesses de um determinado grupo.

Os direitos fundamentais de terceira geração tiveram como marco inicial o constante conflito travado em razão de processos de industrialização e urbanização nos quais a tutela jurídica voltada apenas para a proteção dos direitos individuais não se mostrava adequada à solução das celeumas.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira constituição brasileira a inserir em seu texto a proteção dos direitos difusos e coletivos, sendo esses definidos no Código de Defesa do Consumidor. São exemplos de direitos fundamentais de terceira geração o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à defesa do consumidor, à paz, à autodeterminação dos povos, ao patrimônio comum da humanidade, e outros.

A doutrina moderna aponta ainda para a existência da quarta geração dos direitos fundamentais, esses decorrentes do processo

de globalização econômica, tais como direito à democracia e à informação, contudo o tema ainda não se encontra pacificado.

Inicialmente os direitos fundamentais apresentavam como destinatários somente as pessoas naturais haja vista que a primeira geração desses direitos consagrava as limitações impostas ao Estado em favor dos indivíduos, contudo, atualmente, com o avanço do ordenamento jurídico constitucional a pessoas jurídicas também são consideradas titulares de direitos fundamentais, inclusive o próprio Estado.

Ademais, considerando que a supremacia da Constituição Federal encontra-se atrelada à soberania do Estado, pode-se afirmar que os direitos fundamentais aplicam-se a todos que se encontram em solo brasileiro, independente da nacionalidade ou se residentes ou em trânsito no país.

Traço marcante vislumbrado na disciplina dos direitos fundamentais apresenta-se no artigo 5º, § 1º, da Carta Magna, que estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Contudo, na prática, constata-se a existência de direitos fundamentais de eficácia limitada, ou seja, dependentes de regulamentação para produção de efeitos, abrindo azo para o ajuizamento, conforme o caso, de mandado de injunção e ação inconstitucionalidade por omissão para sua efetiva implementação.

Igualmente destaca-se que os direitos fundamentais não apresentam um rol taxativo e sim uma categoria jurídica aberta, passível de diversas interpretações voltados à compreensão de seu conteúdo, que

pode sofrer variações em razão do momento histórico e político de vivência.

Lado outro, muito embora seja flagrante a importância dos direitos fundamentais para a garantia do Estado Democrático de Direito sublinha-se o fato de que esses possuem natureza relativa, encontrando limites nos demais direitos constitucionalmente regulados, o que enfatiza a ausência de seu caráter absoluto.

Nesse mesmo diapasão, constata-se que a própria Lei Fundamental apresenta restrições legais ao exercício dos direitos e garantias fundamentais que se sustentam na necessidade da garantia do interesse público.

#### 1.1 DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS E COLETIVOS E DOS DIREITOS SOCIAIS (DIREITO À SAÚDE)

Dentro do rol de direitos e garantias fundamentais, conforme acima explanado, apresentam-se os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, a nacionalidade e os direitos políticos, sendo certo que o direito fundamental por excelência é o direito à vida, haja vista que sua ausência inviabiliza o exercício dos demais.

O direito fundamental à vida pode ser reconhecido sob o aspecto biológico, que visa a proteção da integridade física e psíquica, bem como sob um aspecto mais amplo, que busca garantir condições a existência humana digna através do oferecimento de condições materiais e espirituais mínimas de sobrevivência.

Dessa forma destaca-se a importância dos direitos fundamentais para o exercício da cidadania e para a garantia da dignidade

da pessoa humana, e de um modo geral, de todos os fundamentos e objetivos da Republica Federativa do Brasil.

A título de enriquecimento, cabe trazer à baila as lições de Uadi Lammêgo Bulos:

A dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos nesta Constituição. Daí envolver o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, mas também os direitos sociais, os direitos econômicos, os direitos educacionais, bem como as liberdades públicas em geral (BULLOS, 2012, p. 58).

Como é sabido o artigo 5º traz em seu bojo a maioria dos direitos individuais e coletivos, apresentando em seu *caput* cinco direitos fundamentais básicos que serão objeto de desdobramentos no decorrer do texto constitucional, sendo eles: o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à igualdade, o direito à segurança e o direito à propriedade.

Lado outro os direitos sociais, como já acima apontado, reconhecidos como direitos fundamentais de segunda geração, constituem-se em liberdades positivas de observância obrigatória pelo Estado Democrático de Direito, e têm assento constitucional nos artigos 6º a 11 da Carta Magna, merecendo destaque o fato de que o direito à saúde é regulado nos artigos 196 a 200.

Dessa feita a Carta Magna ao prelecionar sobre o direito à saúde dispõe que essa é direito de todos e dever do Estado, que a garantirá através de políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e do acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde.

Atesta ainda a Constituição Federal que as ações e serviços públicos de saúde são de relevância pública, sua disciplina será efetivada através de lei regulamentadora, bem como que sua execução poderá ser feita diretamente pelo Poder Público ou através de terceiros.

No Brasil a saúde pública é implementada através do SUS – Sistema Único de Saúde, regulamentado Lei 8.080/90 e por normas específicas, exteriorizadas através de portarias e atos do Ministério da Saúde. O SUS é financiado com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, além de outras fontes de custeio vinculadas.

A assistência à saúde é livre à iniciativa privada, sendo permitido às instituições privadas participarem de forma complementar do SUS, através da celebração de contrato de direito público ou convênio, com prioridade de participação para entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, sendo vedada a destinação de recursos públicos para auxílio ou subvenção a instituições privadas com fins lucrativos.

A Carta Maior proíbe a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no Brasil, à exceção dos casos expressamente autorizados por lei.

No que tange à remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento o texto constitucional explicita que as condições e requisitos serão estabelecidos através de lei, proibindo expressamente todo e qualquer tipo de comercialização. Lei específica também disciplinará a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados.

Bem assim tem-se que através da Magna Carta de 1.988, também conhecida como Constituição Cidadã, inúmeros direitos foram garantidos aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, contudo muitas vezes as normas garantidoras perdem sua eficácia frente a desorganização e incompetência da Administração Pública.

Especificamente nos casos envolvendo o direito à saúde muitos são os desdobramentos de seu não atendimento na seara judicial, haja vista que muitas vezes somente com determinação judicial as ações e serviços públicos serão implementados.

## **II - DO SUS – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**

### **2.1 DOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

O Brasil no período colonial não primou pela organização do espaço social não se voltando o aparelho do Estado para as relações de saúde envolvendo a sociedade, sendo certo que somente a partir do século XX tiveram início as políticas públicas de saúde.

Com a modernização trazida pela Proclamação da República em 1889 a medicina passou a ser vista como importante parceira para geração de riquezas na medida em que através da

implementação de políticas sanitárias estaria garantida a melhora das condições de saúde individual e coletiva.

Contudo tem-se o Estado Novo como um marco para o surgimento das políticas públicas sociais, com o estabelecimento de leis trabalhistas, merecendo destaque a criação no ano de 1933 do primeiro Instituto de Aposentadoria e Pensões – IAPM, da classe dos marítimos, que garantia aos beneficiários aposentadoria, pensão por morte, assistência médica e socorros farmacêuticos.

Já com a promulgação da Constituição de 1946 a saúde pública pautou-se por uma estrutura centralizada com múltiplos programas e serviços verticalizados para implementação de campanhas e ações sanitárias, merecendo destaque a criação, em 1953 do Ministério da Saúde, a efetivação da campanha nacional contra a lepra e a erradicação de demais doenças, tais como a malária, além da realização da 3ª Conferência Nacional de Saúde, em 1963.

Contudo, com o declínio da democracia e a vigência dos governos militares, no período de 1964 e 1984, acentuou-se o predomínio financeiro das instituições previdenciárias e a crescente mercantilização da saúde pública, que se tornou conservadora e ineficiente.

Mas décadas de 70 e 80, com a intensificação dos movimentos sociais, que também contestavam o sistema de saúde governamental e pugnavam pela democratização do sistema, dada as flagrantes deficiências aliadas à crise previdenciária, foi criado o Conselho Consultivo de Administração da Saúde Previdenciária (CONASP), que tinha

por atribuição a organizar e racionalizar a assistência médica, além de moralizar todo o sistema de saúde pública.

A referida moralização do sistema público de saúde efetivou-se através da implementação das Ações Integradas de Saúde (AIS) que trouxe relevantes avanços da rede básica ambulatorial, na contratação de recursos humanos, na articulação com os serviços municipais e na revisão da participação dos serviços privados.

Com fim do regime militar e o advento da Nova República as questões do movimento sanitário passaram a ouvidas e efetivadas, notadamente, com a convocação da 8ª Conferência Nacional de Saúde, na qual restou constatada a necessidade de reformulação profunda do sistema público de saúde, com a ampliação do conceito de saúde e sua correspondente ação institucional.

Dentre os pontos relevantes tratados na referida conferência nacional destacam-se a discussão referente à natureza do sistema de saúde, se público ou privado; a definição do conceito de saúde como “resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acessos aos serviços de saúde”, conceito esse que serviu alicerce para a elaboração da Constituição Federal vigente, elaborada pela Assembléia Nacional Constituinte.

Destaca-se ainda dentre os debates ocorridos na 8ª Conferência Nacional de Saúde o envolvendo a unificação do INAMPS com o Ministério da Saúde e, principalmente, a aprovação da criação do Sistema Único de Saúde – SUS, que se constituiu como um novo arcabouço



institucional e selou definitivamente a separação entre previdência e a saúde.

## 2.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Ao dispor sobre o direito à saúde a Constituição Federal estabelece que esse é dever Estado, nesse caso entenda-se Estado em sentido amplo, abrangendo como só o governo federal, como também os demais entes federativos, estados e municípios e distrito federal.

O Sistema Único de Saúde tem assento constitucional, contudo sua regulamentação é disciplinada pela Lei 8080/90, que preleciona sobre as condições de promoção, proteção e recuperação da saúde, além de basilar a regulação das ações e serviços públicos de saúde em todo o território nacional.

A lei 8080/90, também conhecida como lei orgânica da saúde, dispõe ainda sobre a organização, direção e a gestão do SUS, definição das competências e das atribuições das três esferas de governo, funcionamento e participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde, política de recursos humanos e recursos financeiros, gestão financeira, planejamento e orçamento.

Outro importante instrumento legal aplicado ao SUS é a lei 8142/90, que trata da participação da comunidade na gestão do sistema, instituindo as conferências de saúde e os conselhos de saúde, além dispor sobre transferências intergovernamentais recursos financeiros na área da saúde.

Como é sabido a Constituição Federal ao definir a saúde como direito social dispõe expressamente:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Definida a saúde e a assistência aos desamparados como direitos sociais constitucionais e, dotando-os da característica da fundamentalidade, o artigo 196 da mesma Carta Magna identificou a responsabilidade do Poder Público por sua manutenção, decretando *in verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Elevou a Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história brasileira, a saúde à condição de direito fundamental, acompanhando os exemplos pioneiros da Carta italiana de 1984 e o Texto português.

Antes, porém, o País já subscrevera a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU), e suas disposições, segundo as quais, a saúde resta reconhecida como direito fundamental ao asseverar que é condição necessária à vida digna. Portanto, merece proteção como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

A própria Constituição da República cuidou, ainda, de tutelar o direito ao acesso dos cidadãos a todos as ações, procedimentos e serviços preventivos ou curativos. É o que se verifica do comando constitucional inserto no art. 198:

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

Uma vez erigida a princípio fundamental a dignidade do homem, a disposição constitucional que garante o direito à saúde possui, portanto, plena e imediata eficácia, sendo auto-aplicável, conforme previsão expressa insculpida no parágrafo 1º do art. 5º da própria Magna Carta:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Não se constitui em mera norma programática. Não significa mera promessa de atuação estatal. Insere-se dentre as prestações positivas do Estado, enunciadas pela Carta Magna e que possibilitam melhores condições de vida, objetivando a equiparação das desigualdades sociais.

A lei orgânica da saúde, lei 8080/90, dispõe:

Art. 2º. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado promover as condições indispensáveis ao seu bom exercício.

Parágrafo 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas

econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Ao direito de acesso universal a todas as ações e serviços de saúde foi destinada tamanha importância pelo legislador, que foi erigido ao patamar de objetivo do SUS a implementação de política econômica no sentido de dar-lhe efetividade:

Art. 5º. São objetivos do Sistema Único de Saúde:  
(...)

II – a formulação de políticas de saúde destinadas a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no parágrafo 1º do art. 2º desta lei.

Ademais, dentre os princípios elencados pelo legislador no art. 7º da referida legislação, tem-se:

Art. 7º. (...)

I – universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II – integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

Tais dispositivos infraconstitucionais realizam a integração das normas constitucionais garantidoras do direito à saúde – integração legislativa esta tão propalada pelos doutrinadores como necessária para a plena e imediata eficácia do direito fundamental à saúde, a fim de que se possa reconhecer um direito subjetivo do cidadão.

Assim, tanto o direito fundamental constitucionalmente previsto, como sua posterior regulamentação pelo legislador ordinário, obrigam o Poder Público a disponibilizar à população a execução de todas as ações e serviços indispensáveis ao tratamento médico de enfermos, em todos os níveis de complexidade.

Por seu turno, a Constituição deste Estado de Minas Gerais, a exemplo do Texto Maior, circunscreveu o dever do Estado em promover a saúde, mediante políticas sociais e econômicas, com dignidade, gratuidade e boa qualidade, *ex vi* do artigo 186.

Por fim, e não menos importante, sob a ótica consumerista, a legislação exige que o serviço público prestado seja pautado pela adequação, eficiência e segurança, na forma do comando inserto no art. 6º, inciso X, da Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor.

O legislador foi além, e outorgou ao cidadão um direito público subjetivo de acesso ao serviço de saúde, portanto oponível e exigível, inclusive em Juízo, consoante o art. 22 do CDC, cuja transcrição se faz mister:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob

qualquer outra forma de empreendimento, são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.

Assim, descumprido o dever pelo Poder Público, a exigência de sua satisfação pela via jurisdicional é inafastável, em face ao próprio comando constitucional inserto no art. 5º, inciso XXXV.

Neste diapasão, não é cabível qualquer argumentação, claramente falaciosa, no sentido da ingerência indevida da sindicância jurisdicional em esfera outorgada ao Poder Legislativo, vez que o direito de acesso integral e universal aos meios de saúde foi objeto de intensa regulação legislativa.

Sequer se pode falar em invasão de competência administrativa pois, em sendo determinado o dever legal de prestar serviço de saúde integral, ao administrador não resta margem de discricionariedade para decidir-se pelo descumprimento e escolher, em última instância, quem deve viver e quem deve morrer.

Na conformidade com a lição retro certo é que para o administrador, não se disponibiliza liberdade para decidir cumprir ou descumprir normas constitucionais ou infraconstitucionais, pelo que a

implementação da política de saúde integral pode e deve ser garantida pela via judicial.

### 2.3 A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE À TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A teoria da reserva do possível ou cláusula da reserva do possível tem origem na doutrina alemã e tem servido de meio para restringir direitos fundamentais diante da impossibilidade de o poder público satisfazer todas as carências sociais.

Os estudiosos do direito comparado têm alertado quanto à necessidade de cautela na aplicação da teoria da reserva do possível com vistas a que essa não sirva de meio para proteger o erário em detrimento dos cidadãos, devendo ser avaliadas para sua efetiva aplicação as particularidades que envolvem o contexto socioeconômico e cultural de nosso país e do Estado alienígena de seu surgimento.

A teoria da reserva do possível busca o afastamento da responsabilidade estatal, na maioria das vezes omissiva, sob a alegação de o Estado possuir capacidade financeira limitada frente às necessidades sociais, por questões de ordem orçamentária, em completo desamparo do direito à saúde e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como é sabido tem assento do princípio da razoabilidade e na premissa de que as necessidades sociais são ilimitadas não havendo meios de o Estado efetivar todas as medidas políticas para a plena satisfação.

Contudo, em nosso país a teoria da reserva do possível tem sido utilizada de maneira equivocada servindo de limite para a plena efetivação dos direitos fundamentais dada a alegação de impossibilidade financeira aliada à ausência de previsão orçamentária, apresentando-se como justificativa para a ineficiência estatal.

Segundo o entendimento da Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais Nívia Mônica da Silva, a Teoria Reserva do Possível apresenta-se da seguinte maneira:

Num contexto muito diferente, no entanto, a reserva do possível vem-se assentando como panacéia contra todas as ações dirigidas a garantir os direitos sociais dos cidadãos sob vários argumentos.

Em geral, valendo-se da tradicional concepção de que apenas os direitos sociais são prestacionais e, por isso, exigem uma contraprestação de ordem financeira do Estado para sua implementação, argumenta-se que a concretização desses direitos está a depender de previsão e efetiva disponibilização financeiro-orçamentária. Logo, a aplicação da teoria da reserva do possível, tal como introduzida no ordenamento pátrio, tende a afastar a exigibilidade jurídica dos direitos sociais, sem maiores questionamentos quanto a cada hipótese em concreto. Nem sequer se cogita da obrigação que o ente estatal tem de, na condição de devedor de



determinada prestação, comprovar a inexistência de provisionamento para executar a política pública correlata a esta prestação ou, ainda, o dever de prestar contas dos recursos já investidos nas políticas e nos programas previamente definidos com prioritários. (De Jure, 2011, 393-394).

O Supremo Tribunal Federal no intuito de modular os efeitos da aplicação da teoria da reserva do possível à realidade orçamentária, sem negar efetividade aos direitos sociais, tem entendido que a cláusula de reserva só poder ser aplicada em caso de comprovação de insuficiência de recursos financeiros pelo Estado, vez que as necessidades sociais são ilimitadas e os recursos orçamentários são escassos.

Destarte a Suprema Corte pondera que ao Poder Público não é lícito manipular indevidamente os recursos públicos como forma de criar obstáculo ilegítimo em face dos cidadãos em franco desrespeito da garantia do fornecimento do mínimo existencial e em busca da desoneração do cumprimento de obrigações constitucionais.

Ademais as matérias de competência orçamentária, que também têm assento constitucional, são de competência privativa do Poder Executivo, sendo esse responsável pela elaboração das leis orçamentárias, das definições das políticas públicas e das áreas prioritárias para a alocação da receita, inserindo-se tal competência da seara da discricionariedade administrativa.

Porém não se pode perder de vista que ao Poder Executivo não é legítimo se esconder sob manto da discricionariedade administrativa para elaboração do orçamento público divorciado das necessidades sociais, criando verdadeiros entraves à efetivação máxima dos direitos fundamentais e sociais, acarretando aos cidadãos a incumbência de acionar o Poder Judiciário para satisfação de seus direitos constitucionais.

Bem assim, tem-se que o administrador não detém discricionariedade para julgar a oportunidade e conveniência para implementação de políticas públicas voltadas à ordem social constitucional dada sua vinculação às disposições previstas na Carta Magna e na legislação extravagante, que têm por finalidade a justiça social.

Nesse diapasão, a título ilustrativo, merecem destaque os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS

SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (STF - ADPF: 45 DF , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.(STF -

RE: 642536 AP , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 05/02/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 26-02-2013 PUBLIC 27-02-2013)

Desta feita na mesma linha de entendimento do Supremo Tribunal Federal os demais órgãos do Poder Judiciário têm adotado o entendimento de que para o Estado alegar a teoria da reserva possível necessário se faz a comprovação da exaustão financeira do ente público a justificar o desatendimento da demanda, o que dentro da análise do caso concreto mostra-se quase impraticável frente ao montante arrecadado em tributos.

Atualmente o sistema judiciário brasileiro tem dado procedência à maioria das ações envolvendo o direito à saúde, sendo que em mais de noventa por cento dos casos há deferimento da tutela antecipada, merecendo destaque o fato de que a maioria dos feitos se voltam ao fornecimento de medicamentos.

