

# Revista Eletrônica Direito e Conhecimento

**CESMAC**

FACULDADE CESMAC DO AGRESTE

ISSN 2526-4745

n. 4, v. 1, jan./dez 2019, Arapiraca/AL



**Vice-Presidente da FEJAL**

Douglas Apratto Tenório

**Presidente da FEJAL**

João Rodrigues Sampaio Filho  
Douglas Apratto Tenório  
Vera Lúcia Romariz Correia de Araújo  
Cláudia Cristina Silva Medeiros  
José Iedo Mota Mendonça  
Mauro Guilherme de Barros Quirino Martins  
Priscila Vieira do Nascimento  
Gilson Coelho Lima  
Renato Resente Rocha  
João Rodrigues Sampaio Neto  
Pedro Alves Oliveria Filho  
Maria Teomirtes de Barros Malta  
Diógenes Tenório de Albuquerque  
Clementino Verçosa Damasceno  
Estácio Luiz Correia Valente  
Laércio Madson de Amorim Monteiro  
Humberto Marinho Sampaio  
Benedito de Lira  
Paulo José Loureiro Santos Lima  
Orlando Rocha Filho

**Conselheiros da FEJAL****FACULDADE CESMAC DO AGRESTE**

Priscila Vieira do Nascimento

**Diretora**

Orlando Rocha Filho

**Coordenador do Curso de Direito**

Sidney Rêgo

**Coordenador Adjunto do Curso do Direito**

## MISSÃO, OBJETIVOS, PERIODICIDADE

A **Revista Eletrônica Direito e Conhecimento** é uma publicação semestral exclusivamente virtual da Revista de Direito do CESMAC, Faculdade do Agreste, com acesso público e gratuito. Foi instituída com a missão de estimular a difusão do conhecimento através do desenvolvimento do tripé universitário (ensino, pesquisa e extensão). Com isto, almeja-se estimular a difusão do conhecimento jurídico e a evolução da doutrina nacional através de estudos e pesquisas científicas realizadas no Direito. Busca-se, também, desenvolver os projetos de extensão e ensino jurídicos através da difusão destas experiências.

Desta maneira, o objetivo central da Revista Eletrônica Direito e Conhecimento é a publicação de artigos científicos inéditos que tenham sido fruto de pesquisas acadêmicas, dissertações de mestrado, teses de doutorado e estudos independentes sobre os mais variados temas jurídicos, capazes de propiciar avanços na doutrina e legislação nacionais, além do avanço no próprio ensino jurídico.

Diante de tal objetivo, a Revista atua com o recebimento de artigos duas vezes por ano, que são avaliados através do sistema duplo blind peer review, em que os textos são submetidos sem identificação de autoria e são analisados por dois avaliadores, propiciando, assim, uma avaliação imparcial dos textos submetidos à publicação.

## MENSAGEM DOS EDITORES

Caros leitores,

É com grande alegria que publicamos a quarta edição da **Revista Eletrônica Direito e Conhecimento** da Faculdade Cesmac do Agreste. Nesta edição foram trazidos os principais artigos de nossos alunos no I Congresso Internacional de Estudos Constitucionais do Agreste, realizado em 2016, e no II Congresso Internacional de Estudos Constitucionais do Agreste, realizado em 2017. A publicação destes textos nos mostra que todo o trabalho que tem sido realizado ao longo dos anos tem rendido bons frutos, o que nos estimula a dar continuidade com as ações de pesquisa.

Grandes desafios se impõem às pesquisas jurídicas, desafios estes que exigem do jurista uma percepção aguçada da realidade que o cerca, o que prescinde de uma determinada quantidade de tempo e reflexão. Por isto, é preciso aproximar o Direito das outras Ciências Sociais, demonstrando sua necessidade e recuperando sua dimensão hermenêutica.

Neste sentido, tem-se mais um desafio ao desenvolvimento da pesquisa jurídica: vencer a resistência à interdisciplinaridade. É preciso compreender que qualquer fenômeno, para ser compreendido na íntegra, deve ser observado sob o prisma multidimensional, pois somente desta maneira o pesquisador poderá compreender os diferentes elementos que constituem o todo.

Isto porque a construção do Direito deve ocorrer em plena paridade com o ambiente social onde se insere e para o qual se destina. Muito mais que explicitar a existência de um direito e defender seu papel transformador na sociedade, a pesquisa jurídica deve contribuir, verdadeiramente, para o aprofundamento de questões essenciais ao desenvolvimento social.

Assim, contamos com uma diversidade imensa de áreas do conhecimento relacionadas à epistemologia jurídica. Salientamos que há contribuições acadêmicas do nosso corpo docente, sendo esta uma edição atípica em relação à exogenia. Assim, convidamos a todos a se deleitarem e aprofundarem o conhecimento nestes excelentes textos.

