

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 491

(ano VII)

(27/11/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

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

*Coordenador do Direito Internacional
(AM/Montreal/Canadá):* **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/Argentina):** *Doutor em
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidad del Museo Social Argentino -
UMSA.*

País: Brasil. Cidade: Brasília – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



27/11/2015 Alice Saldanha Villar

» [Novo CPC consagra tese do prequestionamento ficto](#)

ARTIGOS

27/11/2015 Frederico Fernandes dos Santos

» [A reserva do possível e o mínimo existencial - o embate entre a possibilidade orçamentária do Estado e os direitos humanos fundamentais do cidadão](#)

27/11/2015 Steel Rodrigues Vasconcellos

» [A interpretação do princípio da função social do contrato](#)

27/11/2015 Carlos Eduardo Rios do Amaral

» [Lei 13.188/2015 não pode deter a sagrada liberdade da informação jornalística](#)

27/11/2015 Bárbara Costa Pessoa Gomes Tardin

» [Diferença entre os direitos de propriedade industrial e os direitos autorais e conexos](#)

27/11/2015 Valquiria Rocha Batista

» [Férias coletivas de trabalho](#)

27/11/2015 Felipe Carvalho de Souza

» [Direito a greve do funcionalismo público](#)

NOVO CPC CONSAGRA TESE DO PREQUESTIONAMENTO FICTO

ALICE SALDANHA VILLAR: Advogada, autora de diversos artigos publicados em revistas jurídicas e das obras "Direito Sumular - STF" e "Direito Sumular - STJ", São Paulo: JHMizuno, 2015.

Resumo: Tendo em vista que o novo CPC consagrou expressamente a tese do prequestionamento ficto (art. 1.025), nosso artigo tem por objetivo responder a seguinte pergunta: com a entrada em vigor do novo código, o que será das Súmulas 356/STF e 211/STJ? Permanecem aplicáveis os restarão superadas?

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. O que fazer se a questão foi omitida pela decisão recorrida? 3. Caso a omissão não seja suprida, estará caracterizado o prequestionamento?

1. Considerações iniciais

O prequestionamento é um requisito de admissibilidade de recursos nos tribunais superiores.^[1] Trata-se de um termo que se refere à exigência de que a parte provoque o surgimento da questão federal ou constitucional no acórdão proferido na decisão recorrida.

Conforme destaca Teresa Arruda Wambier:^[2]

“A exigência do prequestionamento decorre da circunstância de que os recursos especial e extraordinário são recursos de revisão. Revisa-se o que já se decidiu. Trata-se na verdade, de recursos que reformam as decisões impugnadas, em princípio, com base no que consta das próprias decisões impugnadas.”

Numa palavra: o prequestionamento nada mais é do que a exigência de que a tese jurídica defendida no recurso tenha sido referida na decisão recorrida.

2. O que fazer se a questão foi omitida pela decisão recorrida?

A jurisprudência pátria é pacífica no sentido de que, caso haja omissão do órgão jurisdicional na apreciação de determinada questão já suscitada ou que é de ordem pública (passível de conhecimento *ex officio*), [3] cabem embargos de declaração para corrigir o julgado e suprir a omissão[4] (art. 535, II, CPC/73, correspondente ao art. 1.022 do NCPC).

Dessa forma, os embargos de declaração interpostos com o nítido propósito de prequestionamento não configuram abuso por parte da recorrente, por isso não incide a multa prevista art. 538do CPC (correspondente aos §§ 2º e 3º do art. 1.026 do NCPC). Nesse sentido é a Súmula 98/STJ: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório”.

3. Caso a omissão não seja suprida, estará caracterizado o prequestionamento?

A jurisprudência do STF é no sentido de que a simples interposição dos embargos de declaração já seria o bastante, pouco importando se suprida ou não a omissão. Haveria neste caso o chamado *prequestionamento ficto*. Nessa linha é a Súmula 356 do STF: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”. [5]

Vale dizer: prequestionamento ficto é aquele que se considera ocorrido com a simples interposição dos embargos de declaração diante da omissão judicial, independentemente do êxito desses embargos.

O [Novo CPC](#) consagrou a tese do prequestionamento ficto em seu art. [1.025](#), verbis:

“Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”

O Superior Tribunal de Justiça não admite o prequestionamento ficto. Esta Corte adota o entendimento de que, para fins de prequestionamento, não basta a simples interposição de embargos de declaração, sendo necessário que o tribunal inferior emita juízo acerca da questão. Nesse sentido é a Súmula 211 do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal “a quo”.[\[6\]](#)

Com efeito, uma vez rejeitados os embargos declaratórios, interpostos com a finalidade de trazer a debate tema sobre o qual se omitiu o tribunal a quo, não se tem por suprido o requisito do prequestionamento e, conseqüentemente, o recurso especial não será admitido.

Na opinião de Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha, a qual acompanhamos, a postura do STF é a mais correta, pois não submete o cidadão ao talante do tribunal recorrido, que, com a sua recalitrância no suprimento da omissão, simplesmente retiraria do recorrente o direito a se valer das vias extraordinárias.[\[7\]](#)

O entendimento fixado na Súmula 211 do STJ foi rejeitado pelo [Novo CPC](#), [\[8\]](#) que como vimos consagra em seu artigo [1.025](#) a tese do prequestionamento ficto. Dessa forma, com a entrada em vigor do Novo [Código de Processo Civil](#) em 16 de março de 2016, a Súmula 211 do STJ restará SUPERADA.

Vale dizer: de acordo com o NCPC, a simples interposição dos embargos de declaração já é suficiente para prequestionar a matéria, “ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade” (art. 1.025 no NCPC).

REFERÊNCIAS

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GUIMARÃES, Luiz Carlos Forghieri. O Prequestionamento nos Recursos Extraordinários e Especial. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial. 10ª ed., São Paulo: Revista do Tribunais, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Vol. 3, 11ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Vol. 3, 11ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Vol. Único, 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2009.

Notas:

[1] Cf., nessa linha: STJ - AgRg no Ag 1092039 GO, Rel. Min. Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe 15/06/2009

[2] Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 401.

[3] Importante esta observação, na medida em que não se pode ventilar, nos embargos de declaração, questão que não havia sido suscitada. Se ninguém levantou a questão e o tribunal não se manifestou sobre ela, não se poderia cogitar de omissão.

[4] Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. V. 3, 11ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 229.

[5] Cf. STJ - EDcl no AgRg no REsp 1220621 RS, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª turma, DJe 01/06/2011. Na doutrina, vale conferir: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. Cit, p. 230.

[6] Cf. Nessa linha, confira: STJ - EDcl no AgRg no REsp 1220621 RS, Rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 01/06/2011

[7] Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Vol. 3, 11ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 282.

[8] Cf., nessa mesma linha de raciocínio, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Vol. Único, 3ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2009, p. 736

A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL - O EMBATE ENTRE A POSSIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA DO ESTADO E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO

FREDERICO FERNANDES DOS SANTOS: Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Estácio de Macapá-AP.

OTAVIO LUIS SIQUEIRA COUTO. Professor Orientador

RESUMO: O artigo analisa as implicações práticas e jurídicas das teorias do mínimo existencial e da reserva do possível em face da Constituição da República Federativa do Brasil. O mínimo existencial tem por objetivo assegurar as condições básicas de vida ao cidadão, garantindo-lhe sua dignidade. Ao Estado cabe guardar e efetivar esses direitos, zelando pela sua aplicação e protegendo o cidadão em casos de injustificáveis inadimplementos. Entretanto, em determinados momentos, é o próprio Estado, aquele que deveria zelar pelos direitos das pessoas, que alega falta de recursos para não efetivá-los. A pesquisa procura demonstrar os limites à atuação do Estado ou em sua omissão a fim de garantir as condições mínimas necessárias a uma existência humana digna, e acima de tudo, sob que condições isto deve ocorrer, pois os recursos públicos são finitos e devem existir limites a essa consecução de direitos, para que não se garanta direitos a alguns em detrimento de muitos. O planejamento da administração e uma execução bem definida das metas propostas demonstra ser essencial para a consecução dos objetivos almejados, a fim de garantir a máxima efetividade dos direitos mínimos, assim como maior eficiência na aplicação do dinheiro público, para que se alcance cada vez mais administrados com menos recursos.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Fundamentais. Limitação Orçamentária. Mínimo Existencial. Reserva do Possível.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho analisa a teoria do mínimo existencial, relacionando-a com o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil como um dos fundamentos da ordem constitucional em seu artigo 1º, inciso III. De modo a explorar os direitos e garantias dele decorrentes e insertos em todo o texto constitucional, a fim de assegurar uma vida humana digna a todo brasileiro.

Além disso, examina a teoria da reserva do possível, desenvolvida pela Corte Constitucional Alemã, significando originalmente que o cidadão só poderia exigir do Estado aquilo que razoavelmente fosse plausível dele esperar. E demonstra que, no Brasil, ela tem sido utilizada muitas vezes de forma distorcida e simplória pelo Estado, que convenientemente a reduziu a uma mera invocação de limitação orçamentária. Sendo empregada muitas vezes como subterfúgio pelo Poder Público para esquivar-se de obrigações.

É certo que o Poder Público deve prover os cidadãos com o necessário a uma existência humana e digna. Contudo, não se pode olvidar que os deveres do Estado nesse sentido são praticamente infindáveis, seja em virtude do contingente populacional do país, de seu vasto território, de limitações administrativas ou até mesmo econômicas. Pois, indiscutivelmente, os recursos financeiros são finitos em qualquer lugar do mundo. Sendo assim, haja vista ser o Estado obrigado a efetivar esses direitos mínimos, poderia ele alegar limitação orçamentária a fim de não cumpri-los?

O planejamento é o desejado para a Administração Pública lidar com estas situações. Sendo que, diante da impossibilidade de atender a todos é preciso fazer escolhas. E as escolhas podem ser trágicas em determinadas situações. Pois, como exemplo: É melhor salvar a vida de uma criança com câncer que precisa de determinado medicamento no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e que só dura uma semana – ou irá morrer em um mês sem o seu uso, ou contratar 10 (dez) professores para as escolas da região – o que pode ajudar cerca de 600 alunos?

A resposta à pergunta acima não é simples, e tem levado ao que se tem chamado de “judicialização da política” ou “ativismo judicial”.

2 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

“Normas constitucionais são todas as regras que integram uma constituição rígida” (SILVA, 2012, p. 44). Elas podem ser materialmente constitucionais - caso versem exclusivamente sobre a estrutura do Estado, ou formalmente constitucionais - quando podem tratar de qualquer tema, desde que tenha sido objeto de processo legislativo próprio. Ou seja, uma é de conteúdo material em razão da matéria ou assunto de que trata, e a outra é de conteúdo formal em consequência da forma ou método como foram introduzidas no texto constitucional.