Destaca-se, ainda, que em mais de noventa por cento das ações judiciais para efetivação do direito à saúde os usuários encontram-se sob o pálio da assistência judiciária, denotando que o perfil dos cidadãos envolvidos nessas lides são carentes e necessitam que o Estado lhes garanta o mínimo existencial.

Os magistrados brasileiros, em que pese a ausência de conhecimento técnico na área médica e também da estrutura do sistema público de saúde, têm se valido de estratégias para melhor assegurar a adequação de suas decisões na medida em que condicionam seu o

deferimento das medidas à apresentação de declaração e relatórios médicos de profissionais do SUS, exames indicativos da condição urgência, além de documentos que comprovem que o tratamento padronizado pelo sistema público não está sendo oferecido ou se apresenta ineficaz para tratamento do agravo de saúde em análise.

Diante do quadro apresentado com a crescente judicialização da saúde em nosso país tem-se por certo que tal não se constrói por culpa ou má fé dos cidadãos, e sim, no mais das vezes, por desídia do poder público que deixa de prestar a assistência a que é obrigado legalmente ou se nega a reconhecer os avanços técnicos que deveriam incorporar os serviços prestados.

Conforme se vislumbra dos dados históricos observa-se que a judicialização da saúde teve surgimento na década de noventa com a identificação de milhares de casos de HIV/AIDS, ocasião em que os cidadãos passaram a buscar a terapia retroviral. Porém, com a devida adoção das medidas político-administrativas consistente na incorporação dos protocolos clínicos pertinentes pelo poder público, nos dias atuais, essa demanda judicial é inferior a cinco por cento.

Conclui-se, portanto, que em que pese o reconhecimento do impacto financeiro ocasionado pelo atendimento dos comandos judiciais para garantia do direito à saúde, e muitas do direito fundamental a vida, cabe ao Estado promover estudos para atualização de seu sistema de saúde de forma que possa atender adequadamente a demanda social a um custo infinitamente menor do vem arcando através das decisões

judiciais, que com freqüência, dada a urgência do caso concreto, não permite sequer a realização de procedimento licitatório para buscar melhores condições de preço e pagamento.

Pontofinalizando, não se pode perder de vista a cautela que se deve adotar quando o deferimento desses requerimentos judiciais frente à reconhecida força da indústria de medicamentos, insumos, órteses e próteses, porém em momento algum a Constituição Federal pode ser relegada ao segundo plano e ter seus comandos desobedecidos.

O que se vê no cenário atual é que o Poder Judiciário tem decidido em favor dos cidadãos e fundamentado seus decretos nos direitos e garantias constitucionais, desde que o usuário apresente elementos a ensejar confiança em suas alegações, necessidade da tutela jurisdicional e desatendimento ou ineficácia da assistência prestada pelo SUS.

Destarte, a judicialização da saúde é um tema que demanda profunda análise na medida em que não pode servir de instrumento para inviabilização do sistema público de saúde prestigiando o interesse individual em detrimento do interesse coletivo, contudo, diante da urgência apresentada no caso concreto não se vislumbra outro caminho ao Poder Judiciário senão a proteção da vida e da dignidade da pessoa humana, cabendo ao Estado no âmbito de suas competências buscar o constante aperfeiçoamento das ações e serviços públicos de saúde prestados à sociedade.

## 2.4 DO MANEJO DOS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS NA DEFESA DO DIREITO À SAÚDE

Como bem apontado são diversos os meios legais e procedimentais estabelecidos para defesa dos direitos fundamentais em razão das ilegalidades e arbitrariedades cometidas pelo Poder Público.

Contudo, dentro de nosso estudo nos interessa apontar quais desses institutos são utilizados para defesa do direito à saúde, ou seja, quais dessas ações são mais comumente manejadas na judicialização da saúde com vistas ao acesso a medicamentos, insumos, leitos e demais tratamentos dos diversos agravos apresentados pela população.

Ao cidadão lesado inúmeros são os caminhos a serem percorridos, contudo, no mais das vezes busca-se a atuação de instituições públicas, a exemplo do Ministério Público e da Defensoria Pública, vez que ambas detêm legitimidade, dentre outras, para propositura de Ação Civil Pública.

Lado outro, é possível ao usuário das ações e serviços públicos de saúde de valer-se do mandado de segurança individual haja vista que o direito à vida e à saúde é direito líquido e certo, contudo, dada a recorrente hiposuficiência financeira o ajuizamento desse remédio constitucional é menos freqüente, notadamente no interior do país.

Ademais nenhum óbice se apresenta para propositura de ação popular, mandado de segurança coletivo e até mesmo ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, guardados, por óbvio, os regramentos específicos de legitimidade, para defesa do direito à saúde, porém, como já apontado no caso de mandado de segurança individual,

além da carência econômica dos lesados, a sociedade brasileira ainda se mostra desconhecadora da Constituição e, portanto, pouco combativa na seara dos direitos transindividuais.

No cenário judicial brasileiro o que se apresenta é um excessivo número de ações individuais intentadas para solução de casos concretos em detrimento da defesa do interesse coletivo, que em muito otimizaria o trabalho do Judiciário e minimizaria as lacunas assistenciais do sistema único de saúde.

Ademais os Magistrados no mais das vezes conhecedores das celeumas envolvendo as políticas públicas de saúde e diante da flagrante urgência dos casos apresentados não têm outra saída senão deferimento dos pedidos em sede liminar, mesmo sabendo do impacto negativo da gestão pública coletiva.

Pontofinalizando constata-se que a judicialização da saúde se materializa mais freqüentemente em nosso país através de ações individuais que enfocam casos concretos e que dada a ineficiência do sistema público crescem vertiginosamente, vez que apresentam se materialmente legítimas e indicativas de grave violação aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Nesse diapasão surge grande divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do desrespeito à consagrada teoria de tripartição dos poderes e princípio da separação dos poderes, ventilando-se a possibilidade da indevida ingerência do poder judiciário nos demais poderes, porém conforme bem apontado pela eminente Ministra do Supremo Tribunal Federal Carmem Lúcia Antunes Rocha em sessão



plenária da na referida corte: “A Administração Pública vale exatamente o quanto valem os homens que a compõem”.

Bem assim, depreende-se que a atitude do Poder Judiciário não está de nenhuma forma voltada para o mérito do ato, que nada mais é do que o juízo de valor legitimamente exercido pelo administrador em relação à oportunidade e conveniência da prática desse e sim pela efetiva implementação dos direitos fundamentais dos cidadãos, muitos vezes ofuscados por atos administrativos abusivos e contrários ao ordenamento jurídico.

Nesse sentido, entende Celso Antônio Bandeira de Mello:

Exposta a significação da discricionariedade administrativa, sem em nada lhe sonegar a verdadeira densidade e consistência lógica, percebe-se que se trata necessária e inexoravelmente de um poder demarcado, limitado, contido em fronteiras requeridas até por imposição racional, posto que, à falta delas, perderia o cunho de poder jurídico. Com efeito, se lhe faltassem diques não se lhe poderia inculcar o caráter de comportamento intralegal. (Bandeira, 2009, 963).

Isso posto, com a ruptura do liame legal que garante o ato administrativo por ação ou omissão do poder público caberá ao Poder Judiciário proceder à sua análise de modo a não feri-lo e causar uma desnecessária invasão no mérito do ato, mas somente se voltando para a

eficácia das normas garantidas dos direitos fundamentais, conforme assegurado pela Constituição Federal.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, elencou inúmeros direitos e garantias individuais e coletivos, dentre eles o direito à vida e à saúde, assim como preleciona que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Especificamente com relação ao direito à saúde a Carta Magna também o disciplinou em seção própria, estabelecendo o acesso universal e igualitário, além de atendimento integral a todos os cidadãos.

Muito embora o texto constitucional apresente-se de maneira cristalina atualmente em nosso país os cidadãos se deparam com a ineficiência prestação de serviços públicos de saúde ocasionando o ajuizamento de imenso número de ações voltadas à garantia de seu direito fundamental à vida e à saúde.

Noutra vertente, com o escopo de se esquivar de sua competência legal o Estado tem invocado a teoria da reserva do possível sob a alegação de que as necessidades sociais são infindáveis e os recursos financeiros são limitados por força do regramento conferido ao orçamento público.

Porém, em que pese os esforços despendidos pelo Poder Público e a par de todo o desenvolvimento deste estudo, nota-se que não há justificativa aceitável para a negativa de efetivação de direitos fundamentais, notadamente quando flagrante a urgência da prestação jurisdicional demandada aliada à comprovação de que as ações oferecidas

pelo sistema único de saúde se mostraram ineficazes, ou até mesmo inexistente, para tratamento do agravo de saúde suportado pelo cidadão.

Noutro vértice destaca-se que a maioria das ações judiciais envolvendo o direito à saúde é de natureza individual, não se podendo negar que o cumprimento das decisões judiciais certamente impacta de maneira negativa no sistema público de saúde, e reflexamente em toda a coletividade, na medida em que o Estado tem de arcar com os custos de insumos e tratamentos não contratualizados e no mais das vezes a preço comum de mercado.

Contudo, diante da ineficiência estatal na prestação de serviços públicos, notadamente do direito à saúde, em que pese o reconhecimento das inconveniências do atendimento de demandas judiciais, a efetivação dos direitos fundamentais jamais poderia ser relegada a segundo plano em franco ataque ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Pontofinalizando, conclui-se que a procedência das demandas judiciais tem preservado a vida e garantido melhores de recuperação e sobrevivência a muitos usuários do sistema público de saúde, sendo certo que o Poder Judiciário, mesmo com a adoção das devidas cautelas, não tem se furtado à sua missão constitucional de interpretar e aplicar a Lei, sem nenhum embargo ao princípio constitucional fundamental da separação dos poderes.

## **REFERÊNCIAS**

ÁVILA, Kelen Cristina de Andrade. Teoria da reserva do possível ([HTTP://jus.com.br/artigos/24062/teoria-da-reserva-do-possivel](http://jus.com.br/artigos/24062/teoria-da-reserva-do-possivel)). Acesso em: 03 fev.2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Sistema Único de Saúde/Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília : CONASS, 2011.

BRASIL, **Constituição Federal.** Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso: 27 de janeiro de 2015.

BRASIL, **Lei 8080/90.** Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)>. Acesso: 27 de janeiro de 2015.

BRASIL, **Lei 8142/90.** Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm)>. Acesso: 27 de janeiro de 2015.

BRASIL, **Lei 8078/90.** Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)>. Acesso: 27 de janeiro de 2015.

BRAZ, Petrônio. **Direito Municipal da Constituição.**7ª edição.São Paulo: JH Mizuno, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada.**10ª edição.São Paulo: Saraiva, 2012.

DE JURE – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais/Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Nº16 (jan/jun.

2011). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2011.

LEITE QUEIROZ, Pedro Ivo; LIRA, Daniel Ferreira de. A reserva do possível e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n.102, julho de 2012. Acesso em: jan.2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**.13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS.  
[www.mpmg.mp.jus.br](http://www.mpmg.mp.jus.br).

PEREIRA JÚNIOR, Jesse Torres. **Controle Judicial da Administração Pública: Da Legalidade Estrita à Lógica do Razoável** .2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PHYSIS, Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 20[1]:77-100, 2010.

PUCINELLI JÚNIOR, **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

## **O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NAS INCORPORAÇÕES DE IMÓVEIS RESIDENCIAIS E A IMPENHORABILIDADE DE CRÉDITOS ORIUNDOS DE ALIENAÇÃO DE UNIDADES IMOBILIÁRIAS NO NOVO CPC**

**CLARISSA DE CARVALHO FREIRE FALCÃO:**  
Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-graduada em Direito Civil, Negocial e Imobiliário pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogada.

**RESUMO:** Este artigo propõe-se a estudar a constituição do patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias residenciais e examinar recente inovação processual disposta na Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 (o novo Código de Processo Civil – CPC). Preliminarmente, há uma breve abordagem acerca do condomínio edilício residencial e, no tópico seguinte, analisa-se sucintamente a atividade da incorporação imobiliária, naturalmente atrelada ao condomínio de edifícios e aos direitos constitucionais de moradia e função social da propriedade imobiliária. Finalmente, explica-se a importância da afetação do patrimônio das incorporações, que se revela uma das melhores soluções legislativas da atualidade para garantir a construção e a entrega das unidades imobiliárias, fomentando a economia, gerando empregos, e proporcionando a segurança não só dos adquirentes, mas também das instituições financeiras e dos próprios incorporadores. Paralelamente, em face da não obrigatoriedade do instituto da afetação, analisa-se uma novidade processual no âmbito da execução – a impenhorabilidade de créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias – que consagra a eficiência da segregação de patrimônio para o atingimento dos fins da incorporação imobiliária.

**PALAVRAS-CHAVE:** Incorporação imobiliária, Patrimônio de afetação, Não obrigatoriedade, Impenhorabilidade, novo CPC.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Incorporação imobiliária. 1.1. Condomínio edilício residencial. 1.2. A atividade de incorporação. 2. Patrimônio de afetação. 2.1. Breves considerações. 2.2. A impenhorabilidade no novo CPC. Conclusão. Referências.

---

## INTRODUÇÃO

É fato que a verticalização das moradias tornou-se necessidade e comodidade nos centros urbanos, devido a fatores como a escassez e o alto preço dos terrenos aliados ao grande crescimento populacional. E a efetivação do direito a moradia previsto na Constituição Federal encontra nas grandes incorporadoras, via de regra, um de seus maiores obstáculos, pois a compra de um apartamento pode se tornar uma fonte inesgotável de preocupações, tendo em vista os constantes atrasos na entrega e até mesmo a quebra de algumas empresas.

Para minimizar os danos causados aos adquirentes de imóveis pela irresponsabilidade das incorporadoras, o legislador brasileiro adotou a teoria do patrimônio de afetação, positivada na Lei nº. 10.931 de 02 de agosto de 2004. Esta teoria será o tema central deste artigo, o qual também abordará, de maneira breve, os institutos do condomínio edilício e da incorporação imobiliária, sempre com foco nos imóveis residenciais (apartamentos), a fim de contextualizar e facilitar o entendimento e consequências acerca da afetação de tais empreendimentos.

O patrimônio de afetação existe para trazer mais proteção aos adquirentes, às instituições bancárias e às próprias incorporadoras, como se pretende

demonstrar neste artigo. A afetação é uma blindagem que visa assegurar o adimplemento de uma obrigação – a entrega das unidades quando finalizado o empreendimento. Através do patrimônio afetado (segregado) garante-se que a receita de uma incorporação não seja desviada, evitando-se abusos e fraudes em prol de uma finalidade comum e, “na prática, o regime de afetação não altera a natureza do negócio jurídico da incorporação, mas apenas protege e assegura que o acervo afetado cumpra sua função”[1].

Em paralelo, diante da não obrigatoriedade dessa segregação patrimonial nas incorporações, analisaremos o artigo 833, inciso XII, da Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015 (novo Código de Processo Civil - CPC), que trata da impenhorabilidade dos créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra, e nitidamente privilegia a teoria da afetação na prática processual moderna.

## 1. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

### 1.1. Condomínio edilício residencial

O Código Civil de 2002 traz, em capítulo próprio (Capítulo VII do Título III), dispositivos acerca do condomínio especial em edifícios, assim definido por Orlando Gomes: “justaposição de propriedades distintas, perfeitamente individualizadas, ao lado de condomínio de partes do edifício, forçadamente comuns”[2]. É nos grandes centros urbanos, de crescimento verticalizado, que emerge essa figura especial – o condomínio “por andares” – em que o proprietário é, sozinho, o dono de seu apartamento, mas é forçosa e permanentemente condômino de outras partes do edifício como um todo.

Sob o ponto de vista econômico, o aumento demográfico e a crescente escassez de terrenos aptos à construção de moradias (e a conseqüente elevação dos valores) são algumas das justificativas para a construção de edifícios. Além



disso, em relação às áreas comuns, os condôminos comungam as despesas necessárias para a conservação, e, por consequência, barateiam o custo, beneficiando todos os moradores ao mesmo tempo.

É plenamente possível instituir condomínio edilício por ato testamental. Todavia, as principais formas de se constituir o condomínio edilício são por atos intervivos, como quando o próprio dono do terreno se responsabiliza pela construção e posterior destinação de cada unidade do edifício, ou quando ele utiliza-se de um incorporador para tanto, tendo como objetivo final justamente a instituição do condomínio edilício.

### *1.2. A atividade de incorporação*

O conceito da atividade de incorporação imobiliária encontra-se no parágrafo único do artigo 28 da Lei nº. 4.591 de 16 de dezembro de 1964 (que dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias) e envolve mobilizar fatores de produção concomitantemente à venda das unidades que serão construídas e individualizadas no competente Registro de Imóveis.

Uma das finalidades da incorporação imobiliária, como se pode perceber, é, essencialmente, o lucro. Afinal, é justamente esse lucro que faz com que os empreendedores aceitem assumir os riscos dessa atividade empresarial.

Em oposição ao lucro desenfreado da atividade de incorporação, está a existência do direito fundamental à moradia e a função social da propriedade. Tais princípios, intimamente ligados, asseguram que a compra de um imóvel residencial, o maior sonho de muitas pessoas, aconteça da forma mais justa e segura possível.

O direito à moradia foi elevado a direito social pela Emenda Constitucional nº 26/2000 e, como os outros direitos sociais e fundamentais, deve partir da ideia de dignidade da pessoa humana. Se o direito de propriedade

é garantia individual, o direito de moradia surge mais amplo, sob o moderno manto da solidariedade[3].

Em relação à função social da propriedade, a par de sua definição em sua faceta constitucional – de não ser a propriedade um direito absoluto, a consagrar direitos como os de desapropriação, usucapião etc. –, há que se destacar sua faceta no ramo imobiliário, tendo em vista a atual concepção de constitucionalização do direito civil.

Para Fernando Augusto Cardoso Magalhães, em artigo publicado na Revista Obras Online de maio de 2010 e no site do Instituto Brasileiro de Estudos Imobiliários, a função social da propriedade imobiliária seria justamente “promover a construção de moradias de qualidade e a custo viável para a grande parcela da população brasileira, que ainda clama por casa própria”[4].

No artigo, o autor destaca a importância da atividade de incorporação imobiliária para o próprio desenvolvimento socioeconômico do país, gerando empregos e circulação de riquezas e concretizando o direito à moradia. Ao mesmo tempo, destaca os altos custos dessa atividade, derivados dos diversos entraves burocráticos que atrapalham a captação de investimentos e refletem na ineficiência da incorporação.

Melhim Namen Chalhub, advogado do Rio de Janeiro e um dos maiores especialistas no assunto deste artigo, a corroborar as ideias acima, dispõe sobre a importância da atividade incorporadora e destaca a eficiência da afetação do patrimônio de cada obra com o fito de cumprir a função social da propriedade: “a afetação (...) é um encargo que incide sobre o imóvel visando o cumprimento da função social da propriedade, mediante consecução da incorporação”[5].

A responsabilidade do incorporador para com os adquirentes deve, portanto, levar em consideração todos esses princípios constitucionais ao longo

da execução do empreendimento. Essa dinâmica da incorporação, contudo, não segue um padrão rígido, sendo possível identificar procedimentos comuns ao desenvolvimento dessa atividade conforme analisaremos a seguir.

O primeiro passo deve ser a definição do terreno adequado ao empreendimento que se quer desenvolver. Posteriormente, deve o incorporador adquirir o terreno – ou então realizar promessa de compra e venda, ou mesmo promessa de cessão, e até mesmo com permuta[6].

Com o terreno, enfim, à sua disposição, pode o incorporador partir para o processamento de todas as informações necessárias para a consecução e aprovação do projeto definitivo pelos órgãos competentes. Munido, então, do projeto aprovado, é necessário que o incorporador elabore o Memorial de Incorporação, reunindo e discriminando todos os detalhes inerentes à atividade de incorporação que deseja realizar, e depois de elaborado, registre-o no Cartório de Registro e Imóveis.