Tenhamos uma boa leitura,

Carla Priscilla B. Santos Cordeiro e Fabiano Lucio de Almeida Silva

## **CORPO EDITORIAL E INFORMAÇÕES BÁSICAS**

### **EDITORES**

Carla Priscilla B. Santos Cordeiro e Fabiano Lucio de Almeida Silva

### **EDITORES DE SEÇÃO**

- Fabiano Lucio de Almeida Silva
- Carla Priscilla B. Santos Cordeiro
- Márcio Oliveira Rocha
- Patrícia Ferreira Rocha

### **ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA**

Rua Professor Domingos Correia, 1207, QD 0090. Ouro Preto - CEP 57.301-100 - Arapiraca-AL

## SUMÁRIO

1 .....	15
A OMISSÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DA INCLUSÃO DAS PESSOAS COM NECESSIDADES ESPECIAIS NO ENSINO SUPERIOR .....	15
L'OMISSION CONSTITUTIONNELLE FACE À L'INCLUSION DES PERSONNES HANDICAPÉES DANS L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR .....	15
2 .....	31
A CRISE NO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO: análise da Emenda Constitucional 103/2019. ....	31
THE CRISIS IN THE BRAZILIAN SOCIAL SECURITY SYSTEM: analysis of Constitutional Amendment 103/2019 .....	31
3 .....	51
ESTRATÉGIAS E PERSPECTIVAS PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO ATRAVÉS DA LEI 12.846/2013 .....	51
STRATEGIES AND PERSPECTIVES FOR FIGHTING CORRUPTION THROUGH LAW 12.846/2013.....	51
4 .....	63
A POSSIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA NO INSTITUTO DA ARBITRAGEM .....	63
THE POSSIBILITY OF EARLY RELIEF AT THE INSTITUTE OF ARBITRATION ....	63
5 .....	81
ATIVISMO JUDICIAL E SUPREMOCRACIA: PROTAGONISMO DA JUSTIÇA E CASOS CONTROVERSOS.....	81
JUDICIAL ACTIVISM AND SUPREMACY: PROTAGONISM OF JUSTICE AND CONTROVERSIAL CASES.....	81
6 .....	103
ESTUDO SOBRE A DOUTRINA DA GESTÃO DE CRISES EM REBELIÕES NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO.....	103

## 1

# A OMISSÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DA INCLUSÃO DAS PESSOAS COM NECESSIDADES ESPECIAIS NO ENSINO SUPERIOR

## L'OMISSION CONSTITUTIONNELLE FACE À L'INCLUSION DES PERSONNES HANDICAPÉES DANS L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR

---

Anne Raphaele da Silva Santos\*

Augusto César Maurício de Oliveira Jatobá\*\*

Tiago Soares Vicente\*\*\*1

**RESUMO:** A educação inclusiva no ensino superior é um direito fundamental da pessoa humana e dever do Estado, segundo a Constituição Federal. Muitos dispositivos legais têm concedido proteção à pessoa com necessidade especial (PNE), destacando a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com equivalência de Emenda Constitucional. Mas a Constituição tem se revelado omissa em garantir a eficácia dos objetivos jurídicos pretendidos. E por isso surge a necessidade urgente de regulamentação posterior para que os dispositivos constitucionais se tornem eficazes e assim se cumpra o que foi garantido na Constituição através dos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade; e o que foi acordado na Convenção citada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pessoas com necessidades especiais; Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; Omissão Constitucional.

**RÉSUMÉ:** L'éducation inclusive dans l'enseignement supérieur est un droit fondamental de la personne humaine et du devoir de l'Etat, selon la Constitution Fédérale. De nombreuses dispositions légales ont des besoins spéciaux, soulignant la Convention Relative aux Droits des Personnes Handicapées, équivalente à l'amendement constitutionnel. Mais la Constitution n'a pas permis d'assurer l'efficacité des objectifs légaux prévus. C'est pourquoi il y a un besoin urgent aux réglementations ultérieures afin que les objectifs constitutionnels deviennent effectifs et qu'ils remplissent efficacement et e qui a été garanti est constitution per les principes la dignité de la personne humaine et l'égalité; et e qui a été convenu dans la Convention cite.

**MOTS-LÉS:** Personne ayant un besoin spécial; Convention sur les droits des personnes handicapées; Omission Constitutionnelle.

---

\* Graduada do curso Bacharelado em Direito – 2º período - FACULDADE CESMAC DO AGRESTE. Graduada no curso de Fisioterapia – Instituto de Educação Superior de Alagoas- IESA. Pós- graduada em Saúde Pública – Faculdade de Ensino Regional Alternativa- FERA. E-mail: anneraphaelledantas@gmail.com.

\*\* Mestre em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa/PB - UNIPÉ. Pós-graduado em Direito do Consumidor na Era Digital pelo Centro Universitário Unidombosco - UNIDBSCO. Professor da Faculdade CESMAC do Agreste. Advogado.

\*\*\* Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT), Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Alagoas (UNEAL), Professor do curso de Direito da Universidade Estadual de Alagoas (UNEAL), Campus Arapiraca/AL.



SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A pessoa com necessidade especial; 3 Do dever do Estado; 4 Bases legais a favor das pessoas com necessidades especiais; 5 Da omissão constitucional; 6 Conclusão; 7 Referências bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO

As políticas afirmativas do Brasil acontecem desde o final dos anos 80, com objetivo de inclusão das pessoas com necessidades especiais (PNE). Mas, cada vez mais o tema se torna atual e necessário, movimentos nacionais e internacionais têm buscado o consenso para a formatação de uma política de integração e de educação inclusiva.

O presente artigo trata da omissão constitucional perante a inclusão das pessoas com necessidades especiais (PNE) no ensino superior, observando suas particularidades. Existem normas que protegem as PNE, no entanto, na prática não se constrói a eficácia delas, pois alguns dispositivos não foram regulamentados.

Nenhuma constituição possui todos os seus dispositivos regulamentados, entretanto o texto constitucional não pode ficar desprovido de eficácia, por isso há necessidade de combater a omissão do legislativo que deveria exercer com mais esmero a sua função legiferante e regulamentar os dispositivos constitucionais, quando necessário.