Para Bonavides (2004, p. 80), do ponto de vista material:

A Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição de competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto pessoais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição.

Por outro lado, do ponto de vista da formalidade de seu processo de elaboração: “As normas constitucionais serão aquelas introduzidas pelo poder soberano, por meio de um processo legislativo mais dificultoso, diferenciado e solene do que o processo legislativo de formação das demais normas do ordenamento” (LENZA, 2013, p. 76).

De qualquer forma, independente de seu conteúdo, se está na constituição é norma constitucional – devendo ser aplicada, pois representa “às aspirações socioculturais da comunidade a que se destina” (SILVA, 2012, p. 47).

A norma constitucional legitima-se na vontade soberana do povo, de onde emana todo o poder, seja ele constituinte (originário), de onde nasce a norma primária - a qual todas as outras deverão obediência. Seja ele constituído (derivado), que será incumbido de ajustar a adaptação de todo o conteúdo escrito da norma suprema à realidade, regulamentando a sua aplicação, e, ou modificando-a em condições especiais.

Hodiernamente, é pacífico o entendimento de que a Constituição tem força normativa e efetividade devendo aquele que se sentir violado em um direito exigir o seu cumprimento. Como bem ensina Barroso(2013, p.28-29):

A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. Como consequência, sempre que violado um mandamento constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela – por meio da ação e da jurisdição, disciplinando os remédios jurídicos e a atuação efetiva de juízes e tribunais.

Inferre-se então que não há norma constitucional destituída de eficácia. Contudo, quando se observa uma constituição prolixa, como é o caso da brasileira, onde se encontram matérias de toda ordem, é indiscutível que alguns temas sejam mais relevantes do que outros e possuam graus de efeitos jurídicos diversos, que determinadas matérias tenham aplicabilidade imediata em detrimento de outras, ou que certos assuntos precisem ser regulamentados em norma infraconstitucional, para somente após possuírem aplicabilidade prática.

A CRFB/88 é expressa ao dispor em seu artigo 5º, §1º que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

O texto é bastante claro e objetivo, contudo, alguns doutrinadores consideram que os direitos sociais, reconhecidos

constitucionalmente como direitos fundamentais (Título II da CRFB/88 – Dos Direitos e Garantias Fundamentais), seriam normas programáticas.

Silva (2012, p. 140) sustenta que as normas definidoras dos direitos sociais são normas programáticas, dotadas de eficácia limitada:

As normas de eficácia limitada são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

Porém, a aparente contradição é sanada pelo autor. Em face da manifesta declaração de aplicação imediata às normas do Título II da Constituição (direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos), valor este disposto no art. 5º, §1º da CRFB/88, Silva (2012, p. 161) reconhece:

Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.

Na atual Constituição os direitos sociais foram alçados à condição de direitos fundamentais. O não reconhecimento da aplicabilidade imediata dos direitos sociais seria um retrocesso, além de um contrassenso.

Kelbert (*apud* PIOVESAN, 2003, p. 44) define bem o tema:

Atente-se, ademais, que a Constituição de 1988, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, institui o

princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, nos termos de seu art. 5º, § 1º. Inadmissível, por consequência, torna-se a inércia do Estado quanto à concretização de direito fundamental, posto que a omissão estatal viola a ordem constitucional, tendo em vista a exigência de ação, o dever de agir no sentido de garantir o direito fundamental. Implanta-se um constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais.

3 O MINIMO EXISTENCIAL

O Mínimo Existencial tem como objetivo assegurar condições básicas inerentes ao homem, buscando garantir sua dignidade de vida. Dignidade esta que está garantida na Constituição da República Federativa do Brasil em vários dispositivos, é um de seus fundamentos e princípios (arts. 1º, III e 4º, II da CRFB), e que faz parte dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

A teoria também foi desenvolvida na Alemanha, no início da década de 1950, encontrando o seu ponto máximo na década de 1990, na Corte Constitucional Alemã, quando foi apresentada ao Brasil por Ricardo Lobo Torres.

Para Lazari (2012, p. 92), “numa conceituação de reducionismo apriorístico proposital, pelo “mínimo” entende-se o conjunto de condições elementares ao homem, como forma de assegurar sua dignidade, sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja desrespeitada”.

Foi concedido ao Estado o dever de ser o guardião desses direitos e condições, devendo zelar pela sua aplicação e proteger o cidadão em casos de injustificável inadimplemento. Entretanto, o problema prático é vislumbrado, quando o Estado se depara com um direito a ser garantido,

mas não é de seu interesse imediato a sua consecução, em um nítido conflito de interesses.

Ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a experiência demonstra que os Poderes, especialmente o Legislativo e o Executivo, podem tornar-se violadores dos direitos fundamentais. Por isso, o direito constitucional esmera-se à procura de fórmulas para proteger os indivíduos contra esses Poderes” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 91).

3.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A fim de garantir o conteúdo essencial de existência digna para os cidadãos, pode e deve o Poder Judiciário, observando a razoabilidade da pretensão do indivíduo em face do direito violado e a falha na escolha ou na implementação de políticas públicas pelo Estado, providenciar o ajuste e assegurar a consecução do direito desrespeitado.

Essa intervenção judicial na atividade administrativa do Estado (conveniência e oportunidade na escolha/implementação da política pública) não viola a separação de poderes, pois o poder do Estado é uno. E justamente o que se pretende com esta divisão/separação é a especialização de atividades, que devem funcionar em harmonia, objetivando o fim comum e a conquista dos objetivos fundamentais da República.

Seguindo o ensinamento de Barroso (2013, p. 39),

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais. Há causas diversas para o fenômeno. A primeira é o reconhecimento de que um Judiciário forte e independente é imprescindível para a proteção dos direitos fundamentais. A segunda envolve uma certa desilusão com a política majoritária. Há uma

terceira: atores políticos, muitas vezes, para evitar o desgaste, preferem que o Judiciário decida questões controvertidas (...). No Brasil, o fenômeno assume uma proporção maior em razão de a Constituição cuidar de uma impressionante quantidade de temas. Incluir uma matéria na Constituição significa, de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o direito, permitindo a judicialização.

O posicionamento mais representativo em favor da intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas vem do Supremo Tribunal Federal, na ADPF 45-9:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...]. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao

que determina a própria Lei do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel.Min. CELSO DE MELLO). [...]

A relevância dessas decisões, quando se trata de políticas públicas, é muito maior do que em contendas comuns, pois elas tratam, na maioria das vezes, de direitos essenciais, de situações que podem culminar em morte ou na manutenção da vida, como no caso da saúde pública. É o Estado Social garantindo uma existência humana digna aos indivíduos, pois são direitos, cuja observância constitui objetivo fundamental do próprio Estado, como insculpido no art. 3º da CRFB.

Para tanto, a fim de garantir esse conteúdo essencial dos cidadãos, pode e deve o Poder Judiciário, observando a razoabilidade da pretensão do indivíduo em face do direito violado e a falha na escolha ou na implementação de políticas públicas, providenciar o ajuste e assegurar a consecução do direito desrespeitado.

3.2 OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO

Mesmo não havendo previsão constitucional expressa quanto ao mínimo existencial nas Leis Fundamentais do Brasil ou da Alemanha, entende-se que o instituto está contido e deve ser extraído do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da igualdade (art. 5º, *caput*) e, sobretudo do Estado Democrático de Direito (art. 1º), presentes na Constituição da República Federativa do Brasil.

Como leciona Lazari (2012, p. 95):

Este instituto almeja atenuar as imperfeições da derrocada do bem-intencionado, mas, falho Estado Social, bem como auxiliar na implantação efetiva do mínimo social que a compõe. Desta forma, certamente não é objetivo do Mínimo Existencial anular direitos sociais que não o integram, mas apenas resguardar que um pequeno grupo deles fique a salvo da insuficiência

assistencialista estatal (lembrar que o parâmetro do “mínimo” é a faixa de subsistência do ser humano). Disso infere-se que o orçamento estatal não se desonera daquilo que excede ao “mínimo”, mas, contrário, deve se comprometer a melhorar aquilo a que outrora (mais especificamente, em 1988) se comprometeu no campo social.

Os direitos essenciais à pessoa humana nascem das lutas contra o poder, a opressão, o desmando, gradualmente (1ª, 2ª e 3ª geração), ou seja, não nascem todos de uma vez, mas acontecem quando as condições são favoráveis, e assim passa-se a reconhecer a sua necessidade para assegurar a cada indivíduo e a sociedade uma existência digna.

Esse conteúdo genérico de conquistas e protetivo do homem, inerentes e próprios à sua natureza recebe o nome de direitos humanos. E quando esses direitos são positivados pela Carta Política de uma nação passam a se chamar direitos fundamentais.

Nesse sentido Canotilho (1998, p. 259):

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”

Os direitos humanos fundamentais seriam então os direitos essenciais do homem quando positivados na Carta Magna, como é o caso brasileiro. E em se falando de CRFB é possível observar o conteúdo do mínimo existencial, dentro do gênero “direitos fundamentais”, representado pelas espécies: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos da nacionalidade e direitos políticos.

Hodiernamente, os direitos sociais são os que mais ensejam demandas judiciais. Eles estão apresentados no artigo 6º da CRFB, que assim dispõe: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Observa-se da relação acima que esses são direitos qualificados, que compõem o núcleo para a existência digna de qualquer pessoa, devendo ser salvaguardados pelo Estado, que não pode simplesmente se furtar a implementá-los, o que inclusive autoriza o Poder Judiciário a determinar a efetivação de políticas públicas via ativismo judicial a fim de tutelá-los.

4 A RESERVA DO POSSÍVEL E A POSSIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA DO ESTADO

A construção teórica da reserva do possível tem origem na Alemanha, onde foi aceita e desenvolvida na década de 1970 pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, a partir do *casonumerus clausus*, que consistia no direito de acesso ao ensino superior (no curso de medicina das universidades de *Hamburg* e da *Baviera*, nos anos de 1969 e 1970).

Olsen (2008, p.215) narra que entre 1952 e 1967 o número de estudantes nas universidades da Alemanha mais que dobrou:

[...] o número de primeiro-anistas passou de 25.000 para 51.000. o desenvolvimento das universidades, entretanto, não acompanhou estes números. Para que isso fosse necessário, as esferas

governamentais teriam de disponibilizar mais de 7,7 bilhões de marcos, valores irrealistas se considerada a situação alemã do pós-guerra. [...] nos anos 60, cada vez mais escolas recorreram ao auxílio da regra do *numerus clausus*, existente desde os anos imediatos ao pós-guerra. O número de vagas para o ensino superior era limitado, e de fato não poderia atender a toda a população.