Este registro é ato preliminar obrigatório, sendo que depois dele o incorporador está apto a fazer a oferta pública das unidades (ou frações ideais) do edifício. Iniciada a oferta, ao procurarem a empresa incorporadora, os adquirentes terão suas condições financeiras analisadas, seja pelo incorporador ou por instituição financeira que se proponha a realizar o financiamento. É o momento que tanto o incorporador quanto o adquirente têm de examinar todos os detalhes do negócio, a fim de realizarem um contrato seguro para as duas partes.

Quando a obra estiver finalizada, e averbada, finalmente, sua construção no Registro de Imóveis, estando também individualizadas as unidades, será possível a instituição do condomínio edilício estudado no tópico anterior. É o objetivo final da incorporação.

Dentre as leis que regulam essa atividade de incorporação, destaca-se a já mencionada Lei nº 4.591/64 (especialmente os artigos 28 a 67), atualizada pelas Leis nº 4.864/65 e nº 10.931/04 – esta última, a que acrescentou à Lei nº 4.591/64 os artigos 31-A a 31-F que tratam do patrimônio de afetação.

O Código Civil de 1916, conforme Caio Mário da Silva Pereira, não previa a possibilidade de condomínios por planos horizontais, reproduzindo a noção tradicional da divisão da terra em glebas[7]. Assim, apenas com o advento da Lei nº 4.591 em 1964 é que o incorporador passou a ter suas responsabilidades delineadas no ordenamento jurídico.

Esta lei trouxe mais segurança para o adquirente e para o negócio jurídico como um todo, já privilegiando o necessário equilíbrio nos contratos imobiliários. Ademais, muito antes do surgimento do Código do Consumidor, que é da década de 90, a Lei nº 4.591/64 já se utilizava das ideias de boa fé objetiva e função social do contrato.

Destaque-se, ainda, que o autor do anteprojeto desta Lei nº 4.591/64, o Professor Caio Mário, propôs a criação de um Conselho que fiscalizasse as incorporações, porém esta proposta não foi levada adiante quando de sua elaboração[8]. Foi apenas na atualização da referida Lei (em 2004), por meio do anteprojeto proposto por Melhim Chalub que foi positivada a ideia de uma Comissão fiscalizadora, sendo que aliada às ideias do patrimônio de afetação (vide artigo 50 da Lei 10.931/04).

O artigo 29 da Lei nº. 4.591/64 traz o conceito de incorporador, que não se confunde com o corretor, o mandatário etc., porque aquele encaminha todo o processo – seja também construtor ou não, dono do terreno ou não –, no intuito de, ao final, ver o condomínio constituído e as unidades individualizadas. Tem o importante dever de registrar no Cartório de Registro de Imóveis o memorial

de incorporação, composto pelos vários documentos que trazem os detalhes da futura incorporação, bem como demonstram o preenchimento dos requisitos necessários para iniciar a atividade de incorporar.

É o responsável por toda a atividade empresarial que desenvolva, conforme o artigo 31 *caput* da referida Lei, sendo que havendo vários incorporadores, eles serão solidariamente responsáveis, vide artigo 31, §3º. O incorporador é, enfim, um sujeito com diversas facetas, que assume obrigação de resultado para com o adquirente, e detém bastante poder na atividade de dar corpo a um condomínio, pois está munido de imenso capital para a obra, e é quem define os detalhes de como o empreendimento será realizado.

Ao tempo em que o incorporador arca com os riscos advindos da economia, do clima, dos maus investimentos, pode vir a tornar-se, por sua vez, o maior risco para o adquirente. Um dos maiores exemplos aconteceu no final da década de 90, com a incorporadora ENCOL. À época considerada a maior construtora no país, faliu em 1999, tendo deixado aproximadamente 40 mil clientes e 700 obras para trás.

Entre as décadas de oitenta e noventa, conforme texto no site Marketing Imobiliário, mesmo nos momentos de crise, a ENCOL não deixou de lançar empreendimentos e anuncia-los no mercado, admitindo até mesmo carro e telefone como pagamento para a aquisição do imóvel (vide imagens da Folha de São Paulo da época, no referido texto)[9]. Aceitar carros usados, dentre outras promoções, é prática a ressurgir em época de crise econômica e aumento nos estoques de imóveis[10].

Costuma-se associar a falência da ENCOL ao modelo de administração adotado pela empresa, conhecido como “bicicleta”. Isso porque os novos

empreendimentos financiavam os anteriores, sendo que a empresa não podia parar de “pedalar” nunca.

Sejam quais forem os reais motivos por trás desse escândalo, é certo que os adquirentes foram os maiores prejudicados. Por isso, foram feitas as mais diversas manobras judiciais para auxiliar aqueles que investiram todo o seu patrimônio e não obtiveram seus apartamentos ao final, como aconteceu no Condomínio do Empreendimento Costa Verde no Rio de Janeiro[11].

Criar uma lei que normatizasse adequadamente a atividade da incorporação imobiliária e evitasse casos como esses, que apenas avolumam o Judiciário, era tarefa de difícil cumprimento. A afetação do patrimônio de cada incorporação surgiu como uma das soluções para evitar que catástrofes como a da ENCOL voltem a acontecer, à medida que permite uma melhor aplicação dos recursos e maior facilidade para resoluções extrajudiciais, individualizando cada empreendimento, evitando a falência da incorporadora e os prejuízos a todas as suas obras.

## 2. PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

### 2.1. *Breves considerações*

A possibilidade de separar o acervo patrimonial de um imóvel residencial em construção, através do regime de afetação, mostra-se, ao menos de início, a melhor solução para as incorporadoras e demais partícipes do negócio. O patrimônio de afetação nesses empreendimentos visa exatamente “proteger a incorporação afetada contra os riscos patrimoniais de outros negócios da empresa incorporadora, visando a que seus eventuais insucessos em outros negócios não interfiram na estabilidade econômico-financeira da incorporação afetada”[12].

Um patrimônio “afetado” (um bem de família, uma renda vitalícia) é incomunicável por natureza, justamente para conferir a proteção almejada, e, no caso dos imóveis, assegurar que a atividade de incorporação atinja seu objetivo. Depois de averbado o “termo de afetação” no Cartório de Registro de Imóveis, tanto o terreno quanto as acessões, bem como as receitas provenientes já da venda das unidades futuras passam a integrar um patrimônio em separado.

A afetação não visa extinguir, naturalmente, todos os riscos e prejuízos. Mas delimita-os às obrigações decorrentes apenas do empreendimento que se busca concluir. O fato de haver uma contabilidade separada torna mais fácil também para a incorporadora controlar e fiscalizar se as receitas estão sendo direcionadas de acordo com o que foi programado, além de ser necessária uma conta-corrente bancária específica para a movimentação dos recursos.

Outro efeito prático decorrente dessa blindagem é a possibilidade (vide artigo 31-F da Lei nº 10.931/04) de a Comissão de Representantes dos Adquirentes, prevista na Lei das Incorporações (artigo 50), poder assumir a administração da incorporação afetada independentemente de intervenção judicial, e até mesmo promover a venda, em leilão extrajudicial, das unidades, e prosseguir a obra com autonomia, não sendo atingida pelos efeitos da falência, podendo, ao final, recolher à massa falida o saldo positivo (quando houver)[13].

Vale ressaltar que da mesma forma que a empresa incorporadora não pode utilizar as receitas afetadas da incorporação para outros de seus empreendimentos, também não podem os adquirentes, ao assumirem a

administração desse patrimônio, desviarem tais recursos para o pagamento de débitos que não estejam vinculados a essa determinada incorporação.

Com base na função social da atividade empresarial, a Lei de Falências (Lei nº. 11.101/05) evoluiu e substituiu o rígido processo de concordata pelo flexível processo de recuperação judicial e, de maneira semelhante, a teoria do patrimônio de afetação, positivada na Lei 4.591/64 através da atualização trazida pela nova Lei 10.931/04, surge para flexibilizar a negociação entre os credores e devedores de um empreendimento específico, de modo a também preservar a atividade empresarial e atingir o fim desejado: a individualização e entrega das unidades do imóvel afetado.

Essa flexibilização se dá, por exemplo, no momento em que a Comissão de Representantes dos Adquirentes passa a administrar a incorporação e a resolver os débitos daquela determinada incorporação com os recursos que dela própria advenham, restaurando o equilíbrio econômico-financeiro.

Em setembro de 2001 houve a edição da Medida Provisória nº 2.221/01, regulamentando o patrimônio de afetação, mas restaram alterados importantes aspectos do anteprojeto elaborado pelo estudioso Melhim Chalhub junto ao Instituto dos Advogados Brasileiros, sendo o principal deles a retirada do caráter obrigatório do patrimônio de afetação. Uma novidade digna de elogio surgida nessa época, com a Lei nº 3.065/04, de autoria do Poder Executivo, foi a criação de um Regime Especial Tributário para os patrimônios afetados, o qual garante a desoneração de vários tributos em parcela única e permite melhor controle com uma alíquota única.



Ainda em março de 2004, o Poder Executivo enviou à Câmara dos Deputados o referido Projeto de Lei nº 3.065/2004, para que fosse anexado ao Projeto de Lei nº 2.109/99. Ou seja, adotou-se a estrutura do anteprojeto original, com a peculiaridade de ser opcional a afetação, acrescentando a regulamentação de um Regime Especial Tributário, também opcional. Em julho de 2004 a Câmara dos Deputados aprova o Projeto de Lei nº 2.109/99, com o anexo do Projeto de Lei do Executivo nº 3.065/04, e surge a Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004, a qual acrescentou os artigos 31-A a 31-F à Lei de Incorporações (Lei nº 4.591/64).

Para Chalhub, a incorporação imobiliária se ajusta com perfeição à ideia de afetação patrimonial, considerada sua estrutura e função econômica e social. Por ser a incorporação imobiliária um instrumento de proteção da própria economia popular, disciplinando a captação de recursos para cada empreendimento, afirma ele que pecou o legislador por deixar os adquirentes (vulneráveis) à mercê dos incorporadores, tornando facultativa a afetação (vide artigo 31-A)[14].

O patrimônio permanece afetado desde o pedido de averbação do termo de afetação até a averbação da construção com as unidades individualizadas no Cartório de Registro de Imóveis, já no nome de seus adquirentes, e depois de resgatada a dívida do incorporador perante os bancos (se houver). Vale ressaltar também que a separação do patrimônio proposta pela Lei 10.931/04 não exime o incorporador e seu patrimônio geral das responsabilidades perante os adquirentes, pois se a empresa de alguma forma prejudica o patrimônio afetado, responde com seu patrimônio geral (vide artigo 31-A, §2º).

Se há cessão dos créditos decorrentes da venda de unidades por parte do incorporador, o montante recebido passa, naturalmente, a integrar o patrimônio afetado (vide artigo 31-A, §4º). E no caso de uma incorporação se desdobrar em outras, a afetação pode incidir sobre cada fragmento (por exemplo, sobre cada bloco de edifícios), podendo ser lançados em momento específico, de acordo com a conveniência da incorporadora, e com sua autonomia financeira assegurada.

As instituições bancárias também se beneficiaram com outros novos dispositivos da Lei 10931/04, pois se definiu que não são responsáveis pelos prejuízos advindos de vícios na construção ou da atividade de incorporação, como ressaltado no artigo 31-A, §12, o qual destaca a responsabilidade exclusiva do incorporador e do construtor.

O termo de afetação não exige maiores formalidades, sendo, em verdade, uma declaração, subscrita pelo incorporador e pelos titulares de algum direito aquisitivo sobre o terreno em questão, e que deve ser averbado no Cartório de Registro de Imóveis do referido terreno (preferencialmente, anexado ao Memorial de Incorporação), conforme o artigo 31-B da Lei 4.591/64.

O artigo 31-D cuida dos deveres do incorporador, que, naturalmente, deve bem administrar e preservar tudo que envolva o patrimônio de afetação, podendo se valer, inclusive, de medidas judiciais. E, no caso de má administração, pode ter que vir a responder com seus bens pessoais.

A boa administração exige não só a contabilidade separada do patrimônio de afetação em relação ao patrimônio geral, bem como a segregação dos bens, direitos e obrigações daquele, a fim de possibilitar, também, a apresentação trimestral aos adquirentes do balancete e relatório

sobre o estado da obra e prazos. Assim, torna-se possível o acompanhamento da obra e a prevenção ou rápida reparação de qualquer desequilíbrio, podendo ser o caso, até, de destituição do incorporador.

A atividade realizada pelo incorporador se submete aos tributos inerentes ao exercício de empresa, como COFINS (contribuições para o financiamento da seguridade social), IRPJ (imposto sobre a renda das pessoas jurídicas), CSLL (contribuição social sobre o lucro líquido), contribuição para o PIS/PASEP (contribuição para os programas de integração social e de formação do patrimônio do servidor público). À medida que o patrimônio afetado se destaca do patrimônio geral, o recolhimento destes tributos deveria se relacionar especificamente com as receitas da incorporação do qual derivam.

Para tanto, a Lei 10.931/04 criou o regime opcional aplicável às incorporações em que se tenha constituído o patrimônio de afetação (artigos 1º a 11 da referida Lei). O incorporador escolhe se quer pagar apenas uma alíquota única sobre a receita mensal recebida, ao invés de recolher cada um separadamente.

A Lei 4.591/64, como já se analisou anteriormente era, em verdade, bastante completa, mas o direito é dinâmico, novas perspectivas surgem no mercado imobiliário e a segurança jurídica se faz necessária, por tratar-se de um meio que envolve grandes montas de dinheiro e o “sonho da casa própria” de muitas pessoas.

Nesse sentido, a tendência era a de que a opção pelo patrimônio de afetação se tornasse regra, exatamente por assegurar a boa administração do montante investido em cada incorporação, beneficiando todos os sujeitos do negócio. No entanto, as incorporadoras nem sempre o adotam, preferindo correr

os riscos de que um empreendimento mal sucedido atrapalhe todos os seus outros negócios.

Quando questionadas acerca do porquê de não adotarem o patrimônio de afetação nas incorporações, as empresas se utilizam dos mais diversos argumentos: seja por ainda desconhecer os benefícios da lei, ou por causa da obrigação de prestar de contas trimestral e detalhadamente, ou mesmo por medo de que o grupo de adquirentes da Comissão de Representantes não tenha o conhecimento necessário para atuar ou atue de má fé diante do privilegiado acesso às diversas informações do empreendimento etc[15].

E, naturalmente, ainda há incorporadoras que não suportam a impossibilidade do trânsito de recursos entre os seus empreendimentos[16]. Trata-se de algo que o caso ENCOL já comprovou ser um imenso risco. E quando os problemas acontecem, os adquirentes recorrem ao Judiciário, o que apenas piora a situação desse Poder já tão avolumado.

Importante mencionar também que a constituição de Sociedade de Propósito Específico (SPE) bem como a contratação de seguro da obra (consideradas por alguns como sendo melhores soluções do que o patrimônio de afetação) têm como desvantagem diante do patrimônio de afetação a necessidade de autorização judicial para prosseguir com a obra. O patrimônio de afetação, em verdade, surge como excelente forma extrajudicial de resolução de conflitos, de modo a liberar o Judiciário de tarefas que possam sobrecarregá-lo desnecessariamente – é a reforma do Judiciário por meios alternativos[17].

Vale mencionar, ainda, que diante do maior equilíbrio contratual entre incorporadora, financeira e adquirente, é possível que haja diminuição dos custos em geral, concomitantemente à diminuição dos riscos. O adquirente pode receber seu imóvel no prazo, as instituições financeiras podem ter uma garantia

ligada a esse patrimônio afetado, e o incorporador assegura andamento a vários empreendimentos, pois as contas são separadas e cada incorporação se sustenta por si.

## *2.2. A impenhorabilidade no novo CPC*

A Lei de Falências, outrora mencionada, do ano seguinte à Lei 10.931/04, já trouxe dispositivo que ratifica as ideias da teoria da afetação, pois deve ser observado quando da instituição do patrimônio afetado nas incorporações. Com a aplicação desse dispositivo resta assegurada na falência a continuação da obra, separados os bens, direitos e obrigações afetados do patrimônio geral, vide artigo 119, IX daquele diploma legal.

Já o novo CPC, no artigo 833, inciso XII assim dispõe:

*“Art. 833. São impenhoráveis:*

*XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra”*

Trata-se *a priori* de dispositivo de grande importância prática, a corroborar a importância da separação (e proteção) dos créditos derivados da alienação de unidades imobiliárias de uma determinada incorporação e o patrimônio total da empresa incorporadora, homenageando os direitos constitucionais à moradia e função social imobiliária outrora analisados.

O dispositivo do novo CPC propõe uma segregação compulsória dos créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias aplicável a todo tipo de incorporação, sem a necessidade de afetar o patrimônio nos termos da Lei 4.591/64. Poder-se-ia cogitar, assim, quando da entrada em vigor do novo Código, a desnecessidade de afetação das incorporações imobiliárias.

Contudo, conforme se demonstrou ao longo deste artigo, há diversas outras benesses proporcionadas pela afetação prévia de uma incorporação (a formação de Comissão de Adquirentes, as prestações de contas trimestrais, a conta bancária específica etc.), devendo a interpretação da colocação daquele dispositivo no novo CPC, em verdade, dar-se no sentido de que o legislador evolui e adota, em uma perspectiva prática e processual, a necessidade de segregação do patrimônio[18].

Ademais, a finalidade da afetação prévia do patrimônio passa por uma necessidade de efetiva prevenção (de quebra e de inadimplemento) por parte do incorporador, enquanto que o dispositivo do novo CPC já trata do patrimônio de uma incorporação cuja empresa responsável está sofrendo execução judicial.

Além disso, pode haver dificuldade de aplicação do dispositivo do novo CPC na prática, tendo em vista que nem todas as empresas incorporadoras possuem uma clara separação dos patrimônios de cada obra e das receitas delas oriundas. Se há um patrimônio global e confuso da empresa, torna-se complicado tanto para o exequente quanto para o executado provarem seus argumentos em juízo.

Explicamos: para o credor exequente, pode ser difícil comprovar a possibilidade de penhora, pois certamente há nesse confuso patrimônio da incorporadora créditos impenhoráveis oriundos da venda de unidades imobiliárias vinculados a uma determinada obra. Tal situação pode, inclusive, premiar a incorporadora desorganizada.

A incorporadora executada, por sua vez, também pode encontrar obstáculos ao defender a impenhorabilidade de seu patrimônio uma vez que coexistem créditos diversos, e o novo CPC resguarda prioritariamente aqueles oriundos da venda de unidades imobiliárias vinculados a uma determinada obra.

A afetação do patrimônio da incorporação, portanto, mostra-se, ainda, como uma das melhores alternativas, podendo até tornar-se desnecessária a aplicação do dispositivo do novo CPC, dada a higidez que tal afetação proporciona aos empreendimentos. Relembre-se que a averbação não gera enormes custos para os adquirentes, afinal, o termo é lavrado sem grandes formalidades em uma página do livro de registros e não há custos muito maiores decorrentes da segregação dos registros contábeis, da movimentação financeira em separado e da criação de um CNPJ em caso de o incorporador optar pelo Regime Especial Tributário[19].

As normas, a consagrar adequada aplicação dos recursos de uma incorporação imobiliária a fim de cumprir o contrato e a prevenir desnecessárias contendas judiciais, já existem. Em tempos de crise econômica e apreensão no setor imobiliário[20], a responsabilidade nos contratos imobiliários merece maior atenção.

## CONCLUSÃO

A incorporação imobiliária, como se viu, tem como maior objetivo a individualização das unidades de um edifício, com a consequente instituição de um condomínio, sendo exatamente o que acontece nos apartamentos, o modo de residência mais comum nas grandes cidades atualmente e vendidos pelas grandes incorporadoras.