O objetivo desse trabalho é mostrar a premência de medidas referentes às condições necessárias para o ingresso das PNE no ensino superior observando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Esse trabalho foi dividido em quatro partes: Na primeira evidencia-se a nova definição para PNE de acordo com a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como suas implicações nas dimensões jurídicas, social e política. A segunda parte aborda o dever do estado no fomento à educação e no dever de inclusão com base nos princípios fundamentais. A terceira parte dispõe sobre alguns dispositivos legais que favorecem as PNE. Já quarta, e última parte, expõe a omissão constitucional no dever de incluir.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, enriquecida com artigos e revisão dos dispositivos legais relacionados ao tema proposto.

## 2 A PESSOA COM NECESSIDADE ESPECIAL

O conceito de pessoa com necessidade especial foi atualizado na Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência patrocinada pela Organização das Nações Unidas - ONU, aprovada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, nos termos do §3 do art. 5º da Constituição Federal e, portanto, com equivalência de Emenda Constitucional, ratificada em 1º de agosto de 2008 e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro o novo conceito de pessoa com deficiência, dessa vez com status constitucional, assim com eficácia revogatória de toda a legislação infraconstitucional que lhe seja contrária.

Segundo Fonseca (2013), a convenção citada aponta a ausência de um conceito fechado de deficiência e mostra a impossibilidade de que todas as PNE sejam tratadas de forma uniforme. Esse pensamento é extraído, de forma cristalina, através preâmbulo do Decreto nº 6.949/09:

e) Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre PNE e as barreiras devido as atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas;  
i) Reconhecendo, ainda, a diversidade das pessoas com deficiência;  
Ainda de acordo com o decreto supramencionado, a definição da pessoa com deficiência é posta em seu artigo 1º, que assim estabelece:  
O propósito da presente convenção segundo seu texto, é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdade fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Pessoas com deficiência não aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza, física, mental intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Maia (2013) observou que “a convenção apresenta uma definição que se aparta do conceito puramente médico, viés clínico que sempre pautou o tratamento jurídico que lhes era concedido e adota um conceito que prioriza a dimensão social, política e jurídica”.

A dimensão social compreende que a deficiência não está na pessoa, mas na relação entre a pessoa que tem impedimento em alguma área, tem necessidades especiais, com o meio, as barreiras, que impedem sua participação plena na sociedade. Ou seja, não é a pessoa que apresenta deficiência, mas a sociedade, o indivíduo apresenta necessidades especiais.

A dimensão política busca afastar os termos como: “incapaz”, “inválido”, “incapacitado”, “cego”; “pessoa normal” como oposto; “mongol” entre outros. Esses termos são contaminados de preconceitos, estigmas e estereótipos. O uso da terminologia correta combate a discriminação e promove a inclusão.

A dimensão jurídica promove como mudança no padrão a forma de conhecimento jurídico do deficiente, promovendo uma ação mais efetiva de proteção as PNE. A constitucionalização da Convenção Sobre Direito Humanos da Pessoa com Deficiência sanou consequências de âmbito legal e constitucional nos termos de individualidade, interdependência e universalidade dos direitos humanos em face da matriz “pessoa om necessidade especial”. A equivalência constitucional da convenção transformou o valor de conceitos como: “pessoa com deficiência”, “precisão do benefício assistencial”, “ensino especial”, “igualdade no acesso ao trabalho”, “acessibilidade”, “ingresso no serviço público”, “discriminação por motivo de deficiência”, “adaptável razoável”, “desenho universal” entre outros.

### **3 DO DEVER DO ESTADO**

De acordo com Zanetti (2013), com a promulgação da Carta Magna de 1988 o ser humano se tornou o centro de todo ordenamento jurídico, do sistema político, econômico e social. Assim o Estado existe na função de proteger e tutelar o ser humano, assegurando condições sociais, econômicas e jurídicas que permitem a ele galgar seus objetivos com a mais ampla proteção. O Estado deve nomear e incentivar a educação com base: no pleno desenvolvimento da pessoa, no preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho tendo esses descritos no artigo 205 da Constituição Federal.

O direito à educação trata-se de um direito fundamental porque inclui em processo de desenvolvimento individual próprio à condição humana, as pessoas com

necessidades especiais (PNE) também disfrutaram do direito à educação com atenção especial do Estado. O Poder Público como um dos responsáveis ao fomento à educação deve promover ações no âmbito de elaboração de políticas públicas, na legislação exercer o papel de finalizador e protetor desse direito.

Para Longone (2012), “a inclusão social é a capacidade da sociedade mudar, para receber, entender respeitar e atender às necessidades de todos que dela fazem parte; é destinada a todos os grupos vulneráveis”. Assim, torna-se claro que é a sociedade que deve adaptar-se e não a pessoa à sociedade. O objetivo da inclusão é construir uma sociedade mais justa, igualitária, que confira autonomia, interdependência a todos os seus membros; quem limita o outro não é a diferença, é a sociedade.