Do mesmo modo, Martins (*apud* LAZARI, 2012, p. 70) explica que vigia à época a Lei Universitária de *Hamburg*, de 25 de abril de 1969, com a determinação de que alguns cursos poderiam restringir a admissão de novos acadêmicos tendo em vista a capacidade de absorção da universidade.

Segundo Lazari (2012, p. 71) chegou o Tribunal Constitucional Alemão a seguinte conclusão:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são, desde o início, restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Assim, ao administrador competiria, na gestão de seu orçamento, também observar outros interesses da coletividade, bem como a decisão sobre a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior. Isso não representaria autorizativo, contudo, a que um candidato, em qualquer momento, pleiteasse a vaga do ensino superior por ele desejada, pois isso tornaria os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes quase exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por vários fatores. Isso levaria, segundo a Corte

Constitucional, a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo, não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas à custa da coletividade é incompatível com a ideia do Estado Social.

Desta forma, fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.

Deu-se a esse debate teórico estatal o nome de Reserva do Possível, que consiste, de forma simplória, na argumentação da não implementação de direitos constitucionais previstos em virtude da insuficiência de recursos orçamentários.

Para Sarlet (2010), a partir desse momento a reserva do possível passou a ser defendida por uma dimensão tríplice: a) a real disponibilidade dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos; c) a proporcionalidade da prestação e sua razoabilidade.

O primeiro aspecto trata da questão orçamentária propriamente dita (planejamento, fixação de despesas e receitas). O segundo da limitação jurídica decorrente de uma escassez ficta. Para Sgarbossa (2010, p. 220), a escassez ficta “*são recursos existentes, [...] mas cuja alocação em determinados setores acaba por implicar o não-atendimento de outras necessidades, por uma decisão disjuntiva do órgão ou agente com competência em matéria alocativa, seja ele qual for*”. E o terceiro reveste-se da necessidade de ponderação e adequação – é a atribuição do menor sacrifício ao direito restringido diante da avaliação de seu custo-benefício,

pois a pretexto de se garantir um direito não se pode desguarnecer outros a ponto de prejudica-los.

4.1 APLICABILIDADE PRÁTICA DA TEORIA

Parcela da doutrina e da jurisprudência prega pela não aplicação da teoria no Brasil, visto ter sido a sua essência desvirtuada. Na Alemanha, quando do surgimento da tese da reserva do possível, o Estado havia planejado e aplicado os recursos públicos de forma ordenada. O bem estar mínimo dos cidadãos estava a muito atingido e os indicadores sociais eram amplamente favoráveis. O Estado Social encontrava-se efetivado e o problema era essencialmente de explosão da demanda, que mesmo o planejamento adequado não foi capaz de acomodar, diante da finitude dos recursos.

É o que alega Lazari (2012, p. 75):

Na Alemanha, berço do instituto, apesar da já propalada ausência de previsão de direitos sociais na Lei Fundamental de Bonn, o nível de desenvolvimento da igualdade e da fraternidade mesmo dentro de uma economia neoliberal pós-Guerra de sucesso faz com que a implementação de políticas seja, por natureza maximizada. Assim, quando a “reserva” é alegada na Alemanha, é porque muita coisa antes já foi feita pelo Estado, e o que se pede é sobrepujante. A briga, pois, é “pelo limite do teto”, e não “pela manutenção, ao menos, do chão”, como em tese ocorre no Brasil.

Para esses pensadores do direito não seria possível falar em reserva do possível no Brasil, enquanto o Estado de Bem-Estar Social não fosse assegurado à população.

Contudo, essa corrente de pensamento é minoritária. Atualmente a tese é aceita e aplicada, porém a alegação da reserva do possível deve

ocorrer em situações extraordinárias, como bem leciona Lazari(2012, p. 59-60),

O Estado não pode alegar a “reserva” a toda e qualquer demanda que lhe é formulada, mas apenas àquelas que, de fato, remontam ao inacessível pelo orçamento estatal sem que isso se traduza em prejuízo da coletividade. Desta forma, uma consequência processual é que, caso a Reserva do Possível seja a única matéria de defesa alegada pelo Estado, e o caso específico não seja de cabimento da tese, deverá o Estado ser considerado revel, por força deste caráter de excepcionalidade.

O Poder Judiciário vem freando o ímpeto estatal na aplicação da teoria, diante da escusa de racionalização dos gastos e da impossibilidade de garantia de direitos mínimos, sem que seja feita uma demonstração pormenorizada das dificuldades orçamentárias enfrentadas.

Nesse sentido já se pronunciou o STF:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o

ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. (AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 410.715-5 SÃO PAULO. Rel. Min. Celso de Mello. 22/11/2005).

A alocação inadequada de recursos a outras áreas em detrimento da realização de direitos, principalmente dos mínimos e indispensáveis a uma vida humana digna, deve ser corrigida, visto ser essencial para assegurar um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

De acordo com os ensinamentos de Lazari (2012, p. 86), “a tese tem razão de existir quando estão em posição de equivalência dois direitos de igual ou aproximada valia, e um deles terá de ser preponderado em detrimento da realização do outro, sob pena da não realização efetiva de nenhum dos dois”.

Contudo, em outras situações a resposta deveria ser mais simples. Pois vale mais a pena (pensando sempre do ponto de vista social, de direitos humanos e de políticas públicas) determinar a construção de 50.000 (cinquenta mil) casas ao custo de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) cada uma ou determinar a construção de um estádio de futebol por R\$ 2,5 bilhões de reais (como aconteceu para a Copa do Mundo de 2014), p. ex.?.; vale mais a pena despender vultuosas quantias com publicidade governamental (somente em 2014 o Governo Federal gastou 2,32 bilhões, segundo dados da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República) ou fornecer medicamentos caros a um paciente com risco de morte no caso de sua falta?

Nas situações descritas não parece louvável a aplicação da tese da reserva do possível. Ela deve ser utilizada apenas diante de situações em que prestações equivalentes e de absoluta necessidade se conflitam, e não

ante um pedido urgente e outro submetido aos meros caprichos do administrador público.

É como ensina Lazari (2012, p. 87):

Em outras palavras, o que se está a dizer é que, para situações como tais, não se pode negar o pedido de obras preventivas contra enchentes, p. ex., valendo-se da Reserva do Possível porque a disponibilidade orçamentária já aponta a vinculação do capital para um gasto com publicidade estatal. Não há equivalência de valias entre os gastos contra enchentes e aqueles reservados para a publicidade estatal. E, se não há equivalência contra a valia maior preponderada não cabe a aplicação da “reserva”, seja ela integrante ou não do Mínimo Existencial.

É fato que a simples falta de recursos não pode ser o único sustentáculo argumentativo do Estado. O planejamento deve balizar a formulação e aprovação de um orçamento público, que deriva de lei. Sendo assim, a lei deve ser previamente debatida, além de conter preocupações e objetivos de curto, médio e longo prazo - o que significa prestigiar metas, necessidades e direitos assegurados constitucionalmente à população de um país.

Existindo um planejamento prévio, sério e bem feito, em que estão bem definidas as metas, necessidades e objetivos a serem atingidos pelo Poder Público com os recursos disponíveis, a lei orçamentária daí originada deve ser cumprida. Como já se manifestou o STJ:

“Dessa forma, com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar

a construção de obra especificada. (...)”. (STJ, REsp 208893 / PR ; Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 22.03.2004).

A Reserva do Possível não pode ser invocada para justificar uma inércia estatal desarrazoada, que não contemple em seus objetivos e fundamentos o direito a uma vida digna pelo indivíduo. O direito humano e fundamental à vida não pode ser mitigado pela simples alegação de limitação de recursos estatais, sob pena de ser relegado a uma mera promessa constitucional sem consequência prática alguma.

Em um sistema ideal, a tese só deveria ser aplicada a partir do momento em que o Estado conseguisse atingir o mínimo para uma existência digna e assegurasse as condições básicas em relação aos direitos humanos e fundamentais dos cidadãos, como foi formulada originalmente – na Alemanha.

Contudo, diante do desvirtuamento já sofrido pela teoria e em aplicação atualmente pelos tribunais, deve-se levar em consideração apenas a dimensão tríplice do instituto: a real disponibilidade dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos, e a proporcionalidade da prestação e sua razoabilidade. Porém, sempre observando se o planejamento orçamentário privilegiou metas, necessidades e direitos assegurados constitucionalmente à população, pois caso eles estejam bem definidos deverão ser seguidos estritamente como propostos e aprovados na lei orçamentária.

5 CONCLUSÃO

Os conceitos e fundamentos iniciais sob os quais se fundaram as teses da reserva do possível e do mínimo existencial, na Alemanha, seguiram um caráter excepcional, seja no caso do “mínimo” – por ter o Estado já contemplado os seus cidadãos com o básico para uma existência digna, seja no caso da “reserva” - pela impossibilidade de alegação única

da insuficiência de recursos por parte desse mesmo Estado, respeitando, em especial no caso da “reserva”, o aspecto tridimensional na sua aplicação.

No Brasil, ocorreu certo desvirtuamento dos institutos, que algumas vezes vêm sendo utilizados como tese única, sem se observar justamente esse caráter excepcional e as condições sob as quais as teorias foram construídas em seu berço. Ao Poder Judiciário cabe o papel de adequar os casos a ele impostos aos limites sob os quais devem ser aplicadas as teses ora estudadas.

A pesquisa demonstra que deve haver equilíbrio e moderação no uso das teorias, mas, principalmente, ponderação e adequação no seu emprego por parte do julgador, pois a aplicação irracional e desmedida de qualquer delas possui o potencial de causar injustiças.

A correta aplicação das teses poderia ser capaz de evitar o aumento do já considerável volume de ações judiciais, que tem como objeto o embate de questões de natureza social, direitos humanos, limitação orçamentária, e tramitam atualmente na justiça. Visto que, a cada direito violado do cidadão pelo Estado cria-se uma possível nova lide contra o mesmo Estado violador.

Além disso, orçamentos bem planejados e políticas públicas melhor definidas e executadas pelos Administradores Públicos teriam o potencial, juntamente com o Poder Judiciário (que seria cada vez menos acionado), de trazer segurança jurídica e conformação social à população, pois diante de metas claras, criteriosas, objetivos e necessidades debatidas e aprovadas juntamente com a sociedade, a insatisfação e o questionamento quanto à correta aplicação dos recursos públicos tenderia a ser bem menor.