Essas incorporadoras executam atividade empresarial das mais vorazes. A busca pelo lucro faz com que muitas empresas, ainda que especialistas nessa área, percam o controle sobre as finanças das incorporações, misturando-as de maneira descuidada e irresponsável, transformando o sonho de muitos adquirentes em pesadelo.

Sempre se buscou alternativas, seja através de um seguro para a construção, seja através da constituição de uma sociedade de propósitos específicos para cuidar das referidas finanças. Mas o risco, ainda que menor, permanecia, especialmente quando da insolvência da empresa. Com a falência da ENCOL, foi necessário que o legislador realmente se debruçasse sobre o problema, para que casos semelhantes não eclodissem novamente.

Aplicar a teoria de afetação nas incorporações imobiliárias foi uma das melhores soluções legislativas encontradas, conforme se demonstrou ao longo deste estudo, a satisfazer a obrigação principal, a entrega das unidades individualizadas, ao passo que protege os sujeitos que participam desse negócio.

Finalmente, destacou-se dispositivo do novo CPC, que somente entrará em vigor em 2016, tratando da impenhorabilidade de créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias vinculados à execução da obra em atividade de incorporação imobiliária. Como se mencionou, a colocação desse dispositivo no novo CPC ratifica a relevância da segregação dos patrimônios de uma incorporadora.

Conquanto o novo Código processual não tenha “abraçado” por completo a teoria da afetação, posto que não tornou obrigatória sua instituição prévia em todas as incorporações (e nem poderia, por não se tratar de matéria eminentemente processual), ressalta-se a evolução do legislador ao decidir pela necessária segregação do patrimônio em sede de execução e proporcionar a segurança daquela teoria aos conflitos judiciais.

#### REFERÊNCIAS

BRASIL, Câmara Brasileira da Indústria e da Construção (CBIC). **Cartilha - Lei nº 10.931/2004 – Um marco para o mercado imobiliário.** 2004.



BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1115605/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 18/04/2011.

CHALHUB, Melhim Namen. **Da Incorporação Imobiliária**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CHALHUB, Melhim Namen. **Patrimônio de afetação – a reforma por caminhos alternativos**. Disponível em: <http://www.irib.org.br/html/boletim/boletim-iframe.php?be=2602>>.

Acesso em: 09 jun. 2015.

CHALHUB, Melhim Namen. **Novo CPC poderia reforçar segurança jurídica da afetação patrimonial mas não prejudica**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-23/melhim-chalhub-cpc-reforcar-seguranca-patrimonial>>. Acesso em: 25 mai. 2015.

D'AMBROSIO, Daniela. **Sociedade de propósito específico versus patrimônio de afetação**. Disponível em: <[http://www.perfilcontabil.com.br/noticias\\_ver.php?id=328](http://www.perfilcontabil.com.br/noticias_ver.php?id=328)>. Acesso em: 31 mai. 2015.

DONATO, Veruska. **Quedas nas vendas de imóveis novos faz com que estoques aumentem**. Disponível em: < <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2015/06/queda-nas-vendas-de-imoveis-novos-faz-com-que-estoques-aumentem.html>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

FARACHE, Jacob Arnaldo Campos; BORTOLON, Roberto Cavarra. **Os novos paradigmas contratuais e o regime de patrimônio de afetação**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12463>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

GHEZZI, Leandro Leal. **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19 ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEVATI, Denis W. **O caso ENCOL – a grande lição para o mercado imobiliário**. Disponível em: <<http://www.marketingimob.com/2012/02/o-caso-encol-grande-licao-para-o.html>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

MAGALHÃES, Fernando Augusto Cardoso de. **A função social da incorporação imobiliária**. Disponível em: <<http://ibeinstituto.webnode.com.br/products/a%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social%20da%20incorpora%C3%A7%C3%A3o%20imobiliaria%20fernando%20augusto%20cardoso%20de%20magalh%C3%A3es/>>.

Acesso em: 30 mai. 2015.

MARQUES FILHO, Vicente de Paula. **Incorporação Imobiliária & patrimônio de afetação**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

NASSIF, Luis. **O caso ENCOL**. Disponível em: <<http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/o-caso-encol>>. Acesso em: 03 jun. 2015.

SIQUEIRA, Flavia. **Patrimônio de afetação: vai pegar?** Disponível em: <<http://revista.construcaomercado.com.br/negocios-incorporacao-construcao/98/artigo151076-1.asp>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

ZYLBERSTAJN, Eduardo. **Bolha, não. Poço.** Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/seu-imovel,bolha--nao-poco,1702344>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

**NOTAS:**

[1] MARQUES FILHO, Vicente de Paula. **Incorporação Imobiliária & patrimônio de afetação.** 1 ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 118.

[2] GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 19 ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 249.

[3] MARQUES FILHO, op. cit. p. 41.

[4] MAGALHÃES, Fernando Augusto Cardoso de. **A função social da incorporação imobiliária.** Disponível em: <<http://ibeinstituto.webnode.com.br/products/a%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social%20da%20incorpora%C3%A7%C3%A3o%20imobiliaria%20fernando%20augusto%20cardoso%20de%20magalh%C3%A3es/>>. Acesso em: 30 mai. 2015.

[5] CHALHUB, Melhim Namen. **Da Incorporação Imobiliária.** 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 105.

[6] GHEZZI, Leandro Leal. **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 70.

[7] PEREIRA, apud GHEZZI, op. cit., p. 60.

[8] PEREIRA, apud CHALHUB, op. cit. p. 11.

[9] LEVATI, Denis W. **O caso ENCOL – a grande lição para o mercado imobiliário.** Disponível em: <<http://www.marketingimob.com/2012/02/o-caso-encol-grande-licao-para-o.html>>. Acesso em: 16 out. 2012.

[10] DONATO, Veruska. **Quedas nas vendas de imóveis novos faz com que estoques aumentem.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2015/06/queda-nas-vendas-de-imoveis-novos-faz-com-que-estoques-aumentem.html>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

[11] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1115605/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 18/04/2011.

[12] CHALHUB, op. cit. p. 66.

[13] Ibid., p. 67.

[14] Ibid., p. 94.

[15] D'AMBROSIO, Daniela. **Sociedade de propósito específico versus patrimônio de afetação.** Disponível em: <[http://www.perfilcontabil.com.br/noticias\\_ver.php?id=328](http://www.perfilcontabil.com.br/noticias_ver.php?id=328)>. Acesso em: 31 mai. 2015.

[16] SIQUEIRA, Flavia. **Patrimônio de afetação: vai pegar?** Disponível em: <<http://revista.construcaomercado.com.br/negocios-incorporacao-construcao/98/artigo151076-1.asp>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

[17] CHALHUB, Melhim Namen. **Patrimônio de afetação – a reforma por caminhos alternativos.** Disponível em: <http://www.irib.org.br/html/boletim/boletim-iframe.php?be=2602>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

[18] CHALHUB, Melhim Namen. **Novo CPC poderia reforçar segurança jurídica da afetação patrimonial mas não prejudica.**

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-23/melhim-chalhub-cpc-reforçar-seguranca-patrimonial>>. Acesso em: 25 mai. 2015.

[19] BRASIL, Câmara Brasileira da Indústria e da Construção (CBIC). **Cartilha - Lei nº 10.931/2004 – Um marco para o mercado imobiliário.** 2004.

[20] ZYLBERSTAJN, Eduardo. **Bolha, não. Poço.** Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/seu-imovel,bolha--nao-poco,1702344>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

## AS HIPÓTESES DE JUSTA CAUSA DO ART. 482 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

**MAIARA MARTIM MATTIUSSO:** cursou primeiro ano de Direito na Pontifícia Universidade Católica - PUC, Formada em Direito pela Universidade Paulista - UNIP, possui cursos em Prática Forense Civil na Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, Curso Técnico para Analista do TRT, participação em palestra ministrada pelo Dr. Erli Alves da Silva sobre Dano Moral nas Relações de Trabalho.

**Resumo:** O presente trabalho trata das Hipóteses da justa causa no contrato de emprego. Conceitua-se primeiramente os contratos de emprego, para que fique de forma didática facilitando o entendimento. Após é abordado os elementos do contrato e suas características e as formas de extinção do contrato de emprego, quais são: extinção pelo decurso do tempo; sem justa causa; por força maior; factum príncipes; dispensa indireta; culpa recíproca e finalmente adentrarmos no assunto principal, extinção do contrato de emprego por justa causa do empregado, previsto no artigo 482 da CLT. Onde será comentado tema por tema das dez alíneas, exemplificado cada um e ainda apresentado jurisprudências, para que assim fique claro a aplicação das hipóteses aos casos concretos.

**Palavra-chave:** justa causa, hipóteses, art.482 CLT, contrato de emprego, processo do trabalho.

**Abstract:** This paper deals with the assumptions of cause in the contract of employment. Conceptualized primarily employment contracts, so it is didactically facilitating understanding. Following is discussed elements of the contract and its characteristics and forms of termination of the contract of employment, which are endangered by lapse of time,

without cause, by force majeure; *factu príncipes*; indirect waiver; reciprocal guilt and finally we enter on the subject main, termination of contracts of employment of the employee for cause under Article 482 of the Labor Code. Where will commented theme by theme of the ten points, exemplified each and also presented jurisprudence, so that it is clear the application of the hypothesis to concrete cases.

**Keywords:** cause, assumptions, art.482 CLT, contract of employment, case laws.

**Sumário:** Introdução. 1. Conceito de contrato de emprego. 2. Características e elementos. 2.1. Formas de extinção do contrato. 3. Extinção pelo decurso do tempo. 3.1. Sem justa causa. 3.2. Força maior 3.3. *Factum príncipes*. 3.4. Dispensa indireta. 3.5. Culpa Recíproca. Justa Causa. 4. Sistemas. 4.1. Características. 4.2. Tipos ou elementos do artigo 482 da CLT. 4.3. Ato de improbidade. 4.3.1. Incontinência de conduta. 4.3.2. Mau procedimento. 4.3.3. Negociação habitual. 4.3.4. Condenação criminal sem sursis. 4.3.5. Desídia. 4.3.6. Embriaguez. 4.3.7. Indisciplina. 4.3.9. Insubordinação. 4.3.10. Abandono de emprego. 4.3.11. Ato lesivo à honra e a boa fama. 4.3.12. Prática constante de jogos de azar. 4.3.13. Atos atentórios à segurança nacional. 4.3.14. Outras justas causas. 5. Os direitos que o empregado tem quando ocorrer a extinção do contrato de trabalho por justa causa. 6. Considerações finais.

---

## 1. INTRODUÇÃO

A justa causa por parte do empregado previsto no art. 482 da CLT, hoje, não pode se negar que é um dos temas de maior relevância para o

direito do trabalho, visto que faz parte da extinção do contrato de emprego de onde decorre a maioria das lides trabalhistas, e que por muitas vezes é abordado de forma sucinta pelo doutrinador e nos cursos de graduação, deixando muitos com dúvidas acerca de sua aplicação.

A partir dessas considerações visa-se responder a seguinte pergunta: Quais as hipóteses de Justa causa, quando serão aplicadas, e como?

De forma exemplificativa, didática e clara será abordado nesse trabalho todas essas hipóteses e para seu melhor entendimento e contextualização haverá primeiramente a conceituação de contrato de emprego, seus elementos e características, e sucintamente todas as formas de extinção do contrato de emprego, dando início a abordagem do tema principal: extinção do contrato de emprego por justa causa do empregado.

A relevância dessa pesquisa contribui, diretamente, para os estudos dos que sentem a necessidade de melhor entender a aplicabilidade das hipóteses de justa causa, aprimorando assim sua instrução.

O presente trabalho está dividido em três capítulos, quais são: Contrato de emprego que está subdividido em Características e elementos; Formas de extinção que também possui subdivisões: extinção pelo decurso do tempo, sem justa causa, força maior, factum príncipes, dispensa indireta, culpa recíproca; e finalmente o capítulo: Justa Causa que se subdivide em todas as hipóteses de justa causa elencadas nas alíneas do artigo 482 da CLT.

## **2. CONCEITO DE CONTRATO DE EMPREGO**



Faz-se necessário para melhor entendimento do tema principal, a conceituação e explicação de pontos importantes acerca do contrato de trabalho, pois é o contrato que faz nascer à relação de emprego, conforme art. 442 da CLT, o “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

Em sua duração, dinâmica, ação, podendo durar diversos anos aos quais as partes terão direitos e deveres recíprocos.

Apesar do contrato de emprego ser uma espécie de contrato de trabalho, o art. 442 citado acima trás como denominação contrato individual de trabalho, e de acordo com Sergio Pinto Martins essa é a correta.

O contrato é fonte de obrigações e por isso gera direitos, para que haja o contrato de emprego e necessário algumas características e elementos, que serão apresentados a seguir.

### **2.1 Características e elementos**

As características do contrato de trabalho são bilateralidade, consensualidade, onerosidade, comutativo e trato sucessivo.

No que diz respeito à bilateralidade refere-se a existência de obrigações e prestações por parte do empregador e empregado.

Para que um contrato de trabalho seja consensual é necessário existir manifestação de vontade entre as partes.

Ele será oneroso desde que haja remuneração paga pelo empregador. E será ainda comutativo com o reconhecimento das obrigações desde o início da contratação.

O trato sucessivo refere-se à continuidade na prestação de serviços é indispensável, não basta o cumprimento de uma única prestação, é necessário a sua duração.

### **3. FORMAS DE EXTINÇÃO DO CONTRATO**

Um contrato de trabalho pode ser extinto por diversas causas. Cada uma delas produz efeitos diferentes para as partes.

Na dispensa com justa causa, a rescisão é causada por alguma falta grave cometida pelo empregador, as verbas serão: saldo de salário e férias vencidas.

No caso de extinção por decisão do empregado existem três hipóteses, pedido de demissão, rescisão indireta e aposentadoria. Na rescisão indireta, o empregado se desliga da empresa em razão de falta grave do empregador.

Em caso de acordo entre as partes, os valores são transacionados, mas é proibido o levantamento do FGTS.

Quando uma das partes desaparece o contrato também pode ser extinto, como por exemplo, morte do empregado, morte do empregador pessoa física, extinção da empresa.

Ocorrendo dissolução da empresa, os empregados têm direito às verbas rescisórias, inclusive quando é decretada a falência de uma empresa, os empregados tem todos os seus direitos garantidos tendo assim característica indenizatória.

#### **3.1 Extinção pelo decurso do tempo**

Quando um contrato a prazo determinado encerra-se, também ocorre a extinção podendo ocorrer de dois modos distintos sendo a

primeira quando o contrato termina no período acordado ou em segunda hipótese pode ocorrer a rescisão antecipada, essa última se subdivide ainda em dispensa do empregado e o pedido de demissão do empregado.

Se o contrato por prazo determinado extinguir-se antes do período tratado e por parte do empregador, ele deverá pagar ao empregado a remuneração que ele teria direito só que pela metade até o final do contrato.

Mas se a iniciativa de rescindir o contrato for do empregado, ele deverá indenizar nas mesmas condições do citado acima.

### **3.2. Sem justa causa**

A extinção pode ocorrer por decisão do empregador em duas hipóteses, dispensa sem ou com justa causa. Na dispensa sem justa causa, nenhum motivo causa a rescisão, simplesmente o empregador decide demitir o empregado, as verbas devidas nesse caso resumem-se em saldo de salário, aviso prévio, férias vencidas, férias proporcionais mais um terço, décimo terceiro proporcional, fundo de garantia cumulado com a multa de quarenta por cento sobre o valor depositado do FGTS.

### **3.3 Força maior**

Força maior é um acontecimento inevitável que não se pode prever e o empregador não tenha concorrido para isso, o acontecimento tem que afetar a situação econômica da empresa para que possa utilizar-se da indenização pela metade, FGTS pela metade etc.

Como diz Sergio Pinto Martins A falência do empregador não será considerada como força maior, pois está inserida nos riscos do empreendimento.

Exemplos de força maior podem ser dados como incêndio, furacões, ou seja, qualquer desastre natural que não possa ser premeditado, que afete economicamente a empresa.

### **3.4 ‘Factum príncipes’**

Ato da administração pública que venha a encerrar a empresa causando a dispensa dos empregados.

Quando isso ocorre o art. 486 da CLT determina:

*“No caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável.”*

Importante frisar que verbas rescisórias ficam por conta da empresa, inclusive a indenização de 40% do FGTS.

### **3.5 Dispensa indireta**

Nesse tipo de extinção a decisão da rescisão é do empregado por motivo de justa causa do empregador, ao contrário da dispensa por justa causa pelo empregador, que ocorre quando esse dispensa o empregado por ter realizado alguma das hipóteses do artigo 482 da CLT.

De acordo com Sérgio Pinto Martins (2012, p. 402):*“Na rescisão indireta, o empregado deve, de preferência, avisar o empregador dos motivos por que está retirando-se do serviço, sob pena de a empresa poder considerar a saída do trabalhador como abandono de emprego.”*

No momento que ocorrer a falta do empregador, o empregado após comunicar sua saída e o porquê da iniciativa imediatamente deverá parar

de trabalhar e retirar-se da empresa sob risco de se concluir que houve o perdão por parte do empregado ou até mesmo que a gravidade da falta foi baixa a ponto de não atrapalhar a continuidade do trabalhador na empresa. Na rescisão por justa causa do empregado se faz também necessário a imediatidade, mas na aplicação da sanção pelo empregador, pois se não poderá ocorrer a descaracterização.

Os casos em que o empregado pode utilizar-se da dispensa indireta estão elencados no artigo 483 da CLT.

O primeiro deles é quando forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato.

As forças citadas são referentes tanto as físicas como a intelectual, ótimo exemplo referente a isso é dado por Sérgio Pinto Martins (2002, p. 348) “[...] o caso de fazer com que as mulheres ou menores empregassem força muscular de 30kg para trabalho contínuo, quando o permitido seria apenas até 20kg (art.390 e §5º do art. 405, da CLT)”.

Serviços defesos por lei são os que estão proibidos na legislação.

Os serviços contrários aos bons costumes são exemplificados claramente por Sérgio Pinto Martins (2002, p. 348) “[...] como se uma recepcionista de casa de tolerância tivesse que se submeter à conjunção carnal com os frequentadores da casa. [...]”.

Serviços alheios ao contrato de trabalho referem-se a um desvio de função ordenado pelo empregador, exemplo disso é

empregado contratado para ser recepcionista e após algum tempo o empregador começa ordenar que faça a faxina do estabelecimento.

A segunda hipótese de rescisão indireta é se o empregado for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo.

Essa hipótese é aquela em que o empregador ou superior hierárquico faz distinção de tratamento entre funcionários nas mesmas situações.

Outra situação é a situação em que o empregado correr perigo manifesto de mal considerável.

Exemplo sobre essa hipótese da alínea c é dada por Sérgio Pinto Martins (2002, p. 348):

*“É o que ocorreria se o empregador exigisse do empregado o trabalho em local em que pudesse contrair doença ou moléstia grave, ou outro fato que viesse a pôr em risco sua saúde, sua vida ou sua integridade física.”*

A rescisão indireta pode ocorrer ainda se o empregador não cumprir com as obrigações do contrato.

Resume-se em o empregador não observar as cláusulas contratuais do contrato de emprego, como não pagamento de salários, importante lembrar que, como defende o doutrinador Sérgio Pinto Martins, o não recolhimento do FGTS não acarreta a rescisão indireta, somente no caso do empregado necessitar sacar o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para financiamento de

casa própria e constatar que não o tem depositado por culpa do empregador. A falta de assinatura na CTPS também não acarreta rescisão indireta, pois o contrato verbal também pode ser feito pelas partes, não sendo assim descumprimento de cláusula contratual.