A dignidade da pessoa humana está consagrada expressamente no artigo 1º, III da constituição brasileira como um dos fundamentos da Republica Federal do Brasil. E foi amplamente defendido na Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência que revisitou institutos fundamentais do direito. Para Stolze (2015), “a Convenção, trata-se, indiscutivelmente, de um sistema normativo inclusivo, que homenageia o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis”. Para Afonso da Silva (2008, p. 270) a dignidade da pessoa humana é considerada o valor constitucional supremo. Assim, deve servir, não apenas para decisão em casos concretos, mas principalmente uma diretriz para elaboração, interpretação, aplicação das normas e requisito para que se efetivem os direitos humanos, sendo dotado de caráter jurídico, positivado, indestrutível e inominável. O princípio da dignidade da pessoa humana é norteador de todos os direitos fundamentais, vetor máximo interpretativo da Constituição, assim deve o estado protegê-lo e garanti-lo. A inclusão social está diretamente ligada a esse princípio, pois, como o acolhimento desse, o Estado é obrigado a adotar políticas inclusivas, como dito em seu artigo 5º garantindo a igualdade de todos perante a lei.

O principio da igualdade é amplamente tratado na Constituição Brasileira. Nos incisos III e IV do artigo 3º, a igualdade situa-se também, entre os direitos e garantias fundamentais no artigo 5º da Constituição em seu caput. Silva, Melo (2012) propõe que:

O sentido de igualdade não significa o “achamento” de pessoas num mesmo padrão, ao contrário, significa equilíbrio entre as oportunidades oferecidas em um mesmo plano sociocultural considerando as características e particularidades de cada indivíduo.

A proteção ao grupo de PNE decorre do respeito ao princípio da igualdade, visto que é necessário respeitar as limitações e diferenças destas, para que essas pessoas sejam inclusas na sociedade. O princípio da igualdade confere ao cidadão o direito de ter direito iguais e ser efetivamente igual.

#### 4 BASES LEGAIS A FAVOR DAS PESSOAS COM NECESSIDADES ESPECIAIS

No Brasil temos inúmeros instrumentos legais que asseguram proteção as pessoas com necessidades especiais:

**QUADRO 1:** Dispositivos constitucionais que dispõem sobre as Pessoas com Necessidades Especiais

<b>CONSTITUIÇÃO FEDERAL</b>	
Artigo 24, inciso XIV	Dispõe sobre a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal de legislar concomitantemente sobre: proteção e integração social da pessoa portadora de deficiência.
Artigo 37, inciso VII	Dispõe sobre o a reserva do percentual dos cargos e empregos públicos e os critérios de sua admissão.
Artigo 203, incisos IV e V	Garantem habilitação, reabilitação e benefício assistencial.
Artigo 205, <i>caput</i>	Garante a educação a todos como dever do Estado.
Artigo 208, incisos III e V	Dispõe sobre atendimento educacional especializado e acesso aos níveis mais elevados do ensino, segundo a capacidade de cada um.
Artigo 227, inciso II	Dispõe sobre a criação de programas de prevenção e atendimento especializado.

Fonte: elaboração da própria autora.

**QUADRO 2:** Dispositivos relacionados à Legislação infraconstitucional

<b>LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL</b>	
Lei nº 7853/89	Dispõe sobre o apoio a PNE, sua integração social e o pleno exercício dos seus direitos individuais.

Lei nº 10.098/00	Estabelece normas gerais e critérios básicos para promoção da acessibilidade das pessoas com necessidades educacionais especiais.
Lei nº 10.172/01	Apoia o plano Nacional de Educação e estabelece objetivo e metas para a educação de pessoas com necessidades especiais.
Lei nº 9.394/96	Estabelece as Diretrizes e bases da Educação Nacional.
Decreto nº 9394/96	Regulamenta a lei nº 7853/89 que dispõe sobre a política Nacional para Integração da pessoa portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção e dá outras providências.
Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009	Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo assinado em Nova York, em 30 de março de 2007, Esse decreto dá ao texto da convenção caráter de norma constitucional brasileira.
Decreto nº 7612 de 2011	Institui o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Plano Viver sem Limite estabelece o Plano Nacional dos Direitos da pessoa com Deficiência.
Lei nº 13.409 de 28 de dezembro de 2016	Concede as pessoas com deficiência o mesmo direito a utilizar o sistema de cotas para o ensino superior que as pessoas negras e indígenas.

Fonte: elaboração da própria autora.

## 5 DA OMISSÃO CONSTITUCIONAL

No Brasil como já foi citado à educação é considerada um dever do Estado e um direito civil de todos com base na Constituição Federal. Quanto ao direito à educação no ensino superior encontramos respaldo legal na Lei de Diretrizes e Bases (1996), no capítulo I, artigo 21, que dispõe sobre a composição dos níveis escolares. Outros dispositivos legais já inclusos nesse artigo garantem o acesso à educação básica das (PNE). O legislador também garantiu a inclusão do indivíduo com necessidades especiais no mercado de trabalho, visto isso no artigo 37 da constituição, já citado e na lei 8.213/91, artigo 93.

Mas o Estado tem sido omissivo no seu dever de efetivar a inclusão social da PNE no ensino superior. Essa ausência é nominada omissão constitucional, a tutela da omissão constitucional pode ser entendida como a incompatibilidade do ato jurídico com a Constituição, quando esta imputar obrigação do Poder Público de editar

comandos normativos essenciais à fruição de direitos nela previstos e este permanecer inerte. Oswaldo Palu (2011, p. 56) diz que “a omissão legislativa só pode significar que o legislador não faz algo que positivamente lhe é imposto pela Constituição. Não se trata, apenas, de um não fazer, mas de não fazer aquilo a que de forma concreta e explícita, está ele constitucionalmente obrigado”.