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro:** Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FACHIN, Odila. **Fundamentos de Metodologia,** 5. ed. [rev.] – São Paulo: Saraiva, 2006.

FEDERAL, Governo. **Investimento em Mídia.** Secom, 2014. Disponível em: www.secom.gov.br/atuacao/midia/acoes-programadas. Acesso em 10 nov. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário.** Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 7, n. 7, 2010.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 18. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

LAZARI, Rafael José Landim de. **Reserva do Possível e mínimo existencial:** a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade. Curitiba: Juruá, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 23. ed. atualizada até EC nº 56/07. Atlas, 2008.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008.

PEZZI, Alexandra Cristina Giacomet. **Dignidade da Pessoa Humana – Mínimo Existencial e Limites à Tributação no Estado Democrático de Direito.** Curitiba: Juruá Editora, 2009.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos: v. 1. Reserva do possível.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. **“Direitos Fundamentais – orçamento e “reserva do possível”.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 8ª ed. Malheiros Editores. 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais– Conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2ª ed. Malheiros Editores. 2010.

TEMER, Michel. **Elementos do direito constitucional.** 14ª Ed. revista e ampliada, Malheiros, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. **Direito ao Mínimo Existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF.** Revista Direito GV. São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, v.4, n.2, 2008. Disponível na internet: Acesso em 21 mar. 2015.

A INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

STEEL RODRIGUES VASCONCELLOS: Advogado. Especialista em direito civil e empresarial pela UFPE e especialista em Filosofia e teoria do direito pela PUC-MINAS.

Resumo: O presente estudo acadêmico faz uma análise hermenêutica via pesquisa doutrinária acerca da função social do contrato e seus critérios de interpretação.

Abstract: This academic study is a hermeneutic analysis via doctrinal research on the social function of the contract and its interpretation parameter.

Introdução:

A importância da interpretação contratual se dá no alcance da revelação da vontade comum. A exteriorização expressa da vontade não consiste somente em revelar o sentido das respectivas partes, mas naquilo que a vontade representa considerando suas limitações e consequências.

Após um estudo sobre a interpretação da função social do contrato, induz finalmente a conclusão do presente estudo, considerando todos os conhecimentos inseridos no trabalho acadêmico aliada a uma pesquisa jusfilosófica.

A importância do contrato como instrumento político, econômico e social justificado pela intervenção do Estado, passa pelo preenchimento intimamente ligado aos valores morais, sociais, culturais e ideológicos de cada momento histórico da sociedade.

Paulo Lobo (2011, p. 175) desfragmenta a distinção da aplicação da lei com a intenção de quem redige o contrato:

A interpretação dos contratos apresenta peculiaridades distintas das interpretações da lei. A lei é predisposta pela autoridade legislativa; o contrato é fruto de acordo das partes. A lei é abstrata e geral; o contrato é concreto e relativo às partes. A lei não depende do consentimento ou aprovação dos destinatários para valer e ser eficaz; o contrato vale e é eficaz a partir do consentimento de suas partes. A finalidade da lei é de regular interesses particulares e determinados. A aplicação da lei não leva em conta a intenção de quem a edita; a do contrato busca exatamente essa intenção comum exteriorizada. A lei é uma regulamentação heterônima: o contrato é uma regulamentação autônoma.

Como consta nos critérios de interpretações do Código Civil de 2002, nos arts: 110 a 114 da parte geral:

1. A intenção comum deve ser levado em consideração, afinal o contrato é lei entre as partes.
2. Quando houver conflito de significados, a intenção comum sempre prevalecerá.
3. Se uma das partes fizer reserva mental de não se obrigar ao que foi exteriorizado na declaração formal, esta deve

prevalecer sobre a reserva mental. Recordando que o ônus da prova é de quem se utilizar da reserva mental.

4. Ao contrário do costume do senso comum: Silêncio não significa consentimento. Exceto se: o uso e circunstância que envolvam determinado contrato e em determinada comunidade o admitam – deve ser considerado. Ou quando não for exigível na declaração de vontade expressa.
5. A boa-fé objetiva deve ser prioridade da interpretação, assumindo entre as partes a presunção de lealdade íntegra.
6. Os contratos benéficos, como a doação e a fiança devem ser interpretados em sentido estrito, não agravando a situação da parte que beneficia a outra.

Esses são os direcionamentos que norteiam a interpretação contratual, entretanto, tratando-se de um contrato cuja intervenção é da função social, então questiona-se pragmaticamente qual a interpretação possível para aferir a alcançar ao princípio da sociabilidade.

Para Paulo Roberto Toniazzo, (2008, p. 77), os critérios estabelecidos que favoreçam o desenvolvimento a repartição mais equilibrada das riquezas, bem como que coíbam qualquer desigualdade dentro da relação contratual, desde o momento de sua formação até sua complexa execução, a partir de certas vedações para que o seu uso não se converta em abuso, mas, também, de certas imposições, para que sua utilização possa se converter na satisfação de interesses coletivos. Ou seja, a intervenção efetivamente benéfica não alcançará somente uma das partes, mas todas as partes e todos os terceiros interessados; ou seja, a sociedade.

Marighetto, afirma que (2012, p. 66), a interpretação sistemática é a ideal para a intervenção do Estado, pois além de respeitar os limites da autonomia privada, é necessário considerar os conceitos de microrrelacionamento e do macrorrelacionamento econômico, pois tanto a livre concorrência como a liberdades e garantias individuais e sociais estão em jogo.

A função social como princípio não deixa de ser uma cláusula aberta, inclusive considerada cláusula geral pela ausência de critérios legais da intervenção contratual.

JHERING (1943, p. 16), recorda que: “o direito não é uma teoria, mas uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra, a espada de que se serve para defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito.”

Uma norma, ou princípio com força normativa, carregando sentido normativo vago, o direito perde sua força. Por isso, seguindo o princípio da concretitude de Reale, (1983, p. 13), o legislador não deve legislar em abstrato. A cláusula geral possui dois significados: no sentido de designar a técnica legislativa de criação de normas, como próprias normas resultantes de produção legislativa.

Referente a interpretação do contrato no tocante a função social; Reale defende a que a interpretação seja interpretada de acordo com o espírito da lei, bem como seu travamento lógico e técnico, acompanhado por uma base de fundamentação ética. (1986, p. 3)

A consequência para o excesso de abrangência e generalidades é que o tratamento jurídico se rende ao domínio de casos, o que se configurará um realismo jurídico baseado em precedentes, enfraquecendo o princípio da legalidade.

A função social do contrato é, antes de tudo, um princípio jurídico de conteúdo indeterminado, que se compreende na medida em que lhe reconhecemos o precípua efeito de impor limites à liberdade de contratar, em prol do bem comum. (GAGLIANO, 2012, p. 63)

Paulo Nader é favorável na flexibilização do sentido normativo, pois tal flexibilidade acompanha a modernidade, (2003, p. 47):

(...) A necessidade de flexibilização do ordenamento pátrio, ao afirmar que o animus desse novo Código reside justamente no combate a essa instabilidade. Não que se esteja a defender a chamada 'escola de direito livre', encabeçada por Kantorowicz, nem mesmo o movimento muito em moda na atualidade do chamado 'direito alternativo'. Mas a flexibilidade na interpretação das normas permitirá que o direito se modernize, sem que haja necessidade de estar, a cada instante, alterando os textos legais.

Arruda Alvim, (2003), considera as cláusulas gerais como conceitos abertos, que não contém elementos definitórios mais exaurientes e demandam o preenchimento de espaços por obras da atividade jurisdicional à luz da conjuntura e das circunstâncias presentes no momento da aplicação da lei, tendo como eixo de gravidade o caso concreto.

“Conceitos legais e indeterminados são palavras ou expressões indicadas na lei de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos”, para Nery Júnior. (2003, p. 144). Considera, assim as “normas abertas”. O resultado de uma norma aberta, no caso da cláusula aberta para Nery Júnior, é a impossibilidade de um trabalho integrativo, mas simplesmente interpretativo. Por outro lado, Nery Júnior (2003, p. 143), enxergar um lado positivo em relação às cláusulas gerais, pois elas podem prolongar a aplicabilidade dos institutos jurídicos. Amoldando às necessidades da vida social, evitando o engessamento da lei: “A técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo.” (2003, p. 402).

Humberto Theodoro Júnior (2008, p.144), faz uma análise da evolução normativa, aliás, interpretativa acerca das codificações e linguagens; fazendo um paralelismo entre sistemas antigos com o atual, e como afeta o ordenamento jurídico:

Do rigor positivista dos conceitos rígidos e das formas acabadas, passou-se a um diploma normativo dinâmico, cuja virtude maior é a aptidão para adquirir, progressivamente a dimensão que os códigos do passado pretendiam encerrar; de ponto, em enunciados universais e frios. Reconhece-se de antemão, que não se tem o propósito de obra perfeita e absoluta. Torna-se como ponto de partida a idéia de que o direito privado deve ser visto como um “sistema em construção”, onde as

cláusulas gerais constituem disposição que utilizam, intencionalmente, uma linguagem de tessitura “aberta”, “fluida”, ou “vaga”, com propósito de conferir ao juiz um mandato para que, à vista dos casos concretos, possa criar, complementar, ou desenvolver normas jurídicas, mediante reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema. É um estímulo constante à conveniência com os princípios e regras constitucionais, que durante a maior parte do século XX permaneceram à margem das indagações dos civilistas e operadores do direito civil. (2008, p. 144)

Robert Alexy (2009, p. 39) lidera o pensamento de transformar a ordem constitucional em um sistema predominantemente denominado por valores auto-aplicáveis. Já JURGEN HABERNAS (1997, p. 321-322), critica essa inconveniente sistema dessa possível ordem jurídica, sustentando que criar uma ordem concreta e permanente de valores ameaça causar ausência de preceitos jurídicos. O que classifica de: “sistema normativo tendencialmente exaustivo”.

Canotilho (1987, p. 257) defende a clareza de normas argumentando no sentido de segurança jurídica, pois a norma necessita ser precisa e determinante para um mínimo de concretude. Assim, o autor desfragmenta a seguinte classificação: 1 – Alicerçar posições juridicamente protegidas por cidadãos. 2 – constituir uma norma de actuação para a administração. 3 –

possibilitar, como norma de controle, a fiscalização da legalidade e defesa dos direitos e interesses dos cidadãos.