Se o empregador ou seus prepostos praticarem atos lesivos à honra e boa fama contra o empregado ou sua família será hipótese de rescisão indireta

Ato lesivo da honra e boa fama consistem em o empregador ou preposto praticar contra o empregado ou sua família atos de calúnia, injúria ou difamação.

Ocorre-se ainda a rescisão indireta se o empregador ou seus prepostos ofenderem o- no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

As ofensas podem ocorrer no recinto da empresa ou fora dele, além do empregador e prepostos quem também pode realizar esse ato são os companheiros do empregado atingido quando tiverem oportunidade e o empregador ou o chefe não tomar atitude para cessar o mesmo.

O contrato de trabalho será rescindido por culpa do empregador se reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

Acerca dessa alínea Valentin Carrion (2012, p. 456) cita jurisprudência que exemplifica perfeitamente o aludido caso:

*“Empregado mantido em ociosidade recebendo salário. Ato empresarial que atenta contra a dignidade da pessoa humana, pois é vexatória ao trabalhador a situação de receber salários sem que isto aconteça em razão de haver cumprido labor (TST, RR 7.127/86.2, Noberto Silveira, Ac. 3ª T. 1.736/87).”*

### **3.6 Culpa recíproca**

Ocorre quando a falta é tanto do empregado como do empregador, sendo assim a indenização é devida ao empregado, mas é reduzida em 50%, como consta na súmula 14 TST: “Reconhecida a culpa recíproca na rescisão do contrato de trabalho (art. 484 da CLT), o empregado tem direito a 50% (cinquenta por cento) do valor do aviso prévio, do décimo terceiro salário e das férias proporcionais”.

## **4. JUSTA CAUSA**

Como conceitua Sérgio Pinto Martins (2012, p. 382):

*“Justa causa é a forma de dispensa decorrente de ato grave praticado pelo empregado, implicando a cessação do contrato de trabalho por motivo devidamente evidenciado, de acordo com as hipóteses previstas em lei.”*

Justa causa é um ato ou procedimento errado que o empregado realiza, que conste em lei, dando ensejo a ruptura do vínculo empregatício.

### **4.1 Sistemas**

Existem três sistemas existente de acordo com Sérgio Pinto Martins, o genérico, o taxativo e o misto.



Genérico: autoriza que despeça-se o empregado sem especificação da hipótese de enquadramento da justa causa.

Taxativo: já nesse sistema as hipóteses da justa causa são determinadas, sendo que nem uma outra norma poderá tratar das hipóteses, pois essas ficarão a cargo da lei.

Misto: são utilizados os dois outros sistemas simultaneamente, é determinado por lei as hipóteses de justa causa só que em alguma das hipóteses é ampliado o alcance de seu enquadramento, podendo assim caber em diversos casos.

#### **4.2 Características**

Para que se configure a justa causa tem que ser observados requisitos que se dividem em objetivos e subjetivos.

Subjetivos: dolo e culpa do empregado, ou seja, é a vontade do empregado. Por dolo entende-se como sendo a intenção de praticar o ato faltoso, já a culpa refere-se à imprudência, negligência ou imperícia do empregado, fazendo com que o ato faltoso acabe ocorrendo.

Ainda de acordo com Sérgio Pinto Martins (2002, p. 332) há outros elementos subjetivos como: “[...] personalidade do agente, seus antecedentes, seu grau de instrução ou cultura, sua motivação etc.[...]”.

Portanto a culpa consiste em um dever que poderia se ter conhecimento ou ter observado. A culpa é sinônima de erro de conduta, isto é, toda conduta contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito.

Objetivo é a tipicidade, gravidade, nexos de causalidade, proporcionalidade, imediação e *non bis idem*.

Analisemos todos os itens objetivos:

A justa causa tem que ser tipificada em lei, ou seja, o ato do empregado tem que estar enquadrado em uma das hipóteses do artigo 482 da CLT. A gravidade do ato realizado pelo empregado tem que ser considerável, abalando a confiança que o empregador tem por ele. O nexo de causalidade é essencial para que o empregado não possa ser penalizado por faltas anteriores, em exemplo dado por Sérgio Pinto Martins (2002, p. 333) “[...] o empregado falta seguidamente ao serviço e o empregador o despede pelo fato de ter sido apanhado dormindo no serviço há quase um mês [...]”.

A proporcionalidade resume-se simplesmente em o empregador observar a gravidade da falta cometida pelo empregado e de acordo com isso aplicar a penalidade, não podendo nessa exceder-se de forma que a torne injusta.

A imediação é o elemento mais importante da justa causa, visto que se não utilizado em tempo correto, poderá causar a descaracterização da dispensa por justa causa. Consiste em o empregador aplicar a pena ao empregado rapidamente ou quando tomar conhecimento da falta do empregado. A descaracterização consiste em presumir-se que a falta praticada pelo empregado não foi tão grave e que por esse motivo ocorreu o perdão tácito pelo empregador.

A proibição a dupla aplicação de punição pelo mesmo ato, parte do princípio que é vedado ao empregador aplicar pena duas vezes ao empregador por um mesmo acontecimento que tenha provocado. Exemplo a respeito disso é dado por Sérgio Pinto Martins (2002, p. 333): *“O empregado sofre pena de advertência por ter descumprido uma ordem*

*do empregador. Posteriormente, o empregador, entendendo que a pena é muito branda, resolve aplicar a dispensa por justa causa ao empregado.”*

#### **4.3 Tipos ou elementos do artigo 482 da CLT**

As hipóteses legais que dão ensejo a demissão sem justa causa estão elencadas no art. 482 da CLT que dispõe o seguinte:

“Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de *improbidade*;
- b) *incontinência* de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o *empregado*, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, *caso* não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) *embriaguez* habitual ou em serviço;
- g) *violação* de segredo da empresa;
- h) ato de *indisciplina* ou de insubordinação;
- i) *abandono* de emprego;
- j) ato *lesivo* da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas,

nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

k) ato *lesivo* da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo *único* - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.”

Apenas nessas hipóteses justificam-se a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador sem justa causa. Caso contrário o Empregador não poderá utilizar-se desse tipo de dispensa, pois de acordo com o art. 7º da Constituição “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.”

Dessa forma, se faz necessário entendermos o que é despedida arbitrária, de acordo com o art. 165 da CLT, onde se diz que a dispensa é arbitrária se não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

A doutrina é quase que unânime em que o art. 482 é taxativo. Mas na CLT existem outros artigos que prevêm faltas graves que ensejam a justa causa, exemplos deles, segundo Sergio Pinto Martins, são os art. 508,

parágrafo único do art. 240 ambos da CLT, art. 20 da Lei n. 6.354/76, art. 13 da Lei n. 6.019 entre outros.

Isso pode ser explicado pelo simples motivo da CLT ser uma consolidação de leis, e pode ter ocorrido uma falha em sua organização, mas mesmo assim esses artigos podem ser incluídos no art. 482, exemplo disso é dado por Sergio Pinto Martins (2002, p. 332):

*“O não-pagamento de dívidas do bancário (art. 508 da CLT) poderia ser capitulado como improbidade. A não-realização de horas extras pelo ferroviário em caso de serviços urgentes por acidente (parágrafo único do art. 240 da CLT) pode ser enquadrada como insubordinação. O art. 20 da Lei n. 6.354/76 (atleta profissional de futebol) fala dos mesmos casos do art. 482 da CLT. O ato faltoso do empregado em se recusar a cumprir as determinações do empregador quanto as normas de segurança de trabalho ou de equipamentos de proteção individual (parágrafo único do art. 158 da CLT) é conduta tipificada como indisciplina ou insubordinação.”*

Portanto conclui-se que o artigo 482 da CLT é taxativo, ou seja, somente as faltas tipificadas nele poderão ser usadas para a justa causa do Empregado.

Passaremos à analisá-las relacionando-as com sua tipificação legal.

#### **4.3.1 Ato de improbidade**

De acordo com Sérgio Pinto Martins a palavra improbidade revela mau caráter, perversidade, maldade, desonestidade, ímproba é uma pessoa que não é honrada.

Assim, o ato de improbidade significa uma conduta desonesta do empregado, causando prejuízos ao patrimônio do empregador.

A falta grave pode ser decorrente de um furto, roubo, apropriação indébita de coisas da empresa, atestados médicos falsos etc.

Amauri Mascaro Nascimento (2001, p.465) conceitua improbidade como “[...] ato lesivo contra o patrimônio da empresa, ou de terceiro, relacionado com o trabalho [...]”.

Como exemplo desse ato, pode-se utilizar o roubo, extorsão, falsificação de documentos para receber horas extras, apropriação indébita de valores da empresa.

O ato de improbidade independente de como for, terá que ser provado pelo empregador de forma convincente, como refere-se a jurisprudência:

*“DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA - APLICAÇÃO DO ART. 482, “A”, DA CLT - ATO DE IMPROBIDADE - A despedida por justa causa deve ser cabalmente comprovada para que seja considerada válida, pois dela advém inúmeras conseqüências desfavoráveis ao trabalhador despedido. Assim, as imputações motivadoras da despedida devem ser precisas, claras e irrefutáveis. No caso, a justa causa não foi devidamente comprovada, não havendo falar na incidência do art. 482, “a”, da CLT. (TRT 4ª R - 0142500-45.2007.5.04.0281 (RO). Órgão Julgador: 9ª T - Rel. Juiz Marçal Henri dos Santos Figueiredo)”*

*“INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - JUSTA CAUSA - ACUSAÇÃO DE FURTO NÃO COMPROVADA - Hipótese na qual a reclamada agiu temerariamente e com rigor excessivo ao demitir a reclamante por justa causa fundada em acusação de furto que não restou comprovado, caracterizando, assim, dano injusto, hábil a gerar indenização por danos morais, agravado pela divulgação das acusações no ambiente de trabalho, causando danos à honra subjetiva e objetiva da empregada. Sopesadas as circunstâncias do caso concreto, impõe-se a redução do valor da indenização para o montante de R\$ 20.000,00, o qual é consentâneo ao dano sofrido pela reclamante. Apelo parcialmente provido. (TRT 4ª R - 0131400-42.2007.5.04.0104 RO. Órgão Julgador: 3ª T - Rel.ª Desemb.ª Maria Helena Mallmann)”*

*“JUSTA CAUSA – CONFIGURAÇÃO – Tendo em vista a gravidade da conduta da reclamante, consubstanciada na utilização de atestado médico adulterado, com o fito de justificar ausência ao serviço, não há como exigir tolerância por parte da empresa, restando inviabilizada a continuidade do vínculo e autorizada a ruptura do contrato de trabalho por justa causa, com espeque na alínea a do art. 482 da CLT. Recurso ordinário a que se nega*

*provimento. (TRT2ª R – RS 02191200305102007 – Ac. 20070953249. Órgão Julgador: 5ª T – Relª Juíza Anelia Li Chum)”*

Em jurisprudências apresentada por Amauri Mascaro Nascimento (2001, p. 465) temos exemplos de atos de improbidade:

*“Dá ensejo ao rompimento do vínculo contratual, por justa causa, a encarregada de loja que é flagrada, após o fechamento desta, portando mercadorias da empresa, sem comprovante de aquisição da propriedade delas. (TRT, 11ª Reg., Proc. RO-92/86, julg. 27.5.86, Rel. Juiz Marinho Bezerra).”*

*“A improbidade fere os padrões morais de uma sociedade. É um ato que corresponde sempre a uma lesão ao patrimônio da empresa. O reclamante não só se apropriou de valores da reclamada, como permitiu que outros também se apropriassem. (TRT, 11ª Reg., Proc. RO-172/85, julg. 6.8.85, Rel. Juiz Geraldo L. Silva).”*

*“Caracteriza-se a falta grave de improbidade, ainda que diga respeito a terceiros e não ao empregador. Assim, o empregado que na hora do almoço, invada propriedade alheia, para furtar frutas comete falta de improbidade. (Proc. TRT, 2ª Reg., 728/64, Ac. 2.820/64, julg. 14.7.64, DOE 6.8.64, Rel. Teixeira Penteado, Monitor Trab., agosto de 1964).”*



Ainda são considerados atos de improbidade falsificação de atestados para justificar faltas ao serviço.

Inclina-se a jurisprudência no entendimento do ato de improbidade em todo aquele que atenta contra o patrimônio do empregador.

Não há necessidade de ser feito boletim de ocorrência para o caso de improbidade, não importando ainda o valor da coisa subtraída se o caso for de furto, roubo ou apropriação indébita.

#### **4.3.2 Incontinência de conduta**

Nos ensinamentos de Sérgio Pinto Martins (2002, p. 336):

*“A incontinência de conduta está ligada ao desregramento do empregado no tocante à vida sexual. São obscenidades praticadas, a libertinagem, a pornografia, que configuram a incontinência de conduta.”*

Para Amauri Mascaro Nascimento (1998, p. 440): “[...] a incontinência de conduta é um comportamento irregular incompatível com a moral sexual dentro do ambiente laboral [...]”.

O empregador ao acusar o empregado de tal ato, terá que ter excepcional cautela para que não realize apontamentos falsos que venham a trazer prejuízos a reputação do acusado, se isso ocorrer poderá o empregador responder ação de indenização proposta pelo empregado na defesa de seus direitos.

No caso da incontinência de conduta o fator probatório é mais complicado, pois na maioria das vezes os fatos são realizados sem a presença de testemunhas, como refere-se a jurisprudência:

*“DISPENSA POR JUSTA CAUSA. INCONTINÊNCIA DE CONDUTA. A incontinência de conduta está ligada ao desregramento do empregado no que tange à sua vida sexual ao ponto de atingir a moral e prejudicar o ambiente de labor ou suas obrigações contratuais. É notório que as provas que envolvem situações de conotação sexual, seja o ato obsceno, o assédio sexual, a libertinagem, a pornografia, ou qualquer outra, são, na maioria das vezes, difíceis de ser produzidas, por ocorrerem em ambientes fechados e longe da presença de outras pessoas. Destarte, o Juiz a quo que, usufruindo de plenas condições para o exame detido de cada depoimento, proporcionado pelo contato próximo com as partes envolvidas, pode, de perto, auscultar com propriedade seus pensamentos e emoções, avaliando com maior exatidão o valor real das provas. ( PROCESSO TRT - RO - 01004-2007-053-18-00-7. Relator: Marilda Jungmann Gonçalves Daher. Goiás.)”*

A incontinência de conduta refere-se a atos de natureza sexual e também pode ser exemplificada como sendo o funcionário que se utiliza do e-mail corporativo para troca de mensagens com conteúdo pornográfico.

#### **4.3.3 Mau procedimento**

No artigo 482 alínea b está previsto o mau procedimento. Assim de acordo com Amauri Mascaro Nascimento (1998, p. 422): “[...] É o comportamento irregular do empregado, incompatível com as normas exigidas pelo senso comum do homem médio [...]”.

As diferenças entre o mau procedimento e incontinência de conduta são poucas: os pressupostos são iguais, mas no mau procedimento considera-se o ato que vai contra a ética enquanto que na incontinência de conduta leva-se em conta ato de natureza sexual.

Inúmeros exemplos podem ser dados a cerca do mau procedimento, como: o funcionário que enviou e-mails para resolver assuntos particulares durante o expediente de trabalho, o [empregado](#) que é pego fumando maconha em horário de almoço dentro do estabelecimento da empresa e [o professor](#) que afixa cartaz na própria instituição que ministra aulas contra seu aumento de mensalidade.

Pode ser ainda considerado como exemplo de mau procedimento o vigilante que realiza ligações para telessexo em horário de trabalho, o gerente de banco que forja contratos de empréstimo em benefício próprio e [o auxiliar](#) de enfermagem que abandona o plantão e vai dormir em pleno horário de trabalho.

É possível perceber através dos exemplos acima que é impossível a conceituação precisa, pois a caracterização dessas condutas são totalmente dependentes da análise do caso concreto.

De acordo com Valentin Carrion (2012, p. 447):

*“A figura de mau procedimento é tão ampla que poderia abranger todas as outras e, na prática, serve para focalizar*

*qualquer ato do empregado que, pela sua gravidade, impossibilite a continuação do vínculo, desde que não acolhido precisamente nas demais figuras, nem excluídos por algumas delas ao dar exato limite a determinada conduta.”*

#### **4.3.4 Negociação habitual**

A negociação diz respeito de acordo com Martins (2002, p. 337) “[...] Atos de comércio praticados pelo empregado”.

Ponto essencial nesse caso para que exista a justa causa é que essa negociação não seja permitida pelo Empregador e que haja habitualidade. O empregado não poderá exercer atividade que cause concorrência desleal à empresa, sendo assim o empregado poderá praticar outra atividade em horários livres, mas nunca uma que acarrete prejuízos a empresa. Uma boa explicação acerca desse tema é apresentado por Sérgio Pinto Martins (2002, p. 337):

*“A negociação diz respeito aos atos de comércio praticados pelo empregado. Essa negociação, segundo a lei trabalhista, deve ser a feita sem permissão do empregador e com habitualidade. Se houver permissão do empregador, a justa causa estará descaracterizada. O mesmo ocorre se não houver habitualidade.”*

Haverá ainda ato prejudicial ao empregador se o empregado realizando serviço paralelo diminuir sua produção no outro emprego.

Ainda um exemplo que ilustra muito bem a negociação habitual é daquele empregado que constitui empresa do mesmo ramo da sua empregadora, de forma clandestina, praticando assim a concorrência desleal, que enseja a justa causa ou o empregado que se utiliza da clientela

da empresa que trabalha para vender seu produtos em detrimento do empregador, também pode ser dispensado por justa causa.

Em entendimentos jurisprudenciais temos a configuração de negociação habitual, ensejando a justa causa:

*“RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA. ART. [482](#), -C-, DA [CLT](#). NEGOCIAÇÃO HABITUAL E ATO DE CONCORRÊNCIA. O Regional evidenciou que havia negociação habitual entre o autor e a empresa San Genaro, cliente da reclamada, bem como asseverou que -(...) o fato de estabelecer concorrência com a empresa empregadora reforça ainda mais a tese de configuração da dispensa por justa causa- . Desse modo, somente com o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos seria possível reconhecer a veracidade das alegações produzidas no recurso de revista, no sentido de que não houve negociação habitual e ato de concorrência. Assim sendo, resta inafastável a aplicação da orientação expressa na Súmula nº 126 desta Corte, cuja incidência inviabiliza a análise de violação do dispositivo invocado e de dissenso com os arestos colacionados. Não conhecido. MULTA DE 1%. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS. É indevida a condenação ao pagamento da multa de 1% prevista no [parágrafo único](#) do art. [538](#) do [CPC](#) se o Regional*

*presta esclarecimentos no tocante à matéria suscitada no apelo, pois exsurge a inexistência de caráter protelatório da parte. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido, no particular. (TST - RR 1261 1261/2007-098-03-00.1 Relator Emmanoel Pereira. Julgamento: 04/11/2009. Órgão julgador: 5ª Turma)”*

*“RECURSO ORDINÁRIO. JUSTA CAUSA. ART. [482](#), A B E C DA [CLT](#). ATO DE IMPROBIDADE E CONCORRÊNCIA À EMPRESA PARA A QUAL TRABALHAVA A EMPREGADA. A prova que consta dos autos evidencia que estão caracterizadas as alegações de improbidade, mau procedimento, negociação habitual e concorrência desleal, de modo a constituir justa causa, na forma como foi afirmada pela ex-empregadora. A reclamante praticou atos incompatíveis, quebrando a fidedignidade indispensável à continuidade da relação de trabalho. A entrega à ex-colega,- que também trabalhou na reclamada, mas após o desligamento continuou em atividade na intermediação e venda de apólices de seguro, por conta própria, à qual, posteriormente, a ex-empregada se associou - de um computador, com a carteira de clientes da recorrida, que passaram a ser atendidos por ambas. E não havia autorização da*

*reclamada para tal entrega. (TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO: RECORD 959200943302004 SP 00959-2009-433-02-00-4 Relator Carlos Francisco Berardo. Julgamento 02/03/2010. Órgão julgador 11ª Turma)”*

*“JUSTA CAUSA. ATOS DE CONCORRÊNCIA AO EMPREGADOR. 1. Não constitui justa causa para a despedida ato isolado de concorrência ao empregador, praticado pelo empregado. 2. A justa causa de que cogita o art. 482 , c, da CLT supõe, necessariamente, habitualidade na negociação que importe atos de concorrência desleal ao empregador. 3. Recurso de revista não provido. (TST – Recurso de Revista 647297 647297/2000.6. Relator: João Oreste Dalazen.)”*

É necessário para caracterização dessa conduta: a habitualidade, ocorrendo uma concorrência efetiva, prejudicando os lucros do empregador, como podemos constatar na jurisprudência abaixo:

*“RECURSO DO RECLAMANTE. Justa causa. Prova do ato faltoso. Quebra de confiança caracterizada. Desincumbiu-se a ré em provar o ato faltoso imputado ao reclamante. Quebra de confiança caracterizada, pois o empregado praticou negociação habitual, por conta própria e sem permissão do empregador, constituindo concorrência*

*à empregadora e prejuízo aos negócios por ela mantidos. Indenização por dano moral. Não há que se falar em indenização por dano moral, diante da falta grave praticada e provada nos autos. NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DO RECLAMANTE." (TRT-2 – Recurso Ordinário Record 811200746202003 SP 00811-2007-462-02-00-3. Relator: MARTA CASADEI MOMEZZO. Órgão Julgador: 10ª TURMA)"*

Outro exemplo de justa causa por negociação habitual é dado por Valentin Carrion (2012, p. 448) relatando que “o empregado utiliza seu tempo de serviço na venda de produtos próprios, em evidente prejuízo ao seu trabalho e de colegas”.