Assim, não há que se fale em discricionariedade, uma vez que se trata de atividade vinculada à lei e da garantia de direitos fundamentais. O fornecimento de condições protetivas para a PNE está amplamente previsto em lei, não cabendo ao Poder público decidir de forma discricionária sobre seu cumprimento, visto que, está subordinado aos dispositivos legais aplicáveis a espécie, bem como aos pronunciamentos judiciais que revelam o direito aplicável ao caso concreto. Não cabe discricionariedade quando já foram tutelados direitos especiais como acessibilidade, inclusão, atendimento educacional especializado entre outros; de modo a minimizar os obstáculos que empecem o exercício da cidadania.

Sendo válido ressaltar que a Constituição não é mais vista como mera declaração política, exige-se que todo o seu conteúdo surta efeitos concretos, que serão aferidos pelos Tribunais no exercício da jurisdição constitucional.

O sistema de ingresso ao ensino superior é dado por mérito acadêmico, apresentado com o resultado de avaliações objetivas. Essas avaliações estão longe de serem consideradas equânimes, são contaminadas pela profunda desigualdade. Assim é evidente que as PNE concorrem em pé de desigualdade para conquistar uma vaga nas instituições de ensino superior.

Dias (2002) afirma que devemos estar atentos a igualdade mediante à eliminação das desigualdades, o que impõe que se estabeleça diferenças específicas como única forma de dar efetividade no preceito isonômico consagrado na constituição. Lembrando ainda que o princípio da igualdade consiste no tratar com igualdade os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desiguam. Seguindo a mesma linha de pensamento, o Supremo Tribunal Federal estabelece que:

A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da



Constituição de 1988. (RMS n. 26071, Relator Ministro Carlos Ayres Brito, DJU 1 / 2008).

É o tratamento desigual que constrói a igualdade, as PNE devem concorrer entre si, essas pessoas são diferentes, enfrentam dificuldades e barreiras, por isso necessitam de tratamento diferenciado que lhes assegurem inclusão. É válido ressaltar que incluir não é apenas permitir a entrada, mas, é principalmente oferecer meios para isso.

Incluir não é abandonar o aluno PNE em meio aos demais. Está incluído não significa que ele agora se tornou igual aos demais estudantes, ele possui características singulares à sua necessidade especial, que devem ser respeitadas, e a inclusão deve partir desse pensamento: valorizar a diversidade. (PLETSCH 2006).

A educação é um direito subjetivo público, sendo o dever do Estado promover meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo artigo 205 da Constituição Federal e “Qualquer ato omissivo da administração pública importa afronta a Constituição” (RE 594.018-AgRg/ Rel. Min. Eros Grau, STF 2ªT, julgamento em 23.06.2009, DJE 7.08.2009). A omissão em questão resulta no fracasso da inclusão da PNE no mercado de trabalho, apontado pela Superintendência Regional de Trabalho e Emprego do Rio Grande do Sul (SRTE/RS) que mostrou o não preenchimento das vagas ofertadas para a PNE devido a exigência de nível superior.

Deveria ser óbvio que há o dever de legislar para além das garantias e direitos fundamentais de determinados grupos da sociedade, dentre os quais as PNE. Essas minorias necessitam de uma proteção específica e indispensável para que possam se integrar à sociedade e dela participar em condições de igualdade. O Brasil adotou como política afirmativa o sistema de cotas, já positivado, para o ensino superior nas universidades federais (em condições exclusivas) e para o mercado de trabalho. Mesmo sem uma lei federal que obrigue as universidades a reservarem vagas para a PNE em seus vestibulares os estados e instituições tem autonomia para adotar uma política de ação afirmativa voltada para este público. É o que acontece no Rio de Janeiro através da Lei 5.346 de 11 de dezembro de 2008 que instituiu por dez anos, o sistema de cotas com reserva de vagas de 5% para a PNE ingressos nas universidades estaduais cariocas. A exemplo também a Universidade Federal do Maranhão (UFMA) reservou duas vagas por curso para a mesma classe.



Recentemente o legislador ordinário, atendendo aos ditames do texto constitucional, instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, a qual tem por fim, de acordo com o art. 1º, “assegurar e promover em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoas com deficiência, visando a sua inclusão social e cidadania”. O artigo 30, inciso VI, do mencionado Estatuto se refere ao dever de obediência às limitações que envolvem PNE.

Inclusive o referido Estatuto é enfático em reconhecer o direito das pessoas com deficiência à educação, sendo ônus do Estado assegurar o sistema educacional em todos os níveis, garantindo-se o pleno acesso a esse direito social. A saber:

Artigo 24: 1 Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional em todos os níveis bem como o aprendizado ao longo de toda a vida.

Vê se, que cabe ao Estado assegurar o pleno acesso à educação, em todos os níveis, às PNE, por meio das devidas políticas públicas. Sob essa égide foi assinado o decreto 9.034 de 2017 que incluiu as PNE no rol de estudantes que tem reserva de vagas nas universidades federais, de acordo com a Lei de Cotas, essa é mais uma conquista na luta pela inclusão das PNE. Mas esse decreto beneficia apenas àqueles que cursaram o ensino médio na rede pública, ou seja, o critério de inclusão não foi a deficiência e sim a condição social. A integração das PNE não deve ser um movimento regionalizado, mas algo de caráter global.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE) 24% da população brasileira tem algum tipo de deficiência. É antagônico conceber que 45,6 milhões de pessoas com necessidades especiais sejam vistas como uma mera minoria. O mesmo instituto mostra que mais da metade das pessoas com necessidades especiais estão fora do mercado de trabalho por falta de qualificação (23,7 milhões), representando 31,3% da população desocupada ou não economicamente ativa, esses números revelam a necessidade urgente de se positivar as cotas para a PNE em todas as Instituições de ensino superior, bem como critérios de avaliação especiais, em face dos direitos subjetivos à condições especiais,

igualdade, direitos sociais, equidade, efetivando assim o que a legislação em vigor já garante : Inclusão.