Para Maria Helena Diniz (2010, p.365), a interpretação da aplicação do princípio da função social se dá de acordo com os direitos da personalidade, colocando como em evidência a dignidade da pessoa humana:

O art. 421 é um princípio geral de direito, ou seja, uma norma que contém uma cláusula geral. A 'função social do contrato' prevista no art. 421 do novo Código Civil constitui cláusula geral, que impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito; reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas e não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presente interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Marcelo Neves (2013, p. 14) assim como os autores supramencionados, também adverte sobre o princípio normativo do princípio. Assim o autor distingue imprecisão semântica da discricionariedade.

A imprecisão semântica se dá mediante as formas de ambiguidade (conotativo), e vagueza (denotativo). Assim, a imprecisão se torna um refém de uma referência e circunstância do

texto normativo. Já a discricionariedade não deve ser confundida com a imprecisão semântica, pois, um sentido estreito acerca do exercício do ato, ficando a cargo de condições políticas (oportunidade e conveniência), ou seja, discricionariedade através da competência em que a própria lei lhe atribui.

Ademais, Neves (2013, p.15) ainda se refere às características hermenêuticas do princípio como “teses de demarcação frágil”, quando se atribui a generalidade ou especificação da norma. Assim a fonte da problemática é determinar o grau de abstração da norma. Pois segue a proporção de: maior a generalidade normativa, maior estímulo ao método de interpretação indutivo. Os princípios encontrados por generalizações ou abstrações no sistema normativo não devem ser confundidos com os princípios sectoriais, como os de direito administrativo e direito tributário. Sectoriais por ter como característica menor generalidade, e menor abstração, porque segue um apontamento direcionando princípio e regra na mesma equivalência material.

Ao tratar do princípio da função social do contrato, identifica-se uma identidade não ao direcionamento, mas ao próprio conteúdo da norma, eis que é encontrado nesse presente princípio uma abrangência generalizante. Quando o princípio possui alto teor de generalidade, afasta-se assim o mundo fático da dimensão normativa.

DWORKIN, (1977, p. 23), como positivista, remete o seguinte ensino: é lícito e moralmente aceitável ao juiz utilizar os princípios quando o juiz suas vias legais estiverem esgotadas. Eis então outro sentido de discricionariedade no sentido autoritário, porque não será possível se fundamentar da legislação e sim a aplicação de uma interpretação de um princípio. Afinal, como próprio Dworkin aborda: “o juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes no exercício do seu poder.”.

O autor entende por princípio: “Um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política, ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma dimensão de moralidade.”.

Sobre a moralidade apontada por Dworkin; João Maurício Adeodato (2009, p.96) adverte sobre o *decisionismo*, tema em que o juiz decide o que a lei significa através dos princípios. Dessa forma o juiz mediante interpretação moral, estimula ampliar ainda mais a vagueza e a ambiguidade, assim é iminente a possibilidade dos juízes se transformarem em porta-vozes da moral da sociedade.

Decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito *prima face*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de *dever-ser*, esse princípio é fundamento de uma regra que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas.

Na citação acima ALEXY (2009, p. 92), preocupar-se com a construção dos direitos definitivos, para tal construção é necessário que haja colisão, no entanto, é perigoso uma regra depender de princípio, pois este não é uma razão definitiva para um juízo concreto.

A máxima sobre postulações das regras no ordenamento germânico-romano:

Lex posteriori revogat lex priori. Lex specialis derogat legi generali

A questão sobre a estrutura normativa da revogação e especificação; os princípios teriam a mesma aplicação? Obviamente a resposta é a negativa, afinal, princípios são meras diretrizes normativas que fundamentam e constituem a razão essencial das normas jurídicas. A questão é: a real possibilidade do Juiz ultrapassar sua interpretação normativa daquilo que foi extraído da lei mediante princípio. Ainda que os princípios possuem a finalidade em assegurar a unidade sistemática de um ordenamento jurídico.

No art. 4 da introdução ao Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”. Portanto, como o autor Marcelo Neves estabeleceu a diferencia entre discricionariedade e arbitrariedade, como consta na própria lei um sentido de discricionariedade, assim que houver omissão legislativa. A questão é: a discricionariedade pode tornar-se uma arbitrariedade na dependência interpretativa do juiz.

Referente a questão da revogação e segurança jurídica, mais uma vez João Maurício Adeodato se preocupa com o distanciamento entre texto e norma (de decisão), afirma sobre a separação dos poderes – modelo aperfeiçoado por Montesquié – a

principal preocupação referente ao significado (texto de lei), para o significante (texto de decisão). Na medida em que se afasta a lei da decisão judicial, a tripartição dos poderes é comprometida. Pois o poder legislativo com a finalidade de legislar, não mais o faz, porque o judiciário se torna um porta-voz do significado da lei mediante um princípio.

Ainda João Maurício Adeodato faz uma crítica profunda acerca do uso da linguagem como instrumento de dominação política (2002, p. 40):

O cerne da função de domínio político exercida pela linguagem jurídica está em seu distanciamento da realidade, na abstração que leva a efeito para absorver a contingência, conforme exposto na análise da dogmática. **O perigo desse tipo de generalização está na perda de controle, por parte de quem pretende uma visão científica do direito, do conteúdo da sua própria terminologia.** A advertência não é nova e para ser encontrada no chamado “realismo jurídico” de Ross e Olivecrona, por exemplo, que chamam atenção para as “palavras ocas”. A vantagem da utilização de tais palavras pela dogmática jurídica é que elas provocam emoções reais nas pessoas e conseqüente ação por parte delas. Controlando o conteúdo dado à palavra “propriedade”, por exemplo, a dogmática pode provocar uma

aceitação tácita diante de situações diametralmente diferentes transferindo a discussão para o nível meramente conceitual, qualificando e assim controlando: a propriedade capitalista é uma, a socialista é outra, há a propriedade urbana e rural, a pública e privada, etc.

Para uma questão de tamanha profundidade sobre cláusulas gerais, eis que o presente estudo invoca a força científica da dogmática jurídica. Esta que por sua finalidade é de criar condições razoáveis ao operador do direito para um maior domínio e compreensão da norma. Pois a ciência jurídica permite a descoberta através da descrição do significado objetivo que na norma é conferida. Na lição de Tércio Ferraz, sobre a dogmática jurídica: (2003, p.68):

Em suma, ao distinguir, definir, classificar, sistematizar a ciência dogmática está às voltas com a identificação do direito, tendo em vista a decidibilidade de conflitos. Estudar a ciência jurídica é aprender a elaborar esses sistemas, é dominar-lhe os princípios de construção, é saber distinguir para depois integrar de forma coerente. Para realizar essa construção é que o jurista elabora seus conceitos, que têm ostensiva função operacional. Eles servem para operacionalizar a tarefa de sistematização. São por isso conceitos operativos: com eles

se operam definições, classificações, sistemas.

É preciso, então, criar um sentido de decidibilidade para manter um ordenamento jurídico coeso e coerente. Tal estrutura do ordenamento possa não afetar na interpretação de um princípio com carga de alta generalidade. Tanto a certeza e a segurança jurídica são essenciais para manter o domínio teórico da matéria normativa.

A certeza, segundo Tércio (2003, p.112) é para evitar o máximo de ambiguidades e vaguidades de sentido. Pois um sentido é ambíguo quando se conceito é impreciso, tendo as qualificações tanto do significado e do significante indeterminadas. A imprecisão limitável das palavras que se aplica ao caso específico, é o que caracteriza o sentido vago.

Eis que a dogmática analítica (FERRAZ, JR. 2003, p.139), ajuda na absorção de um conceito operacional para um princípio de cláusula geral como a função social do contrato. Tal conceito operacional pode ser encontrado em conjunto com a integração de normas jurídicas válidas. Pois, a dogmática capta o ordenamento jurídico cujo complexo elemento normativo de forma sistemática para atender a exigência da *decibilidade* pura, ou seja, certa e segura.

Após uma abordagem diversa acerca da filosofia do direito e da dogmática jurídica como interpretação do princípio, segue adiante a conclusão do presente trabalho acadêmico:

Conclusão

O debate entre princípios e regras demonstra didaticamente uma perfeita alegoria sobre o alcance na norma e a decisão judicial, precisamente, o momento exato em que o Direito

se configura como um instrumento de justiça, questiona-se: que tipo de justiça?

A alusão ao mito do embate entre Hércules e a Hidra se faz numa síntese da moral da história: Hércules equipara-se ao juiz, enquanto que a Hidra, o princípio a ser interpretado. O prognóstico é simples: A Hidra por ser um animal mitológico fantástico cuja tinha várias cabeças e não bastava Hércules arrancar uma delas, mas deveria saber qual a cabeça arrancar, porque o ponto fraco consistia justamente em uma cabeça que delimitava a Hidra, e conseqüentemente atribuía a vitória do embate à Hércules.

Através desta alegoria é útil para que o juiz saiba qual “cabeça será cortada”, ou seja, quais princípios excluirá para dar prosseguimento na sua interpretação da norma ao caso específico.

O presente tema é sobre o princípio da função social do contrato. Neste tema também acompanha outros institutos jurídicos como outros princípios: (boa fé objetiva e equidade material), ademais os princípios são testemunhas de uma fase da Constitucionalização do Direito Privado. Assim, possuem o encargo de estabelece ruma conexão ontológica com a própria Constituição Federal.

Do direito Romano até o Direito contemporâneo é notório um diferente tratamento dogmático de como ser utilizado o conceito da função social no próprio contrato. Da dicotomia, parte-se de premissas interessantes e inquietantes acerca do instituto: a) *O pacta sunt servanda* pode sofrer uma flexibilização desde que seja para o bem estar social. b) Tal flexibilização não compromete a natureza jurídica da concretização do negócio jurídico. c) Aliás, mediante a referida flexibilização é possível dar mais segurança jurídica (ironicamente), por haver uma pessoa legítima e interessada na relação jurídica. d) Esta relação contratual não pode

ser mais isolada como foi em outros tempos. e) Aponta-se uma crise contratual, porque segundo Marighetto, o contrato era utilizado como um instrumento – muitas vezes – privilegiando somente uma das partes. f) Neste tipo de relação jurídica com uma onerosidade maior para uma das partes, quando há um desequilíbrio de obrigação – não interessa a sociedade.

Questionou-se qual a finalidade dos diversos conceitos acerca da função do contrato. Assim, é plausível ter propriedade, não somente na precisão ao delimitar o que é a função social do contrato, mas de ser peremptório em afirmar o que não pode ser a função social do contrato.