Mas se a empresa tiver conhecimento das práticas de negociação de seu empregado e não toma providências fica descaracterizada a justa causa, como verifica-se através de Valentin Carrion (2012, p. 448) a jurisprudência abaixo:

*“Descaracteriza-se a concorrência desleal ao obreiro atribuída se a prova, como na espécie, revela, que a empresa não só tinha ciência de que ele praticava o comércio informal de mercadorias por ela vendidas, como também autorizava a guarda de tais mercadorias na loja, o que denota verdadeira tolerância com referido procedimento.(TRT/SP, 2.930.362.612, Anélia Li Chum, Ac. 7ª T. 7.699/95)”*

#### **4.3.5 Condenação criminal sem sursis**



O trabalhador que envolver-se em processo criminal e for condenado e não obter o sursis poderá ser dispensado por justa causa, mesmo que os fatos que levaram a condenação não tenham ligação com o serviço.

O sursis consiste em o condenado não cumprir a pena, pois seus antecedentes ou a natureza de seu crime são considerado pelo juiz brandos, sendo assim sursis significa a suspensão condicional da pena.

Em jurisprudência apresentada por Amauri Mascaro Nascimento (2001, p. 469) fica totalmente evidenciada a necessidade da inoccorrência do *sursis* para o enquadramento da justa causa: “ ‘A sentença criminal passada em julgamento, só influirá nos feitos trabalhistas para caracterização da justa causa se não tiver havido suspensão condicional da pena’ (TRT, 7ª Reg., RO 710/83, julg. 25.1.84, Rel. Juiz Paulo da Silva Porto)”.

Amauri Mascaro Nascimento (2001, p. 469) apresenta a jurisprudência:

*“Não tendo havido suspensão da execução da pena, a condenação criminal do empregado, passada em julgado, nos exatos termos do art. 482, d, da CLT, autoriza a sua dispensa. Tal fato cria impossibilidade física para a manutenção do contrato de trabalho” (Pleno TST, Proc. 6.698/48, DJGB 20.9.51, pág. 2883, Rel. Min. Edgard Sanches, in “A CLT vista pelo TST” cit., pág. 224).”*

E ainda Amauri Mascaro Nascimento (2001, p. 469) complementa:

*“Para configuração da justa causa prevista no art. 482, d, da CLT, basta que o empregado tenha sido*

*condenado, que a sentença tenha passado em julgado e não haja sido concedido o benefício do sursis. A extinção da punibilidade, pela prescrição, nos termos do art. 108, IV, do CP, não descaracteriza aquela justa causa, principalmente se o delito cometido, dadas as condições e a natureza da pena, não comportava a concessão do sursis” (1ª T., TST, Ver. 541/56, Rel. Min. Oliveira Lima, in Wagner Giglio, op. Cit.).”*

Em jurisprudência a respeito da justa causa do empregado, fica clara a necessidade da sentença transitada em julgado:

*“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS COMPROVADOS - IMPUTAÇÃO DE PRÁTICA DELITUOSA À FUNCIONÁRIO - DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA ANTERIOR AO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL - ABSOLVIÇÃO CRIMINAL - DOLO CONFIGURADO - ABUSO DE DIREITO - CONDENAÇÃO DO EMPREGADOR IMPERIOSA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. (TJMS 9458 MS 2003.009458-0, Relator: Des. Rêmolo Letteriello, Data de Julgamento: 14/10/2003, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: 22/10/2003)”*

De acordo com Valentin Carrion (2012, p. 448) “a rescisão impõe-se por absoluta impossibilidade de cumprimento das obrigações contratuais”.

Assim nos casos de prisão que permite ao condenado sair para trabalhar todos os dias e recolher-se a noite não é permitido o rescisão por justa causa, simplesmente pelo fato do condenado pode ir trabalhar todos os dias e assim não descumprir suas obrigações contratuais firmadas com o empregador.

#### **4.3.6 Desídia**

De acordo com Amauri Mascaro Nascimento (2001, p. 617) “[...] desídia é a falta de diligência do empregado em relação ao emprego.”

Incluem-se nesse conceito, para caracterizá-lo, a negligência, imprudência e imperícia.

Faz-se necessário para melhor entendimento a especificação de cada um dos três itens citados acima.

A negligência consiste na falta de atenção ou cuidado. O empregado não age com o cuidado que é exigido em determinada situação.

Já a imprudência uma atitude imprudente é de uma pessoa que mesmo tendo conhecimento do risco da atividade, acredita que praticá-la não acarretará prejuízo a ninguém.

Por fim a imperícia ocorre quando não existe o domínio de uma técnica por alguém que teria que tê-la decorrente de sua profissão e formação.

De acordo com Valentin Carrion (2012, p. 449) desídia é “falta culposa, e não dolosa, ligada à negligência; costuma-se caracterizar pela prática ou omissão de vários atos (comparecimento impontual, ausências, produção imperfeita)”

Ainda Valentin Carrion (2012, p. 449) defende que não é necessário em alguns casos a prática das faltas por várias vezes, podendo apenas uma única vez configurar a justa causa, “[...] excepcionalmente poderá estar configurada em um só ato culposo muito grave; se doloso ou querido, pertencerá a outra das justas causas[...]”.

Em jurisprudência trazida por Valentin Carrion (2012, p. 449) tem-se o exemplo do qual não foi necessária a reiteração da prática faltosa:

*“O legislador não obriga à gradação de punições. Basta que configurada a situação tipificada para que o empregador fique autorizado a proceder à dispensa justificada (TST, RR 163.359/95, José Luiz Vasconcellos, Ac. 3ª T. 3.478/96).”*

#### **4.3.7 Embriaguez**

A embriaguez pode ser habitual ou em serviço.

##### **4.3.7.1 Embriaguez habitual**

É a embriaguez que ocorre fora do serviço e somente poderá ser utilizada como motivo para justa causa do empregado caso transpareça em seu ambiente de trabalho, de acordo com os ensinamentos do doutrinador Mauricio Godinho Delgado (2002, p. 1172):

*“Mesmo que habitual o estado etílico do empregado, se restrito ao período posterior à prestação laborativa, sem repercussões no contrato, não pode ser considerado causa de resolução do pacto empregatício, sob pena de estar-se admitindo*

*interferência abusiva do vínculo de emprego na vida pessoal, familiar e comunitária do indivíduo. Esta situação hipotética trazida pela CLT (embriaguez habitual) somente é apta a propiciar justa causa se produzir influência maléfica ao cumprimento do contrato de trabalho.”*

Mas existem posicionamentos mais atuais que defendem a inexistência da embriaguez habitual, sendo letra morta na CLT, por isso não tem como consequência a justa causa e sim o afastamento pelo INSS do empregado, pois o Ministério da Saúde entende ser causa de doença.

Em entendimentos jurisprudenciais fica evidenciado o posicionamento a cerca da embriaguez habitual não ser considerada justa causa:

*“RECURSO DE REVISTA JUSTA CAUSA EMBRIAGUEZ. A embriaguez habitual ou em serviço só constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador quando o empregado não é portador de doença do alcoolismo, também chamada de síndrome de dependência do álcool. Recurso de revista conhecido e desprovido. (TST – RECURSO DE REVISTA RR 2000409720045190003 200040-97.2004.5.19.0003. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Órgão Julgador: 1ª Turma)”*

*“Servidor público. Processo administrativo Disciplinar. Embriaguez habitual. Demissão ilegal. Reintegração. Princípio da restitutio in integrum. O servidor acometido de dependência crônica de alcoolismo deve ser licenciado para tratamento de saúde ou, se for o caso, aposentado por invalidez, mas nunca demitido, por ser titular de direito subjetivo à saúde e vítima do insucesso das políticas públicas sociais do Estado, impondo-se a anulação do ato de demissão, com a respectiva reintegração”. (TJRO - Apelação Cível AC 10000120070199115 RO 100.001.2007.0199115. Relator: Desembargador Renato Mimessi. Órgão Julgador: 1ª Vara da Fazenda Pública)”*

#### **4.3.7.2 Embriaguez em serviço**

A embriaguez em serviço para que configure justa causa é suficiente que o empregado apresente-se alcoolizado uma única vez no local de trabalho para configurar justa causa.

Corroborando com determinado entendimento está à justiça brasileira como podemos observar em jurisprudências:

“JUSTA CAUSA - HIPÓTESE EM QUE SE CONFIGUROU A EMBRIAGUEZ EM SERVIÇO (ART. 482, -F-, DA CLT) O v. acórdão regional entendeu caracterizada justa causa à dispensa pela embriaguez em serviço, com fundamento em prova documental,

que atestou a ingestão de bebida alcoólica durante o expediente, e no fato de o Reclamante já haver sido suspenso, por problemas de conduta. O *Recurso de Revista* está fundamentado na alínea a do permissivo, com a colação de arestos genéricos e outros que contemplam hipóteses fáticas diversas das delineadas pela Corte a quo. Aplicam-se as Súmulas nos 23 e 296/TST. *Recurso de Revista não conhecido. (TST - RECURSO DE REVISTA 655100-74.2000.5.04.5555. Relator; Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Órgão Julgador: 3ª Turma).*”

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 11.496 /2007. EMBRIAGUEZ EM SERVIÇO. CONDOTA ÚNICA. JUSTA CAUSA. A hipótese, que versa sobre a possibilidade de rescisão contratual em virtude da conduta única de embriaguez do empregado no serviço, situa-se muito mais no plano da justiça, que invoca o juízo de proporcionalidade na gradação da pena a ser aplicada, do que na esfera legal. A alínea f do art. 482 da CLT, ao estabelecer como justa causa a -embriaguez habitual ou em serviço- sugere a possibilidade de uma única conduta de embriaguez em serviço configurar o ilícito laboral. Não há, sob esse prisma, violação literal a tal preceito. Para

*sopesar a análise fria do art. 482, f, da CLT devem ser agregados outros elementos que revelem, por exemplo, o comportamento pretérito do empregado, a repercussão da conduta do Reclamante no âmbito funcional e social do empregador etc. Não constam do acórdão prolatado pelo Tribunal Regional, entretanto, elementos que pudessem mitigar o rigor da pena aplicada, razão por que a Turma negou provimento ao Recurso de Revista. Incólumes os arts. 482, f, da CLT e 5.º, II, da Constituição Federal. Embargos não conhecidos. (TST – EMBARGO EM RECURSO DE REVISTA E-RR 1299000412002502 1299000-41.2002.5.02.0900. Relator: Maria de Assis Calsing. Órgão Julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais)”*

Importante ressaltar que empregado que é pego bebendo no serviço tem configurado como justa causa desídia, pois para ser considerado como embriaguez em serviço há necessidade de ser comprovado esse estado de embriaguez, através da dosagem de álcool no sangue.

Não é necessário para configurar-se a embriaguez somente o consumo de álcool, sendo que o consumo de outras drogas como entorpecentes também se enquadram no caso em questão.

#### **4.3.8 Violação de segredo**



Previsto na alínea g do Art. 486 da Consolidação das Leis do Trabalho a violação de segredo da empresa visa proteger com a sua tipificação legal as informações confidenciais que se divulgadas pelo obreiro podem prejudicar a empresa.

De acordo com Amauri Mascaro Nascimento (2001, p. 617):

*“A violação de segredo por parte do empregado que tem o dever de sigilo quanto às informações de que dispõe sobre dados técnicos da empresa, administrativos também para alguns, é outra justa causa.”*

Em jurisprudência podemos observar o entendimento de violação de segredo:

*“JUSTA CAUSA VIOLAÇÃO DE SEGREDO. Provado que a reclamante repassou, através de mensagens eletrônicas, a um seu antigo chefe (ex-diretor) que se encontrava trabalhando para estabelecimento concorrente, informações sigilosas da reclamada, quebrando, assim, a fidúcia inerente à relação de emprego, correta a decisão que entendeu presente a justa causa para o despedimento. (2035009020075070013 CE 0203500-9020075070013, Relator: LAIS MARIA ROSSAS FREIRE. Órgão Julgador: TURMA 1).”*

*“JUSTA CAUSA PARA DISPENSA.A dispensa da autora ocorreu por justa causa, em decorrência desta*

*ter violado segredo da empresa, ao transmitir para terceiros interessados e concorrentes da reclamada, cotações de preços de material, encaminhadas para cliente desta. E nem se alegue que sua conduta não se enquadraria na tipificação da letra g artigo 482 da CLT (violação de segredo da empresa), pois, efetivamente, a demandante traiu a confiança de seu empregador, ao divulgar informações confidenciais à empresa concorrente e que, efetivamente, poderiam causar àquele significativo prejuízo. Por fim, a gravidade do fato noticiado tornou inviável a continuidade da relação de emprego, motivo pelo qual não há que se falar em gradação da pena 482CLT. (1731200826302006 SP 01731-2008-263-02-00-6, Relator: ODETTE SILVEIRA MORAES. Órgão Julgador: 16/06/2010, 2ª TURMA)”*

Valentin Carrion (2012, p. 450) defende que “não é necessário ser considerado segredo, sendo suficiente a dedução”.

Logicamente quando a autoridade competente determinar que o empregado faça algo, não poderá ser tipificado a violação de segredo.

#### **4.3.9 Indisciplina**

Segundo Amauri Mascaro Nascimento (1998, p. 427):

*“Indisciplina é o descumprimento de ordens gerais de serviço. Portanto, é a desobediência às determinações contidas em circulares, portarias,*

*instruções gerais da empresa, escritas ou verbais. Ex.: Recusar-se à revista obrigatória na saída do expediente.”*

Dispõe o nosso pátrio tribunal:

DISPENSA POR JUSTA CAUSA. ATO DE INDISCIPLINA. CONFIGURAÇÃO. ART. 482, H, DA CLT. Constitui indisciplina o ato em que empregado desrespeita as ordens de caráter geral da empresa, dirigidas impessoalmente ao quadro de empregados, tais como normas, regulamentos, portarias, circulares e diretrizes gerais. O depoimento do autor e o acervo documental produzido pela demandada demonstraram de forma inequívoca a prática de ato faltoso ensejador da dispensa por justa causa, tipificada no art. 482, h, da CLT. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. A falta de comprovação *robusta* de ofensa aos direitos subjetivos do empregado não autoriza a indenização por danos morais. No caso em tela, não há qualquer prova nos autos de que os fatos geradores da dispensa motivada atingiram a honra, a imagem, a integridade, os valores psíquicos do reclamante. Recurso conhecido e desprovido. (TRT-16 : 2221200800516002 MA 02221-2008-005-16-00-2. Relator: Marcia Andrea Farias da Silva)

JUSTA CAUSA - MOTIVO DETERMINANTE - ATO DE INDISCIPLINA OU INSUBORDINAÇÃO - ART. [482](#), h, da [CLT](#) - CONFIGURAÇÃO- A configuração da conduta perpetrada pelo reclamante restou demonstrada de forma indubitável nos autos, sendo tal conduta capaz de acarretar a rescisão do pacto laboral de forma motivada, consoante capitulação descrita na alínea h do art. [482](#) da [CLT](#). Desta feita, a conduta do obreiro em imputar à representante da empresa expressão pejorativa, afigura-se incompatível com o *comportamento* que deve permear a relação de emprego, o que impõe a manutenção da justa causa reconhecida pelo juízo a quo. Recurso improvido. (TRT-23 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA : RO 2058200400323003 MT 02058.2004.003.23.00-3. Relator: Juiz Convocado Paulo Brescovici. Órgão julgador: Tribunal Pleno)

#### **4.3.10 Insubordinação**

A insubordinação consubstancia-se quando o empregado revela-se contra uma ordem geral do empregador. Um exemplo disso é quando a regra de não fumar dentro do estabelecimento de trabalho não é observada pelo funcionário.

São comandos individuais não obedecidos pelo empregado, como recusar-se a revista no emprego desde que o empregador esteja dentro do estipulado para o ato, a empresa deve estar com a razão.

As ordens dadas ao empregado têm que vir diretamente do supervisor, não pode ser de trabalhador com cargo parecido ao do empregado que receberá a ordem, pois se o subordinado recusar-se a cumprir determinada ordem de um empregado com o cargo igual a seu esse ato não poderá ser considerado insubordinação.

Se não houver a observação desses detalhes a justa causa não poderá ser aplicada por falta dos requisitos.

A doutrina quanto a diferenciação da Indisciplina e da insubordinação não tem controvérsias, mas a jurisprudência tem, ocorrendo na maioria das vezes como defende Valentin Carrion confusão jurisprudencial o que para ele é justificável, devido a dificuldade em diferenciar uma da outra.

Em jurisprudências apresentadas por Valentin Carrion (2012, p. 450) temos exemplos de indisciplina: “Configuração. Empregado que desacata o chefe com expressão desrespeitosa merece a dispensa com justa causa (TRT/SP, RO 02850245989, José Serson, Ac. 6ª T. 11.236/87)”.

E ainda, Valentin Carrion (2012, p. 450) apresenta:

“Dá justa causa para a sua dispensa, o empregado, vigilante, com passado funcional não isento de mácula e que abandona seu posto para receber, em local isolado, pessoa *estranha* aos quadros da empresa, afrontando proibição do empregador (TRT/PR, RO 776/86, Carmen Ganem, Ac. 2ª T. 2.125/86)”

“Ainda que o empregado tenha um passado funcional ilibado, ofender e *desrespeitar* superior *hierárquico* é atitude suficientemente grave para justificar a imediata rescisão contratual (art. 482, “k”, da CLT) (TRT, 10ª Reg., RO 1.095/85, Fernando Damasceno, Ac. 1ª T. 1.032/86)”

“Provada a desobediência a ordens diretas de superior hierárquico, comete o obreiro ato de *insubordinação* que determina o rompimento do pacto laboral por justo motivo (TRT/DF, RO 2.235/85, Câmara Portocarrero, Ac. 2ª T. 2.589/86).”

“Participação pacífica em greve. A participação pacífica na greve que posteriormente foi considerada ilegal, não revela, por si só, motivo para a dispensa por justa causa. É indiscutível que o empregador detém o poder de comando e o livre *arbítrio*, mas não pode a atitude *empresarial* atingir uma minoria, em flagrante desrespeito ao princípio da isonomia (TST, ED-RR 141.733/94.8, Galba Velloso, Ac. 4ª T. 4.330/96).”