O STF, através do texto informativo nº 663 que dispõe sobre a política de cotas, por intermédio da Min. Carmen Lúcia, anotou que a Constituição partiria da igualdade estática para o processo dinâmico da igualação. Enfatizou a responsabilidade social e estatal de que o princípio da igualdade dinâmica fosse cumprido objetivamente. Expressou que o sentimento de inferioridade em razão de falta de oportunidades comuns não poderia ser ignorado socialmente. E que as políticas compensatórias efetivam os princípios constitucionais. (ADPF 186/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 25 e 26, 4, 2012. ADFP-186).

A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª região, decisão de ID nº 4058001.895561 deixa claro que na ausência de critérios especiais para inclusão de PNE no ensino superior: “A administração pública julga a PNE em igualdade de condições aos demais candidatos, alijando-a do direito fundamental de ser diferente, embora igual as outras na exata medida de suas necessidades inclusivas. No popular é como se o estado tivesse dado com uma mão e retirado com a outra”.

O Tribunal compreendeu as diferenças sob a ótica da inclusão, ou seja, o Estado não pode garantir a educação num primeiro momento e no segundo momento desprezar toda a política inclusiva que anteriormente anunciou, colocando as PNE em igualdade com as demais, sem levar em consideração as suas particularidades.

Ainda sobre a decisão citada, o Ministério Público Federal através da Procuradoria da República no município de Arapiraca-AL, manifestou-se favoravelmente ao pleito. Das palavras do procurador: “A omissão da administração pública ocorre quando não são respeitadas as condições especiais asseguradas a PNE”. O parecer ministerial considerou a administração pública despreparada e desrespeitosa em não considerar as características especiais das PNE. E considerou a jurisprudência do tribunal brilhante, excelente e eloquente, por considerar as particularidades inerentes as PNE assegurando o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da constitucional da igualdade.

A PNE, por razões fáticas, não deve compor o mesmo grupo dos demais para fins de avaliação, pelo contrário, deve ser oportunizado a ele condições

avaliativas que respeitem as suas diferenças e dificuldades de sobressair no meio social.

## **6 CONCLUSÃO**

No Brasil, muitos dispositivos legais buscam promover a inclusão de pessoas com necessidades especiais (PNE), assim, os dispositivos constitucionais relacionados ao tema deveriam ser suficientes para que as pessoas com necessidades especiais fossem efetivamente incluídas na sociedade, porém tal fato não tem sido evidenciado.

Há inclusão na escola básica, há reserva de vagas para o mercado de trabalho nas instituições privadas e na administração pública. Mas é notório que o legislador foi faltoso na reserva no ensino superior. A falta de efetividade dos dispositivos constitucionais coloca em perigo a própria ordem constitucional, as normas e principalmente os direitos fundamentais elencados na Constituição que devem ser aplicados e concretizados. Mas, para isso, é necessário a atuação dos órgãos e poderes a quem foi incumbida a tarefa de regulamentar as normas constitucionais com eficácia reduzida. Isso ocorre porquê a eficácia de algumas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma norma jurídica complementar. Ou seja, essas normas constitucionais necessitam de regulamentação posterior.

Assim, se faz necessário a elaboração de lei implantando o sistema de cotas para alunos com necessidades especiais em todas as instituições de ensino superior, com base em tudo que é garantido pela Constituição, esse dispositivo legal trará efetividade aos direitos constitucionais.

Uma sociedade inclusiva é formada por uma educação inclusiva em todos os níveis, para todas as pessoas, independentes de suas singularidades, sendo assim é preciso priorizar medidas que tenham um impacto efetivo no acesso ao ensino superior das (PNE), que lutam pelos seus direitos, pela sua autonomia, por participação e inclusão na sociedade.

O presente estudo norteia seu foco para a necessidade de adoção de providencias, por parte do estado para assegurar a igualdade, a dignidade da pessoa

humana, a proteção aos direitos fundamentais e os direitos das Pessoas com necessidades Especiais, ratificados pela Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como para a conscientização que as políticas de ações afirmativas estão ligadas a um sistema de obrigações jurídicas e cotizações obrigatórias, para garantir aos indivíduos proteção estatal, reduzindo as vulnerabilidades sociais e construindo a cidadania através de oportunidades equânimes.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCORSI, Maria Isabel. **A inclusão do estudante com deficiência intelectual na educação superior do IFRS Bento Gonçalves: um olhar sob a mediação docente.** Disponível em: <<http://www.ufpb.om.br>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

ALVARENGA, Bruno Telma; SILVA, Alessandra Nery Obelar; TAUCHEN, Giovana. **Inclusão das pessoas com deficiência na Universidade: a efetividade do programa de apoio aos estudantes com necessidade especiais (PAENE).** XIV Colóquio Internacional de Gestão Universitária- CIGU. Santa Catarina, Florianópolis. Dezembro, 2014.12. Disponível em: <<http://www.anped.org.br>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

ANSAY, Noemi Nascimento. **O acesso de estudantes com deficiência ao ensino superior no Brasil: direito ou concessão?** Revista Educação e Política em Debate. v. 4, n.1, jan./jul. 2015. Disponível em: <<http://www.ppge.ufpr.pb>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

ARANTES, Silva Gelli; MARTA, Tais Nader. **A inclusão da Pessoa com Deficiência no Brasil.** Revista de Direito, vol. XII , n. 16, 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 01 set. 2017.