Ademais, as fundamentações doutrinárias se enriquecem na medida em que há uma correlação com a natureza jurídica do *pacta sunt servanda* – alinhando-se com outros princípios já supramencionados na presente conclusão, conectando-se também com fundamentação da propriedade privada e enrijecendo na própria segurança jurídica do presente ordenamento.

Apesar das inúmeras conceituações da palavra social e diversos tipos de ideologias acompanhados na semântica da palavra, só pode ser possível a utilização deste princípio específico se estiver acompanhando, ou seja, em harmonia com outros princípios que reconhecem a aplicação de um ordenamento jurídico sistemático, tal sistematização é tida como a própria constitucionalização do direito privado.

Não basta, apenas um conhecimento sobre o tema, é preciso conhecer a forma como os tribunais do país estão aplicando-o. E numa pesquisa bem objetiva, foi possível concluir que o princípio da função social do contrato foi tido como uma sustentação acessória. Ou seja, nas decisões a função social do

contrato nunca esteve isolado, mas sempre acompanhando de outro argumento principal.

Se o princípio está sendo utilizado como fundamentação acessória da qual segue a motivação principal, é possível tomar duas conclusões acerca do fato: a) Ou a força normativa do princípio em questão não é límpida o suficiente ou não possui força o suficiente – por ser um princípio, talvez – ou pelo seu excesso de abrangência. b) Ou demonstra de fato uma obrigação tanto ao intérprete como no aplicador do direito, só é possível a utilização do princípio mediante o acompanhamento de outros institutos.

Tais conclusões sobre a aplicação jurisprudencial do instituto comprovam uma instabilidade, porque não são meramente conclusões, mas premissas para outras questões no tocante do próprio limite da decisão jurídica. Logo, as conclusões requerem um dilema sobre a efetividade do significado (lei), do significante (texto da decisão). Pois não basta conhecer os conceitos jurídicos e como a sua aplicação, mas pragmaticamente sua efetiva aplicação. No entanto, antes é preciso questionar se o princípio interpretado possui o mesmo conteúdo daquilo que o legislador se dispôs mediante sua técnica legislativa.

É preciso lembrar mais uma vez da alegoria do combate de Hércules e a Hidra. Pois, de qualquer maneira o princípio da função social do contrato não deixa de ser abrangente, carregando assim um conceito jurídico indeterminado. E como tal, uma indeterminação pode ser considerada uma antinomia no ordenamento jurídico. Tal detalhamento acerca da imprecisão semântica do princípio requer uma atenção especial, motivo pelos quais tantas vezes no último tópico tratou-se de uma advertência. Ainda que o princípio se harmonize na segurança jurídica ao acompanhar outros princípios e regras do próprio Direito

Constitucional; um princípio não deixa de ser maleável, ou seja, fácil de manipular.

O presente estudo, em momento algum, propôs-se em atribuir uma solução. A proposta original era ter uma verificação profunda sobre a temática. Com uma perspectiva atípica por não utiliza uma doutrina clássica, afinal novos conceitos necessitam de novos autores e principalmente de novas formas de abordagens. Assim, o presente trabalho acadêmico procurou tratar de diversos âmbitos do direito, utilizando inclusive matérias de natureza zetética. O presente tema passa fatalmente a questionar a própria índole do ordenamento jurídico uma vez que não basta a conceituação, deve-se reconhecer sua aplicação e fazer um questionamento permanente sobre o significado e significante de um princípio.

Referências:

ADEODATO, João Maurício. ***Ética e Retórica: Para uma teoria da dogmática jurídica***. São Paulo: Saraiva. 2002.

ALEXY, Robert. ***Teoria dos Direitos fundamentais***. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros. da dogmática jurídica à teoria do direito/ coordenadores: - Rio de Janeiro: Forense, 2009

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. ***A função social dos contratos do novo Código Civil***. In Revista dos Tribunais, Volume 815, São Paulo: RT, 2003.

BONAVIDES, Paulo. ***Curso de direito constitucional***. 5 ed. ver.e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994.

CANOTILHO. J.J .Gomes. ***Direito constitucional e Teoria da Constituição***, 4ªed. Coimbra, Almedina, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 15ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2010.

_____. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17 ed. São Paulo: Saraiva. 1996.

_____. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.998.

DWORKIN. **Taking Rights Seriously**. 6ªed. Londres. Duckworth. 1977

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **A ciência do direito**. 2. Ed., 15 reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

LOBO, Paulo. **Direito Civil – Contratos**. São Paulo; Saraiva. 2012

_____. **Direito Civil: Contratos**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012

_____. **Direito Civil: Parte Geral**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012

_____. **Princípios sociais dos contratos do CDC e no novo código civil**. Disponível: <http://jus.com.br/revista/texto/2796/principios-sociais-dos-contratos-no-cdc-e-no-novo-codigo-civil#ixzz2VO7wuq00>. Acessado em 05 de junho de 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003

NEIVA, Cristina de Araujo. **Instituições de ensino superior comunitárias a (des) necessidade da construção do marco legal das: O embasamento constitucional e legal do setor público não estatal no Brasil.** Disponível em: <http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2011/neivaaraujo.pdf>. Acesso em 31/05/2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais. O Novo Código Civil – estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale**, São Paulo: LTR, 2003

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico –** São Paulo: Editora Martins Fontes, 2013.

REALE, Miguel. **O projeto do Código Civil.** São Paulo: Saraiva. 1986.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social.** Rio de Janeiro. Forense. 2003

TONIAZZO, Paulo Roberto Froes. **A função social do contrato: Limite da Liberdade de Contratar.** Florianópolis: conceito editorial. 2008.

LEI 13.188/2015 NÃO PODE DETER A SAGRADA LIBERDADE DA INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL: Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

A Senhora Presidente da República sancionou no último dia 11 a Lei nº 13.188 que, regulamentando o disposto no Art. 5º, V, da Constituição Federal de 1988, dispõe sobre o exercício do direito de resposta em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

Acontece que a Lei nº 13.188/2015, em seu Art. 10, ao vedar a veículos de comunicação social o direito processual de obter uma decisão monocrática liminar proferida por um Desembargador em sede de recurso (Apelação Cível ou Agravo de Instrumento), extravasa drasticamente do contido no dispositivo constitucional citado. Assegurar o direito de resposta é uma coisa, mutilar as faculdades processuais dos meios de comunicação social é outra bem diferente.

O próprio texto da Constituição, mais adiante, preconiza no §1º, do seu Art. 220, que nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social. E o Art. 10 da Lei nº 13.188/2015 quando dificulta, prolonga, o acesso dos veículos de comunicação social à entrega de determinada prestação jurisdicional urgente, aqui em sede recursal, está em última análise promovendo verdadeiro embaraço à informação jornalística.

Qualquer Estagiário de Direito é sabedor de que a obtenção de um efeito suspensivo em sede recursal, não por um Desembargador, mas por uma Câmara, Turma ou Plenário de determinado Tribunal de Justiça é algo naturalmente muito mais

demorado do que a concessão de uma decisão monocrática liminar proferida por um Desembargador.

Ora, a faculdade processual da obtenção de uma célere e breve decisão monocrática liminar, proferida por um Desembargador isoladamente, talvez seja o maior dos institutos de direito recentemente criados a serviço da garantia fundamental da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Estabelecer essa desigualdade processual, em detrimento dos veículos de comunicação social, neutraliza a possibilidade da análise da urgência da suspensão da decisão proferida em 1º Grau antes de sua execução, quando se sabe que as pautas dos Órgãos Colegiados ficarão ainda mais assoberbadas de processos dessa natureza. Enquanto isso, o Autor da ação poderá continuar a obter o pronto e imediato efeito ativo em sede recursal, por decisão isolada de um único Desembargador, ante a inexistência de vedação da Lei nº 13.188/2015.

Nosso País não comporta mais nenhum retrocesso nos direitos e garantias fundamentais inerentes ao ser humano e nos caros princípios que norteiam nosso Estado Democrático de Direito. A Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, em seu Art. 14, nos ensina que “a liberdade de imprensa é um dos mais fortes baluartes da liberdade do Estado e só pode ser restringida pelos governos despóticos”.

Assim, o Art. 10 da Lei nº 13.188/2015 deve ser riscado de nossa legislação pátria, dado por todos como inconstitucional, pois afrontoso à livre manifestação do pensamento e da informação, quando estabelece tratamento desfavorável aos veículos de comunicação social em sede judicial.

DIFERENÇA ENTRE OS DIREITOS DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL E OS DIREITOS AUTORAIS E CONEXOS

BÁRBARA COSTA PESSOA GOMES TARDIN:
Advogada atuante no consultivo e contencioso, desde a primeira instância aos tribunais superiores. Sócia do escritório Tardin & Cordeiro. Graduada na Universidade Cândido Mendes, com pós graduação em auditoria fiscal e tributária pela Fundação de apoio ao CEFET - FUNCEFET.

Resumo: A propriedade industrial e os direitos autorais são institutos disciplinados em diplomas legais distintos. A Lei n. 9.279 de 1996 regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, ao passo que a Lei n. 9. 610 de 1998 disciplina os direitos autorais e conexos. Nosso artigo tem por objetivo examinar os direitos de propriedade industrial e os direitos autorais e conexos a fim de esclarecer quais as diferenças entre ambos.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Direitos de propriedade industrial. 3. Direito autorais e conexos. 4. Diferenças entre propriedade industrial e direito autoral. Conclusão. Referências.

Palavras-chave: Direitos de propriedade industrial. Direito autorais e conexos. Lei n. 9. 610 de 1998. Lei n. 9.279 de 1996.

1. Considerações iniciais:

A propriedade imaterial, ou direitos imateriais, é gênero de que são espécies a propriedade intelectual e os direitos de personalidade. A propriedade intelectual, por sua vez, divide-se entre a propriedade industrial e os direitos autorais e conexos.

A convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) define a propriedade intelectual como:

"a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às

interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico”.