#### **4.3.11 Abandono de emprego**

De acordo com conceito do doutrinador Amauri Mascaro Nascimento (2001, p. 617): “[...] Abandono de emprego é a renúncia intencional do emprego, configurando-se com o elemento objetivo, que é

a ausência prolongada, e o elemento subjetivo, que é a intenção de não mais continuar a relação de emprego [...]”.

Como comentando acima para a configuração dessa justa causa é necessário existirem dois elementos: objetivo e o subjetivo.

O primeiro consiste no afastamento do serviço e o segundo na intenção do empregado.

De acordo com a jurisprudência o tempo de afastamento vem sendo de 30 dias, mas esse prazo pode ser menor se o elemento subjetivo estiver claro, ou seja, a intenção do empregado de terminar com o contrato de trabalho.

Como no exemplo citado por Mauricio Godinho Delgado (2002, p. 1174): “[...] é o que se verifica, ilustrativamente, com a comprovação de que o obreiro ingressou em novo emprego, em horário incompatível com o do antigo contrato. [...]”

É complicado falar em provas a respeito do elemento subjetivo, visto que ele é a vontade do sujeito, de difícil constatação, mesmo assim se faz imprescindível sua existência, visto que existem situações onde a intenção do empregado ao faltar não é rescindir o contrato podendo ser simplesmente uma situação onde ele não conseguiu comunicar ao empregador o motivo de suas faltas.

Não pode ser confundido o abandono de serviço com o abandono de emprego, como defende o doutrinador Mauricio Godinho Delgado (2002, p. 1175):

“A primeira situação pode dar ensejo a outra justa causa, como indisciplina ou insubordinação, por

exemplo (o empregado simplesmente *deixa* o trabalho mais cedo, sem motivo justo, contra o horário estipulado – indisciplina -, ou desrespeitando a negativa da chefia – insubordinação). O abandono do serviço pode ser até mesmo válido, como ocorre na adesão pacífica a movimentos paredistas, Já a *expressão* abandono de emprego reserva-se para a infração mencionada no art.482, “i”, da CLT.”

Em jurisprudência tem-se a exemplificação de caso de abandono de emprego, referindo-se a necessidade do elemento objetivo explicado acima:

“JUSTA CAUSA. ABANDONO DE EMPREGO. Deve ser reconhecida a justa causa por abandono de emprego quando demonstrado que o demandante se afastara do trabalho, *com* a intenção de não mais prestar serviços para o reclamado, sem lhe fazer a *devida* comunicação nesse sentido. (TRT – 13 – PB 131698 PB 00213.2011.026.13.00-4, Relator: ANA MARIA FERREIRA MADRUGA. Órgão Julgador: Tribunal Pleno)”

Cabe ao empregador o ônus da prova quando alegado por este o abandono de emprego, como constata-se jurisprudência a seguir

“ABANDONO DO EMPREGO - ÔNUS DA PROVA DO EMPREGADOR. Alegado o abandono do emprego, como justa causa para a rescisão contratual, incumbe



ao empregador o ônus de provar robustamente referida alegação, tendo *em vista a presunção*, favorável ao empregado, do interesse na continuidade do contrato de trabalho que é um dos princípios basilares desse ramo jurídico. (834120115070024 CE 0000083-4120115070024, Relator: MARIA JOSÉ GIRÃO, Data de Julgamento: 12/01/2012, Primeira Turma)”

#### **4.3.12 Ato lesivo à honra e boa fama**

Esse tipo jurídico refere-se à injúria, calúnia ou difamação, agressão física em colegas ou terceiros dentro da empresa. Portanto também está incluído nesse tipo jurídico agressões físicas.

A ofensa física ocorre quando o empregado agredir alguém, podendo ser o empregador ou superiores hierárquicos. Dessa forma a falta grave independe da existência de lesão corporal ou ferimento, sendo necessário apenas a ofensa física, como o fato de um empregado esmurrar outro.

Importante salientar que as agressões têm que ocorrer dentro do local de trabalho. De acordo com o doutrinador Mauricio Godinho Delgado (2002, p. 1176):

*“O local que o trabalhador já esteja submetido ao poder empregatício, inclusive fiscalizatório e disciplinar, também se enquadra no requisito circunstancial apontado pela alínea “j” do art. 482 da CLT: por exemplo, ofensas e agressões durante o*

*desenrolar do transporte ofertado pela empresa, nos moldes das horas in itinere, cujo período esteja integrado ao contrato de trabalho.”*

A legítima defesa exclui a justa causa, mas o modo como é feito tem que ser moderado, sem exageros e utilizado somente o necessário para elidir a ameaça, o empregado tem que provar a ocorrência da excludente.

O doutrinador Valentin Carrion (2012, p. 451/452) exemplifica alguns casos onde é cabível a justa causa por ato lesivo a honra e boa fama e onde não se encaixa, através de jurisprudências, a seguir:

*Briga em legítima defesa, fora do estabelecimento do trabalho, não pode ser considerada justa causa para despedimento do obreiro, ainda que se trate de ex-presidiário (TRT/SP, RR 7.759/84, Ranor Barbosa, Ac. 3ª T. 5.666/85).*

*“Não comete justa causa empregado que, agredido injustamente por outro empregado, usa dos meios disponíveis e necessários para repelir a agressão de que estava sendo vítima. Inexistente excesso de defesa, como quer a empresa, na medida em que o reclamante já fora atingido na testa com golpes de cassetete e para defender-se usou da mesma espécie de arma, bem como faca que também era utilizada pelo agressor. Legítima defesa configurada e que, na forma do art. 482, “j”, da CLT,*

*afasta a alegação de justa causa (TRT/PR, RO 2.386/85, Euclides Rocha, Ac. 2ª T. 2449/86)."*

*"Ainda que o empregado tenha um passado funcional ilibado, ofender e desrespeitar superior hierárquico é atitude suficientemente grave para justificar a imediata rescisão contratual (TRT/DF, RO 642/85, Fernando Damasceno, Ac. 1ª T. 2.980/85)."*

*"Há justa causa para a dispensa quando o empregado apodera-se de uma faca no momento da discussão com o empregador, independentemente da dúvida existente sobre a quem atribuir a iniciativa da agressão (TRT/DF, RO 2.741/84, Satyro e Souza, Ac. 1ª T. 2.070/85)."*

#### **4.3.13 Prática Constante de jogos de azar**

A prática dos jogos como o nome já diz, necessita ser constante para que exista a hipótese de justa causa, portanto apenas uma vez não configura justa causa.

Não é necessário que o jogo envolva dinheiro. Sobre isso dispõe Sergio Pinto Martins (2002, p. 345): "[...] a necessidade da habitualidade para a confirmação da falta grave em comentário. Pouco importa, porém, se o jogo é ou não a dinheiro".

Muitas infrações desse tipo ocorrem fora do trabalho, mas a jurisprudência prevê que essa infração pode ocorrer dentro do trabalho:

*"JUSTA CAUSA. MAU PROCEDIMENTO. PRÁTICA DE JOGO DE CARTAS EM HORÁRIO DE EXPEDIENTE.A*

*prática de jogo de baralho durante o horário de expediente, devidamente comprovada mediante prova testemunhal, caracteriza falta grave e autoriza a dispensa do empregado por justa causa, por mau procedimento, conforme alínea 'b' do art. 482 da CLT. O mau procedimento caracteriza-se por um ato faltoso do empregado que infringe deveres básicos do contrato de emprego, como o dever de diligência na prestação dos serviços, de boa-fé, de lealdade e conduta respeitosa no ambiente de trabalho. E a prática de jogatina no ambiente e no horário de trabalho caracteriza a quebra desses deveres contratuais, tornando insustentável a manutenção do vínculo de emprego.482CLT. (1339200300323008 MT 01339.2003.003.23.00-8, Relator: Edson Bueno. Tribunal Pleno)”*

#### **4.3.14 Atos atentatórios à segurança nacional**

A hipótese de justa causa se o empregado praticar atos atentatórios contra à segurança nacional está prevista no parágrafo único do art. 482 da CLT.

Atos atentatórios contra a segurança nacional podem ser resumidos como terrorismo, subversão, malversação da coisa pública e outros.

Para configurar essa hipótese é necessário que seja comprovado através de inquérito administrativo. Esse inquérito de acordo com o TST deverá ser apurado perante a Justiça do Trabalho.

De acordo com Sérgio Pinto Martins (2002, p. 344):

*“A autoridade competente poderá solicitar o afastamento do empregado do serviço ou do local de trabalho, caso haja motivo relevante de interesse para a segurança nacional, sem que se configure a suspensão do contrato de trabalho. O afastamento será solicitado pela autoridade competente diretamente ao empregador, em representação fundamentada, com audiência da Procuradoria Regional do Trabalho, que instaurará inquérito administrativo. Nos primeiros 90 dias, o empregado receberá remuneração. Se o inquérito persistir após 90 dias, o empregador não tem obrigação de pagar salários.”*

## **5. OUTRAS JUSTAS CAUSAS**

Existem ainda outras infrações que o empregado pode cometer que tem como consequência a resolução do contrato de trabalho por justa causa.

A primeira é a recusa injustificada do obreiro à observância de instruções expedidas pelo empregador quanto à saúde e segurança no trabalho ou quanto ao uso de equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.

Tem-se ainda a situação em que do empregado bancário que deixa de pagar por diversas vezes dívidas exigidas por lei.

Segundo o art. 240 da CLT, é admitido ainda a justa causa o empregado que negar-se a realizar as horas extraordinárias, nos casos de urgência ou de acidente, que são capazes de afetar a segurança ou regularidade do serviço, poderá a duração do trabalho ser excepcionalmente elevada a qualquer número de horas, devendo zelar-se incolumidade dos empregados e pela possibilidade de revezamento de turmas, assegurando ao pessoal um repouso correspondente e comunicando a ocorrência

Valentin Carrion (2012, p. 453) aponta ainda como outras possibilidades de justa causa, “o aprendiz que não frequenta curso de aprendizagem ou não o aproveita, hipótese prevista no artigo 432 da CLT; grevista que pratica excessos; faltas passíveis de demissão para o emprego público; declaração falsa ou uso indevido do vale transporte e o dano moral”.

## **6. OS DIREITOS QUE O EMPREGADO TEM QUANDO OCORRER A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR JUSTA CAUSA**

O empregado, despedido por justa causa, perde o direito a várias verbas rescisórias, como indenização, aviso prévio, 13<sup>a</sup> salário proporcional, férias proporcionais, saque do FGTS, multa de 40% sobre o valor do FGTS, aviso prévio e emissão de guias para recebimento de seguro desemprego.

Sobre os direitos do empregado entende Valentin Carrion (2012, p. 444):

*“Justa causa: efeito emanado de ato ilícito do empregado que, violando alguma obrigação legal ou contratual, explícita ou implícita, permite ao empregador a rescisão do contrato sem ônus (pagamento de indenização ou percentual sobre os depósitos do FGTS, 13ª.salário e férias, estes dois proporcionais).”*

A perda do direito a férias proporcionais está previsto ainda na Súmula 171 do TST: “Salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa a extinção do contrato de trabalho, com mais de um ano, sujeita o empregador ao pagamento da remuneração das férias proporcionais ainda que incompleto o período aquisitivo de doze meses”.

Ainda é necessário dizer que, a justa causa pode ocorrer no decorrer do aviso prévio, tendo como resultado a perda do restante do seu prazo. Além de previsto no art. 491 da CLT, para tanto há a Súmula 73 do TST que dispõe o seguinte: “Falta grave, salvo a de abandono de emprego, praticada pelo empregado no decurso do aviso prévio dado pelo empregador, retira àquele qualquer direito a indenização”

A justa causa, aplicada pelo empregador, tem como objetivo punir o empregado, visto que ele perde a maioria dos direitos que teria em uma rescisão sem justa causa do contrato por parte do empregador.

## **7. Considerações Finais**

Analisando todo o conteúdo do presente trabalho, concluiu-se que o objetivo de melhor explicar as hipóteses de cabimento de justa causa foi

alcançado, pois de forma didática foi organizado aspectos doutrinários, normativistas e jurisprudenciais acerca de cada alínea do art. 482 da CLT.

A partir desse estudo tornou-se perceptível que o instituto da justa causa é a maior penalidade que pode ser aplicada ao empregado, sendo que esse não fará jus a indenização, 13ª salário proporcional, férias proporcionais, não possui aviso prévio, não possui direito a seguro desemprego, não pode sacar o FGTS e nem ter depositado a multa de 40% sobre o valor do FGTS.

Além das verbas que o empregado perde o direito a receber, a justa causa gera várias repercussões na sua vida profissional e moral, visto que fica desempregado por motivo de sua culpa, o que repercute seriamente em sua fama como empregado.

Mas por ser uma penalidade tão grave a justa causa não pode ser uma mera liberalidade do empregador, devendo pautar-se na lei e na rígida comprovação do alegado.

Os motivos que levam as empresas a demitir por justa causa são muitos. Entretanto, pode-se dizer que quando a empresa decide efetuar este tipo de rescisão do contrato de trabalho, deve se cercar para que suas atitudes estejam dentro da legalidade para evitar injustiça, abuso de poder e futuros processos trabalhistas.

Desta forma, cabe ao empregador a avaliação do caso concreto verificando seu correto enquadramento na norma, além de apresentar provas robustas, verificar se há nexos causal e se o caso possui gravidade suficiente para ensejar justa causa.



Se o ato praticado pelo empregado quebrar a confiança nele depositada tornando impossível a manutenção da relação de trabalho existente, deve então a empresa verificar se o ato praticado pelo empregado é passível de punição por dispensa por justa causa, ou seja, a conduta tem que estar prevista no artigo 482 da CLT.

Após, a punição deve ser aplicada imediatamente, de preferência no mesmo dia e por escrito. Se a decisão da empresa não for correta e rápida, a demissão por justa causa pode ser revertida para demissão sem justa causa em eventual processo judicial.

Assim da mesma maneira que o empregador deve se respaldar na legislação para que seus atos não sejam revertidos, o empregado deve também ter conhecimento das hipóteses de justa causa do art. 482 da CLT para evitar tais atitudes, para que assim não seja demitido por justa causa e não percam os benefícios acima elencados.

Portanto, foi apresentado neste trabalho como a lei, de certo modo, ampara o empregador, para com as condutas inadequadas do empregado, ensejando a justa causa prevista no artigo 482 CLT.

## RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS: IMPORTÂNCIA E PROCEDIMENTO

JOSÉ HENRIQUE ARAUJO DOS SANTOS:

**Resumo:** O presente artigo tem por escopo realizar um breve cotejo analítico acerca do fenômeno da recuperação judicial de empresas. Tendo em vista a notória importância da atividade comercial dentro das relações socioeconômicas, revela-se de suma importância a incidência da atuação do Estado-Juiz no que diz respeito ao acompanhamento e procedibilidade da recuperação da empresa como forma de contribuir não só para a atividade comercial ali desenvolvida, mas também de todas as demais consequências que dela decorrem.

**Palavras-chave:** Recuperação judicial, direito falimentar, procedimento.

**Sumário:** 1 – Objetivo e importância; 2 - Requisitos necessários para o requerimento da recuperação judicial; 3 – Procedimento de recuperação judicial; 3.1 – Fase postulatória; 3.2 – Fase deliberativa; 4 – Considerações finais.

---

### 1 – Objetivo e importância

O objetivo do instituto da recuperação judicial de empresas tem fulcro no Art. 47 da Lei 11.101/2005. Tal artigo possui forte influência principiológica que incide sobre todo o procedimento de recuperação judicial. *In verbis:* Art. 47. *A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego*

*dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.*

A preocupação com a ocorrência de crise interna na relação empresarial decorre do fato de que houve uma mudança dentro do ordenamento jurídico no que diz respeito às crises socioeconômicas. O que antes era visto como um fato oriundo de situações ilícitas – emanadas pela má-fé e desonestidade –, hoje é tido como um fato comum decorrente das complexas relações desenvolvidas no âmbito da atividade econômica. Este pensamento decorre de uma mudança de paradigma do direito falimentar moderno. Neste sentido:

O desenvolvimento das relações socioeconômicas fez com que o ordenamento jurídico passasse a tratar a crise da empresa de modo diverso, e assim a falência, que até pouco tempo atrás era vista como algo ocorrente apenas aos devedores desonestos, passou a ser considerada como uma situação de ocorrência comum, decorrente das dificuldades inerentes do exercício de atividade econômica. (RAMOS, 2014, p. 670)

O mecanismo anterior que buscava a solução para a crise sanável, a concordata, era muito criticado, pois permitia que seu uso indevido gerasse inadimplementos baseados em atos de má-fé e insegurança para os credores. Com a recuperação judicial, pautada num procedimento legal e com uma ótica diversa da utilizada na concordata, houve então a chamada mudança de paradigma supracitada.

Logo, percebe-se que a importância da insurgência da recuperação judicial de empresas na relação empresarial – seja em relação ao empresário individual ou até a sociedade empresária – consiste no fato de que há a aplicação de um verdadeiro mecanismo de recuperação que busca viabilidade para solucionar a crise econômico-financeira dentro do âmbito da empresa.

O que se busca, na verdade, é a reorganização da atividade da sociedade empresária, como bem leciona o ilustre Fábio Ulhoa Coelho:

A recuperação judicial é um processo peculiar, em que o objetivo buscado - a reorganização da empresa explorada pela sociedade empresária devedora, em benefício desta, de seus credores e empregados e da economia (local, regional ou nacional) — pressupõe a prática de atos judiciais não somente pelo juiz, Ministério Público e partes, como também de alguns órgãos específicos previstos em lei. (ULHOA, 2014, P. 332)

Portanto, é evidente a utilidade do uso deste procedimento tendo em vista que a atividade empresarial constitui uma genuína fonte de geração de empregos e produção de riqueza e, conseqüentemente, de crescimento econômico. Tendo em vista esse relevante papel, podemos afirmar que este se reveste de verdadeira função social. Neste sentido:

Muito se debateu ao longo dos anos sobre o papel fundamental a ser preenchido pela empresa, cuja conotação disciplina uma função social constitucionalmente prevista, a tal ponto de se delimitar

a ação do Estado, dos agentes no momento da eclosão de crise, visando assim sujeitar às leis concorrenciais, ou simplesmente dispor de aparato suficiente à salvaguarda do negócio empresarial. Não se trata de assunto simples e de solução preparada, mas da reforma de princípios e conceitos em torno da preservação da empresa em crise. (MARTINS, 2014, p. 470)

Por se tratar de um assunto de notória complexidade, dado o fato de que os efeitos decorrentes da recuperação ou não recuperação repercutem – de certa forma – nas relações econômicas em torno do seio social, a recuperação de empresas não ocorre apenas na via judicial, mas também extrajudicial. Entretanto, a avaliação do presente trabalho tem por escopo a análise tão somente da primeira hipótese.

## **2 – Requisitos necessários para o requerimento da recuperação judicial**

O requerimento de recuperação judicial, assim como a grande maioria dos procedimentos submetidos ao crivo do judiciário, está intimamente relacionado ao preenchimento de determinados requisitos legais. Em relação à recuperação judicial, os requisitos específicos estão expressamente previstos no Art. 48 da L. 11.101/05, que inclusive sofreu sensíveis alterações recentemente.

Tendo em vista a importância recorrente da obediência a estes requisitos, necessária se faz a leitura do aludido Artigo. Entretanto, por questões didáticas, é interessante fazermos uma tabela para que a visualização dos requisitos fique mais nítidas.