ATIQUE, Manuela; ZAHER, Hugo. **Educação inclusiva no ensino superior: políticas públicas e acesso às pessoas portadoras de deficiência.** Disponível em: <<http://www.publiadireito.com.br>>. Acesso em: 10 set. 2017.

BARCELLOS, Ana Paula **Direito e política: silêncio do legislador, interpretação e analogia.** Jurisdição constitucional e política. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2015, p.661-673.

BERNARTT, Claudia Simone. **Uma reflexão sobre inclusão a partir do artigo 208 da Constituição Federal.** Educare et Educare. Revisão de Educação.v1. n.1. jan./jun. 2006. p. 109-112. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.om.br>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

BEZERRA, Adriana Aparecida. **Constituição Federal, PNE e LDB na prática: como se executam as leis que regulamentam a inclusão dos alunos com necessidades educacionais no Brasil.** Universidade Estadual Paulista- UNESP Disponível em: <<http://www.ifb.edu.br>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)>. Acesso em: 11 set. 2017

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/informativos>>. Acesso em: 09 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal da 5ª região**. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 01 set. 2017.

CARVALHO, Cristina L. Cintra **Pessoas com deficiência no ensino superior: perspectiva dos alunos** Disponível em: <<http://www.pessoaomdeficiencia.gov.br>>. Acesso em: 03 set. 2017.

CASTRO, Bianca Gomes da Silva; AMARAL, Shirlena Campos de Souza; SILVA, Gabriela do Rosário. **A política de cotas para pessoas com deficiência nas universidades estaduais do Rio de Janeiro a legislação em questão**. Disponível em: <<http://www.uel.br>>. Acesso em: 04 set. 2017.

DIAS, Clara Angélica Gonçalves. **Direito à Educação na nossa Constituição: garantia e dignidade**. 2002. Disponível em: <<http://www.reidese.com.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

ELSNER, Larissa de Oliveira. **Uma análise legal sobre o sistema de cotas para pessoas com deficiência e repercussões no âmbito do trabalho**. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br>>. Acesso em: 01 set. 2017.

FERRAZ, Fernando Basto. **O conceito de pessoa om deficiência e seu impacto nas ações afirmativas brasileiras, no mercado de trabalho**. XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, junho de 2010. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br>>. Acesso em 13 jul. 2017.

FIGUERDO, Laura. **A reserva da vaga para deficiente físico em concurso público e o princípio da efetivação da norma**. Disponível em: <<http://www.reidese.com.br>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. **A reforma constitucional empreendida pela ratificação da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência aprovada pela ONU**. Revista Eletrônica Grupos Vulneráveis, maio de 2013. 18ª ed. Disponível em: <<http://www.juslaboris.tst.jus.br>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

FONTANA, Conceição Aparecida Mantoriani; NUNES, Leticia Felipe. **A inclusão das diversidades no processo educacional**. IX Congresso Nacional de Educação-EDUCARE, outubro de 2005 PUC-Paraná, Curitiba- Paraná. Disponível em: <<http://www.pucparana.br>>. Acesso em: 05 set. 2017.

JUNIOR; Geraldo Colosan da Silva. **A problemática da omissão inconstitucional: mecanismos jurídicos para a efetividade das normas constitucionais**. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

LARANJA, Maria Ivone Fortunato. **A pessoa com deficiência e o Direito ao Trabalho**. Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC, 2000. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 05 set. 2017.

LONGONE, Erika **Mas, o que é incluir?** 29 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://www.vidamaislivre.com.br>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

MAIA, Maurício **Novo conceito da pessoa om deficiência e proibição do retrocesso**. Revista da AGU, v. 37, p. 289, 2013. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

MAPURUNGA, Alexandre; CERIGNOTI, Francisco; **Apresentação conjunta do comitê na Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, uma visão geral da Sociedade Civil Brasileira**. Junho, 2015. Disponível em: <<http://www.educaçãointegral.org.br>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires. **Das omissões legislativas inconstitucionais e seus instrumentos de combate à luz dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

PAGAIME, Adriana. **Pessoa com deficiência: concursos públicos e cotas**. Est. Aval. Educ. São Paulo, v.21, n.45, p.127-144, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.deficienteciente.com.br>>. Acesso em: 12 set. 2017.

PALU, Luiz Oswaldo **Controle de constitucionalidade: Conceitos, Sistemas e Efeitos**. 5ª Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

PIOVESAN, F. Ações afirmativas sob a perspectiva dos Direitos Humanos. In SANTOS, S. A. dos (Org). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada Alfabetização e Diversidade, 2005. Disponível em: <<http://www.periodios.ufs.br>>. Acesso em: 03.set. 2017.

PLETSCH, Márcia Denise. **Inclusão escolar de alunos com deficiência**. 2006. Disponível em: <<http://www.proped.pro.br>>. Acesso em: 02 set. 2017.