Na definição de Carlos Alberto Bittar, os direitos intelectuais (*jura in re ictectualī*) são “aqueles referentes às relações entre a pessoa e as coisas (bens) imateriais que cria e traz a lume, vale dizer, entre os homens e os produtos de seu intelecto, expressos sob determinadas formas, a respeito dos quais detêm verdadeiro monopólio”. [1]

Tratam-se de direitos que incidem sobre as criações do gênio humano, manifestadas em formas sensíveis, estéticas ou utilitárias, ou seja, voltadas, de um lado à sensibilização e à transmissão de conhecimento, e de outro, à satisfação de interesses materiais do homem na vida diária.[2]

No primeiro caso, cumprem-se finalidades estéticas (de deleite, de beleza, de sensibilização, de aperfeiçoamento intelectual, como nas obras de literatura, de arte e de ciência); no segundo, objetivos práticos (de uso econômico, ou doméstico, de bens finais resultantes da criação, como, por exemplo, móveis, automóveis, máquinas, aparatos e outros), plasmando-se no mundo do Direito, em razão dessa diferenciação, dois sistemas jurídicos especiais, para a respectiva regência, a saber: o do Direito de Autor e do Direito de Propriedade Industrial (ou Direito Industrial).”[3]

Dessa forma, como espécies de propriedade intelectual, temos: a) os *direitos autorais* – que rege as relações jurídicas decorrentes da criação e utilização de obras intelectuais estéticas, integrantes da literatura, das artes e das ciências; e b) os *direitos de propriedade industrial*, que regulam as relações referentes às obras de cunho utilitário, consubstanciadas em bens materiais de uso empresarial, por meio de patentes e marcas.

2. Os Direitos de Propriedade Industrial

A propriedade industrial é o conjunto de direitos sobre as patentes de invenção, modelo de utilidade, desenho industrial, marcas de fábrica ou de comércio, marcas de serviço, nome comercial e indicações de proveniência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal e às falsas indicações geográficas.

Diferentemente dos direitos autorais, os direito de propriedade industrial pressupõe registro prévio no órgão competente para que se constitua. Isto é, o inventor só passa a ter direito de exploração industrial de sua invenção após o registro. No Brasil, o órgão responsável pelo registro de propriedade industrial é o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).

No campo da propriedade industrial, a razão da temporariedade está ligada ao avanço tecnológico e ao interesse social, e seus prazos são menores em relação ao direito autoral. A patente (objeto de aplicação industrial, caracterizado pela novidade) é protegida por vinte anos e o modelo de utilidade por quinze anos, contados a partir da data de seus respectivos depósitos, conforme dita o artigo 40, *caput*, da Lei 9.279/96:

Artigo 40 da Lei 9.279/96 - A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos

e a de modelo de utilidade pelo prazo de 15 (quinze) anos contados da data do depósito.[\[4\]](#)

Com relação às marcas, que se destinam a distinguir produtos (mercadorias e/ou serviços) de outros semelhantes, o princípio da temporariedade é excepcionado: embora a lei diga que o prazo de proteção é de 10 (dez) anos, na verdade o atento titular poderá prorrogá-lo indefinidamente, a cada dez anos, conforme dispõe o artigo 133 da Lei 9.279/96.

Artigo 133 da Lei 9.279/96 - O registro da marca vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos.[\[5\]](#)

3. Os Direito Autorais e conexos

Conforme leciona Carlos Alberto Bittar, "o Direito de Autor ou Direito Autoral é o ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências".[\[6\]](#)

O direito autoral encontra-se atualmente disciplinado na Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/98), que os divide em direitos morais e patrimoniais. Trata-se de uma legislação que disciplina as relações entre o criador e aqueles que usufruem da criação, seja ela artística, literária ou científica.

Nos termos do art. 22 da Lei de Direitos Autorais, "pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou". Enquanto o direito moral assegurar a autoria da criação ao autor da obra intelectual, o chamado direito patrimonial regula a utilização econômica da obra intelectual.

Os chamados direitos conexos são os direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e dos organismos de radiodifusão. Os direitos conexos são direitos vizinhos aos autorais. São os direitos daqueles que contribuem para a difusão das obras do espírito. Confira:

Artigo 89, *caput* da Lei 9.610/98 – As normas relativas aos direitos de autor aplicam – se, no que couber, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiofusão.

Varias teorias foram oferecidas para determinar a natureza jurídica dos direitos autorais, dentre as posições sustentadas, a de que seriam direitos reais - como direito de propriedade imaterial. Mais tarde, por influência da teoria dos direitos da personalidade, defendeu-se que os direitos autorais teriam natureza de direito personalíssimo.

Com progresso científico do pensamento jurídico, chegou-se a conclusão de que os direitos autorais não constituem direitos reais, nem à direitos pessoais. Sendo assim, se amoldariam numa nova categoria jurídica, isto é, seriam direito *sui generis*, possuindo natureza híbrida. Nessa linha, confira as lições de Antônio Chaves: [7]

"(...) o conjunto de prerrogativas que a lei reconhece a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas ou científicas, de alguma originalidade: de ordem extrapecuniária, em princípio, sem limitação de tempo; e de ordem patrimonial, ao autor, durante toda a sua vida, com o acréscimo, para os sucessores indicados na lei, do prazo por ela fixado. Distinguem-se nele, duas esferas de atribuições:

de um lado, as que pertencem ao denominado direito moral, que consiste no direito ao reconhecimento à paternidade da obras, no direito de inédito, no direito à integridade da sua criação, no de modificar a obra, de acabá-la, de opor-se a que outrem a modifique, etc; de outro, as de natureza patrimonial, que se cifram na prerrogativa exclusiva de retirar da sua produção todos os benefícios que ela possa proporcionar, principalmente pela publicação, reprodução, representação, execução, tradução, recitação, adaptação, arranjos, dramatização, adaptação ao cinema, à radiodifusão, à televisão, etc."

4. Diferenças entre propriedade industrial e direito autoral

As diferenças entre a propriedade industrial e o direito autoral são de duas ordens, a saber: a) quanto à origem (registro); b) quando à extensão da tutela. Passemos ao exame da primeira diferença, que diz respeito a origem do direito, materializada pelo registro.

O direito de propriedade industrial se origina de um ato administrativo de natureza constitutiva, consistente no registro. Tratando-se patente, o registro se dará através do INPI (Instituto Nacional de Propriedade Intelectual). No caso de marca, o empresário é considerado titular do direito de exclusividade após a expedição do certificado do registro.

À propósito, conforme explica Fábio Ulhoa Coelho:[\[8\]](#)

A consequência imediata da definição é clara: o direito de exclusividade será titularizado por quem pedir a patente ou o registroem

primeiro lugar. Não interessa quem tenha sido realmente o primeiro a inventar o objeto, projetar o desenho ou utilizar comercialmente a marca. O que interessa saber é quem foi o primeiro a tomar a iniciativa de se dirigir ao INPI, para reivindicar o direito de sua exploração e econômica exclusiva.

Veja-se que a Lei n. 9.279/96 prevê expressamente a necessidade de registro. *Verbis*:

Art. 109 da Lei n. Lei n. 9.279/96 - A propriedade do desenho industrial adquire-se pelo registro validamente concedido.

Art. 129 da Lei n. Lei n. 9.279/96 - A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

Por outro lado, a propriedade autoral não exige qualquer ato administrativo para sua concepção. Ou seja, a proteção para o direito autoral prescinde de registro, sendo facultativo. Nesse sentido o artigo 18 da Lei n. 9.610/98 é expresso: “A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”. Conforme explica Fábio Ulhoa Coelho:[\[9\]](#)

É certo que a legislação de direito autoral prevê o registro dessas obras: o escritor deve levar seu livro à Biblioteca Nacional, o escultor sua peça à Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro, e assim por diante (Lei 5.988/73, art. 17, mantido em

vigor pelo art. 115 da Lei n. 9.610/98). Esses registros, contudo, não tem natureza constitutiva, mas apenas servem à prova da anterioridade da criação, se e quando necessária ao exercício do direito autoral.

A segunda diferença entre os institutos em exame diz respeito à extensão da tutela. Enquanto o direito industrial protege a própria ideia da qual resulta a invenção, o direito autoral apenas protege a forma como se exterioriza a criação, não alcançando a ideia. Basta ver que existem centenas de livros ou filmes sobre o mesmo tema. Nesses casos, a proteção é dada à forma como a criação se exterioriza.

CONCLUSÃO

A propriedade intelectual divide-se entre a propriedade industrial e os direitos autorais e conexos. A propriedade intelectual protege os inventores - ou responsáveis pela produção do intelecto -, conferindo-lhes o direito de obter, por determinado período de tempo, recompensa pela própria criação, seja no domínio industrial, científico, literário ou artístico. Já o direito autoral destina-se a garantir as criações relacionadas a obras intelectuais, artísticas ou ainda de cunho estético.

As diferenças entre a propriedade industrial e o direito autoral são de duas ordens, a saber: a) quanto à origem (registro); b) quando à extensão da tutela. No caso da propriedade industrial, a proteção conferida pela depende de registro – que é constitutivo de direito. Por outro lado, a proteção conferida pelo direito autoral não depende do registro, sendo este facultativo. A segunda diferença diz respeito à extensão da tutela. Enquanto o direito industrial protege a própria ideia da qual resulta a invenção, o direito autoral apenas protege a forma como se exterioriza a criação, não alcançando a ideia.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001

BITTAR, Carlos Alberto, Direito de Autor, 4ª edição, revista, ampliada e atualizada, conforme a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, e de acordo com o novo Código Civil, por Eduardo C. B. Bittar, Rio de Janeiro Forense Universitária, 2003

CHAVES, Antonio, Criador da Obra Intelectual, Direito de Autor: natureza, importância e evolução. São Paulo: LTR, 1995.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, 6ed., vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2002

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. Vol.1, 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006

Notas:

[1] BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 2-3

[2] Idem.

[3] Idem.

[4] BRASIL. Lei n. 9.279/96, de 14 mai 1996. *Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.* art. 40.

[5] BRASIL. Lei n. 9.279/96, de 14 mai 1996. *Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.* art. 133.

[6] Cf. Bittar, Carlos Alberto, Direito de Autor, 4ª edição, revista, ampliada e atualizada, conforme a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, e de acordo com o novo Código Civil, por Eduardo C. B. Bittar, Rio de Janeiro Forense Universitária, 2003, pág. 8.

[7] Cf. CHAVES, Antonio. Criador da Obra Intelectual, Direito de Autor: natureza, importância e evolução, Editora LTR, São Paulo, 1995, págs. 28 e 29.

[8] Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, 6ed., vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 144

[9] Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. Vol.1, 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 144-145.

FÉRIAS COLETIVAS DE TRABALHO

VALQUIRIA ROCHA BATISTA: Advogada e sócia do Rocha & Mouta Advogados. Bacharel em Direito pela Universidade da Cidade de São Paulo (1999 - 2002); Pós-graduada em Direito Processual do Trabalho pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (2003 - 2004); Especialista em Direito Trabalhista pela Escola Superior de Advocacia do Estado de São Paulo (2004 -2005). Além de diversos cursos extensão, simpósio e seminários, especializada na área Trabalhista, elaboração das peças processuais, responsável pelo acompanhamento escritório e sócia.