Requisitos para requerimento da recuperação judicial (Art. 48 L11105/05)
1 - No momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos;
2 - Não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;
3 - Não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;
4 - Não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;
5 - Não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Por fim, cabe salientar que, conforme assevera o próprio diploma legal, os requisitos supracitados devem ser preenchidos de forma cumulativa e não alternadamente. Isso significa que, uma vez não observado um desses requisitos, não haverá incidência de requerimento válido da recuperação judicial.

### **3 – Procedimento de recuperação judicial**

O processo de recuperação judicial possui fases muito bem delimitadas na doutrina empresarial brasileira. Resumidamente, são 3 as fases do processo de recuperação: Fase postulatória, fase deliberativa e fase de execução, respectivamente.

Nesse sentido, ressalta Ulhoa (2014, P. 342):

O processo da recuperação judicial se divide em três fases bem distintas. Na primeira, que se pode chamar de fase postulatória, a sociedade empresária em crise apresenta seu requerimento do benefício. Ela começa com a petição inicial de recuperação judicial e se encerra com o despacho judicial mandando processar o pedido. Na segunda fase, a que se pode referir como deliberativa, após a verificação de crédito, discute-se e aprova-se um plano de reorganização. Tem início com o despacho que manda processar a recuperação judicial e se conclui com a decisão concessiva do benefício. A derradeira etapa do processo, chamada de fase de execução, compreende a fiscalização do cumprimento do plano aprovado. Começa com a decisão concessiva da recuperação judicial e termina com a sentença de encerramento do processo.

Tendo em vista as especificidades de cada fase deste procedimento (chamado por Fábio Ulhoa de processo), passemos à análise individualizada de cada fase dele.

### **3.1 – Fase postulatória**

A primeira fase do pedido inicial de recuperação judicial, em apertada síntese, compreende dois atos: Petição inicial – instruída com os documentos necessários<sup>[1]</sup> – e o despacho do Juiz determinando o processamento do procedimento de recuperação.

Caso tudo ocorra nos conformes legais, os atos da fase postulatória ficarão restritos aos dois já citados. Entretanto, não observando os requisitos legais, o Juiz poderá determinar a emenda à inicial, conforme leciona Ulhoa[2]:

Se a pessoa legitimada para requerer a recuperação judicial instruir adequadamente o pedido, a fase postulatória se encerra com dois atos judiciais: a petição inicial e o despacho que manda processar a recuperação. Se a instrução do pedido não tiver observado a lei, pode arrastar-se o processo pelo período solicitado para apresentação de documentos ou por determinação do juiz, com base na legislação processual civil, de emenda da petição inicial.

Além disso, a deflagração do processo de recuperação pode ocorrer de duas formas. A primeira acontece através de um pedido feito por qualquer dos legitimados. Já a segunda incide dentro de um pedido de falência – dentro do prazo da contestação uma vez requerida a falência do empresário ou da sociedade empresária, conforme o Art. 95 da lei 11.101/2005 que prevê expressamente que *dentro do prazo de contestação, o devedor poderá pleitear sua recuperação judicial*. Portanto, constata-se que o pedido de recuperação judicial na falência constitui uma faculdade e não uma obrigação do devedor.

Independente de como tenha sido feito o pedido de recuperação, seja por petição inicial, seja no prazo da contestação da falência, o juiz terá que se pronunciar para conceder ou não o processamento da recuperação. Se o



despacho for pelo prosseguimento, começará a correr o prazo para a apresentação do plano de recuperação.

### **3.2 – Fase deliberativa**

Na fase deliberativa discute-se o plano de recuperação judicial – parte mais importante da recuperação. Na fase de análise do plano de recuperação – que deve conter a demonstração de como a empresa pretende se recuperar -, há um prazo de 60 (sessenta) dias de apresentação.

A contagem desse prazo começa a valer a partir da decisão que deferiu o processamento do procedimento de recuperação judicial. Esse prazo de 60 dias, saliente-se, é improrrogável e sua não apresentação de forma tempestiva acarreta a pesada consequência de haver convolação em falência. É o que prevê o *caput* do Art. 53 da respectiva lei de falência e recuperação ao asseverar que *o plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convolação em falência.*

Além da redobrada atenção quanto ao prazo para apresentar o plano de recuperação, há também a necessidade de aprovação do respectivo plano pela assembleia de credores. Preliminarmente, a assembleia de credores é um dos três órgãos específicos de recuperação judicial – juntamente com o comitê o administrador judicial.

Sem a atuação desse colegiado, o processo de recuperação judicial simplesmente torna-se inviável e, conseqüentemente, não tramita, uma vez que cabe a esse órgão a aprovação do plano de recuperação, parte crucial do procedimento. Salienta Ulhoa (2014, P. 234) que, até mesmo por razões lógicas, *da Assembleia só podem participar os credores sujeitos aos efeitos*

*da recuperação judicial e que tenham sido admitidos ao processo em função da verificação dos respectivos créditos.*

Além disso, de acordo com o Art. 45 da Lei de falência, nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas deverão aprovar a proposta[3]. Assim, percebe-se que estamos diante de um quórum deliberativo qualificado, que serve de condição para aprovação do plano de recuperação judicial.

Uma vez atingido o *quórum*, o plano aprovado pelos credores é simplesmente homologado pelo Juiz. Todavia, mesmo não atingindo o *quórum deliberativo*, mas chegando próximo a ele, o plano poderá ser adotado. Mas, nesse caso, quem decide se o plano de recuperação será aprovado ou não é o próprio Juiz. Em que pese a soberania dos credores e, conseqüentemente, da assembleia, ser nítida, há mitigação conquanto ao fato de que o Judiciário tem a competência de fazer o respectivo controle judicial dos atos de validade e de seus referidos requisitos legais.

Esse é o posicionamento do STJ, conforme podemos ver a seguir:

Plano de recuperação judicial. Aprovação pela AGC. Controle judicial. A assembleia geral de credores (AGC) é soberana em suas decisões quanto ao conteúdo do plano de recuperação judicial. Contudo, as suas deliberações - como qualquer outro ato de manifestação de vontade - estão submetidas ao controle judicial quanto aos requisitos legais de validade dos atos jurídicos em geral. REsp 1.314.209, rei. Min. Nancy Andrighi, j. 22.5.12. 3ª T. (Info 498, 2012)

Desta forma, o STJ deixou claro que a “soberania” da assembleia constituída pelos credores não afasta a hipótese de controle judicial no tocante ao plano de recuperação. Nesse sentido, cite-se o voto da Ministra Relatora, Nancy Andrichi, acompanhado por unanimidade pela 3ª turma no julgamento do já citado REsp 1.314.209/SP:

A obrigação de respeitar o conteúdo da manifestação de vontade, no entanto, não implica impossibilitar ao juízo que promova um controle quanto à licitude das providências decididas em assembleia. [...] A vontade dos credores, ao aprovarem o plano, deve ser respeitada nos limites da Lei. A soberania da assembleia para avaliar as condições em que se dará a recuperação econômica da sociedade em dificuldades não pode se sobrepujar às condições legais da manifestação de vontade representada pelo Plano.

Esse cuidado todo ocorre pelo fato de que, uma vez preenchidos os requisitos formais do requerimento de recuperação e tendo seu plano aprovado, conforme alude o *caput* Art. 49 da referida lei, *estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos*[\[4\]](#).

Não obstante, a importância da aprovação e de sua necessária observância aos requisitos de validade, a parte fundamental do plano de recuperação é o requerente provar que tem meios para sair do momento de crise econômico-financeira. Em rol meramente exemplificativo, informa o Art. 50 da Lei 11.101/2005 quais seriam os possíveis meios.

#### **4 - Considerações finais**

A atividade empresarial não é um fim em si mesma. Dela, originam-se toda uma organização e estruturação de conversações de natureza socioeconômicas que, por não serem autônomas, são dependentes da manutenção de determinada atividade comercial. A depender da localidade na qual é desenvolvida, a atividade comercial ganha ainda mais expressão. Tendo em vista tamanho importância, tem-se à disposição todo um procedimento que deve ser obedecido para que seja possível a efetiva e eficaz recuperação da empresa nos moldes judiciais.

Contudo, a participação da empresa no procedimento aqui analisado não garante que haverá a efetiva recuperação. É preciso que, no decorrer do procedimento, constate-se que realmente é viável e possível o restabelecimento da atividade que está passando pelo trâmite de recuperação judicial. Vimos que isso ocorre quando o requerente da demanda empresarial demonstra que possui meios suficientes para superar a crise em que se encontra. Uma vez demonstrado, analisado e aprovado, o plano concederá à empresa a almejada recuperação, fomentando assim não apenas a determinada atividade, mas todo o contexto socioeconômico acessório à ela.

### **Referências**

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial, volume 3: Direito de empresa.** — 15. ed. — São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial.** 37. ed. rev., atual. e ampl. — Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado.** — 4. ed. rev., atual. e ampl. — Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 518**. Disponível em <<http://conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-518-do-stf-2008,21032.html>>. Acesso em: 02/08/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 498**. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-498-do-stj-2012,37393.html>>. Acesso em: 02/08/2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.314.209 – SP**. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=1149022&sReg=201200531307&sData=20120601&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1149022&sReg=201200531307&sData=20120601&formato=PDF)>. Acesso em: 02/08/2015.

#### NOTAS:

[1] A relação dos documentos está prevista no Art. 51 da L. 11.101/2005. Por ser uma lista extensa, nota-se mais uma vez a presença da mudança de paradigma do direito falimentar moderno na tentativa de evitar concessão infundada de recuperação para quem solicita de má-fé e seus corolários.

[2] Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. — 15. ed. — São Paulo: Saraiva, 2014, P. 342.

[3] Neste ponto, Ulhoa atenta para o fato de que por outro lado, enquanto a maioria dos credores admitidos têm direito a voz e voto na Assembleia, alguns têm apenas o direito a voz.

[4] Apesar dessa afirmativa do caput do dispositivo, a regra não é assim tão severa, pois os parágrafos vão trazer exceções que se pode numerar:

créditos nos quais o credor tenha posição de fiduciário, seja de bens móveis ou imóveis; créditos decorrentes de arrendamento mercantil; créditos no qual o credor seja promitente vendedor em cujo contrato contenha cláusula de irrevogabilidade; créditos decorrentes

De venda com reserva de domínio; créditos decorrente de adiantamento de contrato de câmbio e créditos fiscais. (INF 518/2013 do STJ)

## O RECONHECIMENTO AO ACESSO À ENERGIA ELÉTRICA COMO DIREITO DE SEGUNDA DIMENSÃO

**TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL:** Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

**Resumo:** Imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade. Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no

constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

**Palavras-chaves:** Direitos Humanos. Acesso à Energia Elétrica. Direitos de Segunda Dimensão

**Sumário:** 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade; 6 O Reconhecimento ao Acesso à Energia Elétrica como Direito de Segunda Dimensão.

---

## **1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica**

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares



característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*<sup>[1]</sup>. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança

privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primordialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, *“o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”*<sup>[2]</sup>. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdán, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”*<sup>[3]</sup>.

Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

## **2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna**

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. *“A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”*<sup>[4]</sup>, como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. *“O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”*, como bem afiança Alexandre de Moraes<sup>[5]</sup>. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz<sup>[6]</sup>.

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, *“pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”* [7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens [8], cuja acepção, na visão adotada, excluía aqueles. *“É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida”* [9].

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. *“Durante*

a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos”[10], tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato[11]. A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito[12], devido processo legal[13], acesso à Justiça[14], liberdade de locomoção[15] e livre entrada e saída do país[16].

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias[17], reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi

confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que florescia.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração

do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. *“Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”*[25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais[26]. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação



política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[27].

### **3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade**

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[28]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para

manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[29] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[30], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[31], da reserva legal[32] e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência[33], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[34].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. *“Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade”* [35], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

#### **4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade**

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito

de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjugou a maioria[36]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. “*Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados*”[37]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana[38], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de

trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primacialmente *“ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais”* [39], tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado [40], elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais [41].

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão *“são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal”* [42]. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma

ampla capacidade de incorporar desafios. *“Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais”* [43], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

### **5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade**

Conforme fora visto no tópico anterior, os direitos humanos originaram-se ao longo da História e permanecem em constante evolução, haja vista o surgimento de novos interesses e carências da sociedade. Por esta razão, alguns doutrinadores, dentre eles Bobbio [44], os consideram direitos históricos, sendo divididos, tradicionalmente, em três gerações ou dimensões. A nomeada terceira dimensão encontra como fundamento o ideal da fraternidade (solidariedade) e tem como exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, a proteção e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. *“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo”* [45] ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais

prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o robusto entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[46].

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Neste



sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em suas ponderações, que *“os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a coletividade como um todo”* [47]. Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas.

Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. *“Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”* [48]. A respeito do assunto, Motta e Barchet [49] ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram como “soluções” à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

## **6 O Reconhecimento ao Acesso à Energia Elétrica como Direito de Segunda Dimensão**

À luz do cenário apresentado, cuida reconhecer que ter acesso à energia elétrica propicia que os indivíduos tenham melhores condições de

vida, porquanto terão acesso à saúde, à educação, à lazer e à condição de vida mais digna, tais como terão melhores condições de trabalho, não necessitando migrar para a capital, atrás de leque mais diversificado de oportunidades, evitando o aumento dos bolsões de pobreza já existentes nos grandes centros urbanos. “Assim, ao se ter acesso à energia estar-se-á possibilitando aos indivíduos residentes nas áreas mais afastadas dos centros urbanos a aferição de um número maior de oportunidades”<sup>[50]</sup>. Desta feita, ao proporcionar um leque maior de oportunidades, os indivíduos terão a possibilidade de tomar suas decisões e fazer suas escolhas de forma mais consciente, podendo escolher livremente o que considerar mais adequado e digno à sua existência. Sobre o tema, é possível colacionar:

**Ementa:** Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Art. 20 da Lei Nº 9.427/96. Resolução da ANEEL. Exame. Impossibilidade. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Irregularidades na medição do consumo. Verificação. Súmula nº 7 do STJ. Quantum indenizatório. Razoabilidade. Revisão do conjunto fático e probatório. Impossibilidade. [...] 3. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que é ilegítima a suspensão do fornecimento de energia elétrica quando o débito decorrer de suposta fraude ou irregularidade no medidor de energia, apurada unilateralmente pela concessionária. [...] (Superior

Tribunal de Justiça – Primeira Turma/ AgRg no AREsp 295.444/RS/ Relatora: Ministra Marga Tessler (Juíza Federal Convocada do TRF 4ª Região)/ Julgado em 14 abr. 2015/ Publicado no DJe em 17 abr. 2015).

**Ementa:** Administrativo. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Energia elétrica. Débitos pretéritos. Fraude no medidor de consumo. Recuperação de consumo. Suspensão do fornecimento do serviço. Impossibilidade. 1. O entendimento desta Corte é firme no sentido de que não é lícito à concessionária interromper o serviço de fornecimento de energia elétrica por débitos consolidados pelo tempo ainda que oriundos de recuperação de consumo em face da existência de outros meios legítimos de cobrança de débitos antigos não-pagos. Precedentes: AgRg no REsp 1351546/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 07/05/2014; AgRg no AREsp 324.970/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 31/03/2014; AgRg no AREsp 412.849/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 10/12/2013. 2. Agravo regimental não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Primeira Turma/ AgRg no AREsp 276.453/ES/ Relator: Ministro

Benedito Gonçalves/ Julgado em 02 set. 2014/  
Publicado no DJe em 08 set. 2014).

Desta forma, ao se ter acesso à energia elétrica estarão os indivíduos gozando de liberdade e dignidade, intrínsecas a condição de humanos, permitindo-lhes exercerem sua função de cidadãos. Portanto, ao concluir-se que o acesso à energia é imprescindível para se alcançar a liberdade plena e o gozo de uma vida digna, além de ser exigível perante o Estado através da implementação de políticas públicas, é possível, assim, afirmar que o acesso à energia elétrica é um direito social fundamental. Ora, há que se reconhecer que o acesso à energia elétrica materializa importante instrumento para o pleno atendimento ao ideário do mínimo existencial que compreende o acesso a uma série de direitos imprescindíveis ao desenvolvimento do indivíduo com dignidade. Ao analisar tal tema em uma perspectiva interna, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), ao estabelecer que constitui objetivo fundamental da República erradicar a pobreza e a marginalização (art. 3º, III), e ao preceituar a instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (preâmbulo).

A Constituição Federal ao estabelecer que compete à determinada esfera de governo prestar determinado serviço público não está somente atribuindo competência, mas sim está impondo o dever da

pessoa jurídica de direito público interno de prestar aquele serviço. Assim, em tema de serviço público, quando a Constituição atribui competência está, na verdade, tornando o poder público devedor do serviço aos cidadãos, os quais, por sua vez, dada a natural e própria bipolaridade do direito, passam a ser credores do poder público por aquele determinado serviço cuja competência foi atribuída à pessoa de direito público interno e de existência necessária. Denota-se, portanto, que a temática se reveste de robusta complexidade, porquanto, no cenário contemporâneo, tal direito passa a figurar como direito inerente a todo indivíduo, dotado, portanto, de maior proeminência.

#### **Referências:**

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho.** Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

ANDRADE, Maisa Medeiros Pacheco de; LEMOS, Aline Maria da Rocha. O Direito Social Fundamental de Acesso à Energia e sua relação com o desenvolvimento. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI. **ANAIS...**, Brasília, 20-22 nov. 2008, p. 944-956. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/02\\_888.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/02_888.pdf)>. Acesso em 03 jul. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei N.º. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 03 jul. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus.** Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 03 jul. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral.** 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais.** 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Direitos Humanos de 4ª Geração.** Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 03 jul. 2015.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 03 jul. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica**

**Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência.** 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP).** Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 8](#), [n. 157](#), [10 dez. 2003](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 03 jul. 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível

em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 03 jul. 2015.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

---

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal



Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 03 jul. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 03 jul. 2015.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 03 jul. 2015, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009. Acesso em 03 jul. 2015.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 03 jul. 2015.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 03 jul. 2015: “Um homem livre será punido por um pequeno crime

apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] *Ibid.* “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] *Ibid.* “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] *Ibid.* “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] *Ibid.* “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem

prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 03 jul. 2015: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 03 jul. 2015: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] *Ibid.* “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 03 jul. 2015: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] *Ibid.*

[27] MORAES, 2003, p. 28.

[28] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[29] SILVA, 2004, p. 157.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 03 jul. 2015: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 03 jul. 2015: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[32] *Ibid.* “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[33] *Ibid.* “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[34] *Ibid.* “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[35] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[36] COTRIM, 2010, p. 160.

[37] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 8](#), [n. 157](#), [10 dez. 2003](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 03 jul. 2015.

[38] MORAES, 2011, p. 11.

[39] SANTOS, [2003](#), s.p.

[40] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.

[41] SANTOS, [2003](#), s.p.

[42] BONAVIDES, 2007, p. 564.

[43] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

[44] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997, p. 03.

[45] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[46] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro

Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 03 jul. 2015.

[47] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007, p. 152.

[48] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[49] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153. “[...] Duas são as origens básicas desses direitos: a degradação das liberdades ou a deterioração dos demais direitos fundamentais em virtude do uso nocivo das modernas tecnologias e o nível de desigualdade social e econômica existente entre as diferentes nações. A fim de superar tais realidades, que afetam a humanidade como um todo, impõe-se o reconhecimento de direitos que também tenham tal abrangência – a humanidade como um todo -, partindo-se da ideia de que não há como se solucionar problemas globais a não ser através de soluções também globais. Tais “soluções” são os direitos de terceira geração.[...]”

[50] ANDRADE, Maisa Medeiros Pacheco de; LEMOS, Aline Maria da Rocha. O Direito Social Fundamental de Acesso à Energia e sua relação com o desenvolvimento. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI. **ANAIS...**, Brasília, 20-22 nov. 2008, p. 944-956. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/02\\_888.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/02_888.pdf)>. Acesso em 03 jul. 2015, p. 950