Em vésperas de festas natalinas é comum que algumas empresas concedam férias coletivas para os seus empregados, ou seja, dias de descanso para todos os funcionários da empresa.

Os requisitos básicos para a concessão das férias coletivas podem ser objeto de acordo coletivo de trabalho, convenção coletiva ou dissídio coletivo.

Porém na falta de um dos instrumentos acima o empregador poderá determinar o regime o período de duração das férias coletivas.

A concessão de férias coletivas é uma prerrogativa do empregador que irá determinar a data de seu início e de seu término. Da mesma forma será determinado se as férias serão concedidas de uma única vez ou em dois períodos conforme disposto no artigo 139 da CLT.

Importante esclarecer ainda que as férias coletivas podem ser concedidas aos empregados admitidos há menos de 12 meses de trabalho. Porém, neste caso, no momento da concessão das férias coletivas o valor pago ao empregado será calculado de forma proporcional iniciando-se, dessa forma, novo período aquisitivo.

A única exceção quanto a possibilidade de concessão das férias coletivas diz respeito aos menores de 18 anos e maiores de 50 anos de idade. Para estes empregados as férias coletivas somente poderão ser concedidas em uma única vez.

Ademais cumpre informar que é proibido conceder férias coletivas somente a alguns empregados da mesma empresa (de determinados setores, por exemplo).

A base de cálculo das férias coletivas será sempre a remuneração do empregado, acrescida de 1/3 constitucional, tendo direito ainda no recebimento da média de adicionais como horas extras, adicional noturno, comissões entre outros.

O empregador (empresa) deverá comunicar com antecedência de 15 dias à concessão das férias coletivas aos seguintes órgãos: Ministério do Trabalho e o Sindicato da categoria profissional.

Da mesma forma todos os empregados deverão ser comunicados com antecedência quanto a concessão das férias coletivas.

Caso o empregador não cumpra com os requisitos legais para concessão das férias coletivas estará sujeito a imposição de sanções administrativas como a aplicação de Auto de Infração e imposição de multa por empregado. O empregador também poderá ser obrigado a pagar as férias novamente ao empregado, caso seja reconhecido a irregularidade de seu procedimento perante Justiça do Trabalho.

DIREITO A GREVE DO FUNCIONALISMO PÚBLICO

FELIPE CARVALHO DE SOUZA: Acadêmico do Curso de Direito do Instituto Metodista Izabela Hendrix.

RESUMO: Este artigo foi desenvolvido como parte da atividade interdisciplinar tendo como objetivo demonstrar por diversos ângulos a visão da greve do funcionalismo público que abrange tanto os noticiários atuais, mostrando os dois lados da moeda, descaso com povo? Descaso com o funcionalismo público? Má gestão? O que esta acontecendo e porque? Universidades Federais em greve a mais de quatro meses, Policiais Federais, Previdência social , todos parados. Inflexibilidade, reivindicações. E a população como fica?

Palavras Chaves: Direito. Greve. Igualdade.

ABSTRACT: This article was developed as part of interdisciplinary activity aiming to demonstrate the vision from different angles to the strike of public employees that covers both current news, showing the two sides of the coin, people neglect? Disregard for the civil service? Mismanagement? What is happening and why? Federal Universities on strike for more than four months, the Federal Police, Social Welfare, all standing. Inflexibility, claims. And how is the population?

SUMÁRIO: Resumo. 1. Introdução. 2. Evolução histórica. 3. O direito de greve para os trabalhadores em geral. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A constituição brasileira de 1988 estipula em seu artigo 9º que “é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”.

O artigo 2º da Lei 7.783/89 conceitua a greve como sendo "a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços ao empregador".

Assim, para que reste configurada a greve, a suspensão da prestação de serviços deve ser coletiva - e não individual.

A paralisação coletiva, por sua vez, pode ser total ou parcial, abrangendo todos os trabalhadores de uma empresa ou apenas os de um ou mais setores desta.

Amauri Mascaro do Nascimento (2008, p. 85) assim esclarece:

“O conceito jurídico de greve não oferece dificuldade, uma vez que é incontroverso que se configura como tal, a paralisação combinada do trabalho para o fim de postular uma pretensão perante o empregador; não é greve, ensinam os juristas, a paralisação de um só trabalhador, de modo que sua caracterização pressupõe um grupo que tem um interesse comum”.

O serviço público pode ser conceituado como uma atividade exercida pelo Estado, sob regime de Direito Público, visando à satisfação de necessidades de toda a coletividade. Nesse sentido é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 650):

“Serviço público é toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais - instituído pelo Estado em favor de interesses que houver definido como públicos no sistema normativo”.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA GREVE NO BRASIL

As greves no Brasil tiveram seu início ainda no século XIX. No começo do século XX, a Greve Geral de 1917 foi um marco importante na história do movimento operário brasileiro. Com a industrialização promovida durante a presidência de Getúlio Vargas aumentou o número de trabalhadores e as pressões por melhoras nas condições de vida e trabalho. Contudo, nessa época, os assuntos eram tratados a nível dos "Chefes Sindicalistas" (muitos desses chamados de "capachos", pois costumavam trair a causa trabalhista, através da corrupção, muito comum no Brasil nessa época), com o crescimento do número de sindicalistas honestos e o desaparecimento natural dos que costumavam aceitar a corrupção,

e o aumento das reivindicações que se tornavam difíceis de controlar, pelos empresários de então, foi quando por pressão popular junto ao Estado de Direito, em que as cortes consideravam-nas legais ou ilegais com base na possibilidade econômica do reajuste ou aumento salarial do Estado, eram e foram proibidas as reivindicações que extrapolavam a capacidade econômica das empresas, pois feriam ao Estado de Direito, à "máquina produtora e arrecadadora do Estado(à Nação, como um todo)", no período militar, os chamados Anos de chumbo, nos anos de 1964 - Quatro Planos Quinquenais de Desenvolvimento – PND (s), Planos Nacionais de Desenvolvimento. No entanto, houve paralisações neste período, como as famosas greves de Contagem (MG) e Osasco (SP), em 1968, e as greves do ABC, no final da década de 1970, que atrapalharam em muito o desenvolvimento do Brasil, dando-se muitas vezes, pela força dos sindicatos mais fortes reajustes que o sistema como um todo não pode absorver, causando o que se chamou mais tarde de "Estagflação", mais tarde após o período da abertura política iniciada em 1985, junto com as medidas econômicas, muitas delas sem fundamento, nos chamados "Planos Econômicos", período em que o Brasil teve aproximadamente 7 (sete) moedas diferentes; se considerarmos os meios intermediários de crédito(que não deixa de ser moeda), utilizados formalmente e intermediariamente, com uma série de tabelas ou "tablitás(como eram conhecidas)", de ajuste. A greve deve ser democrática, ser legal, aprovada pelos meios institucionais vigentes, estabelecidos, na época na Constituição de 1946, que estabelecia o chamado Estado de Direito vigente, junto com os chamados Atos Institucionais (AIs).

Não há como negar que o direito de greve do servidor público traz consigo diversas lacunas, por não sermos celetistas temos algumas dificuldades de exercer o referido direito constitucional, passamos a expor do ponto de vista diverso, as explicações seguintes.

3 O DIREITO DE GREVE PARA OS TRABALHADORES EM GERAL

Com as indústrias, cresceu também o número de operários. Ao mesmo tempo, ampliou-se a consciência dos trabalhadores de que era preciso lutar por seus direitos. Percebendo a força social do operariado, o governo federal elaborou uma política trabalhista (e

tida por muitos como tática de populismo: política fundamentada no aliciamento das classes sociais de menor poder aquisitivo; pretende representar os interesses do cidadão comum). que, segundo análise de alguns historiadores, tinha dupla função: conquistar a simpatia dos trabalhadores e exercer domínio sobre eles, controlando seus sindicatos. Essa política inspirava-se na CARTA DEL LAVORO (carta do trabalho), criada pelo fascismo italiano.

O direito de greve dos trabalhadores em geral é constitucionalmente garantido no artigo 9º de nossa lei máxima, É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. No entanto, estes trabalhadores deverão exercer tal direito utilizando como norte a lei 7.783/89.

O direito de greve dos servidores públicos, está previsto no inciso VII, do artigo 37 da Constituição.

“ART 37º.”. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência em seu inciso VII diz o seguinte: o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

Fica claro que o servidor público deve sempre atender aos interesses da coletividade. No entanto, o regime jurídico diferenciado entre trabalhadores, empregados e servidores públicos, não nos pode impor violação a direitos fundamentais, na medida em que todos são trabalhadores.

4 CONCLUSÃO

Como nos mostra em seu livro Capitalismo, Trabalho e Emprego, o mestre Godinho relata como a exclusão social vem atingindo de maneira cruel (dezenas de milhões de trabalhadores sem a proteção mínima da ordem jurídica trabalhista), e este problema não é privilégio somente dos trabalhadores, os servidores principalmente das esferas estaduais e municipais recebem salários bem abaixo que os servidores da união, e não tem se quer o apoio da justiça do trabalho, pois não pertencemos ao regime celetista, ficamos esperando um parecer de nossos legisladores, e o que se percebe é uma verdadeira inercia deste poder, e a cada ano presenciamos uma eclosão de greves de servidores públicos por todo o Brasil, onde quem é mais prejudicado é o cidadão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

TORRIERI, Deocleciano Guimarães. **Dicionário técnico jurídico**. São Paulo: Rideel, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**. São Paulo: LTR, 2011.

COTRIM, Gilberto. **Historia Global**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SITES VISITADOS

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Disponível no site http://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o_brasileira_de_1988. Acesso em: 01/09/2012, 23:28h.

REVISTA JUS NAVIGANDI. Disponível no site: <http://jus.com.br/revista/texto/18935/a-greve-do-servidor-publico-civil-e-o-principio-da-continuidade-dos-servicos-publicos#ixzz26NT60RtR>. Acesso em: 13/09/12, 15:56h.

REVISTA JUS NAVIGANDI. Disponível no site: <http://jus.com.br/revista/texto/18935/a-greve-do-servidor-publico-civil-e-o-principio-da-continuidade-dos-servicos-publicos#ixzz26NUQG0Eb>. Acesso em 13/09/12, 16:58h.

REVISTA JUS NAVIGANDI. Disponível no site: <http://jus.com.br/revista/texto/18935/a-greve-do-servidor-publico-civil-e-o-principio-da-continuidade-dos-servicos-publicos#ixzz26NT60RtR> acesso em 13/09/12, 15: 30h.