REIS, Douglas Santos **Argumentos à favor e contra as cotas raciais**. Disponível em: <<http://www.puc-rio.br>>. Acesso em: 01 set. 2017.

ROCHA, Telma Brito; MIRANDA, Terezinha Guimarães. **A inclusão de alunos com deficiência no ensino superior: uma análise de seu acesso e permanência**. Disponível em: <[http:// books.scielo.org](http://books.scielo.org)>. Acesso em: 11 jul. 2017.

SILVA, Bruno Melo; CARVALHO, José Raimundo. **O Princípio da Dignidade Humana e o Direito à inclusão social**. Revista Jurídica, ano XII n.18, 2012, Jorn. /Jur. Anápolis/Goiânia. UniEvangélica. Disponível em: <<http://www.unievangelia.edu.br>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

SILVA, Virgílio de Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Mandamentos, 2008.

SOUZA, Maria de Fátima Andrade. **O acesso do jovem com deficiência no ensino superior: experiência no Recôncavo da Bahia**. Disponível em: <<http://www.ufrb.com.br>>. Acesso em: julho de 2017

STOLZE, Pablo. **O Estatuto da Pessoa Com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4411, 30 de jul. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/41381>> Acesso em: 14 jul 2017.

VIANA. Márcia Rafaella Graciliano. **O processo de inclusão de pessoas com deficiência nas instituições de ensino superior de Maceió.** Maceió, 2010. Catalogação na fonte: Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

ZAMPAR, Josilene Santori. **O estudante om deficiência no ensino superior; VII Encontro da Associação Brasileira de Pesquisadores em Educação Especial.** Disponível em: <<http://www.uel.br>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

ZANETTI, Tânia Maria. **Os Direitos Sociais: garantia de dignidade do ser humano.** 2013. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 01. jul. 2017.

**Artigo enviado em: 01/10/2019**

**Artigo aceito para publicação em: 10/10/2019**



## 2

**A CRISE NO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO: análise da Emenda Constitucional 103/2019.****THE CRISIS IN THE BRAZILIAN SOCIAL SECURITY SYSTEM: analysis of Constitutional Amendment 103/2019****Marília Cardoso Ferro<sup>\*2</sup>****Fabiano Lucio de Almeida Silva<sup>\*\*</sup>****Maria Juliana Dionisio de Freitas<sup>\*\*\*</sup>****RESUMO**

A Constituição Federal de 1988 é considerada um marco histórico na trajetória dos Direitos Sociais no Brasil com a implementação da tríade que compõe a Seguridade Social. Em especial, os direitos concernentes à Previdência Social ao longo das últimas décadas vêm sofrendo algumas mudanças provocadas pela sociedade e também por parte do Estado, uma vez que muito se fala a respeito de uma crise que assola o Sistema Previdenciário do Brasil. O presente estudo visa fazer uma análise sociojurídica acerca da Evolução do Direito Previdenciário bem como analisar o último objeto de Reforma, a Emenda Constitucional 103/2019 com o objetivo de apontar as reais mudanças materiais e sociais que incidirão diretamente sobre os contribuintes da Previdência.

**PALAVRAS-CHAVES:** Previdência Social. Reforma da Previdência. Emenda Constitucional 103/19.

**ABSTRACT**

The 1988 Federal Constitution is considered a landmark in the trajectory of Social Rights in Brazil with the implementation of the triad that makes up Social Security. In particular, the rights concerning Social Security over the last decades have undergone some changes caused by society and also by the State, since much is said about a crisis that is plaguing the Social Security System in Brazil. The present study aims to make a socio-legal analysis about the Evolution of Social Security Law as well as to analyze the last object of Reform, the Constitutional Amendment 103/2019 in order to point out the real material and social changes that will directly affect the Social Security contributors.

**KEYWORDS:** Social Security. Social Security Reform. Constitutional Amendment.

---

<sup>2\*</sup> Bacharela em Direito pela Faculdade Cesmac do Sertão.

<sup>\*\*</sup> Mestre em Saúde Coletiva pelo Instituto Sírio-Libanês de Ensino e Pesquisa (IEP-HSL). Especialista em Direito Administrativo (Centro Educacional Renato Saraiva) e Direito Processual (Cesmac). Professor no Curso de Direito da Faculdade CESMAC do Agreste. Advogado OAB/AL.

<sup>\*\*\*</sup> Mestra em Direito Público/ Fundamentos Constitucionais dos Direitos - FDA/UFAL. Professora pesquisadora e integrante do Núcleo Acadêmico Agro e Indígena - Direitos Humanos NAFRI-DH/ Faculdade CESMAC do Agreste, do Núcleo de Apoio à Extensão/Faculdade CESMAC do Agreste. Docente na Faculdade CESMAC. Advogada OAB/AL.



SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O sistema previdenciário brasileiro: evolução e dimensões sócio-históricas; 3 Regimes públicos de previdência (1930—2019); 4. Nova previdência brasileira sob a ótica da emenda constitucional 103, de 12 de novembro de 2019; 5 Considerações finais; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A Seguridade Social constitui-se de um conjunto integrado de ações provenientes do Estado e também da sociedade, com o objetivo de assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Pode-se afirmar que a Seguridade Social é gênero, da qual são espécies a Saúde, a Previdência e a Assistência Social.

A Previdência Social, objeto de estudo dessa produção, tem como fundamentos basilares a universalidade de participação nos planos previdenciários prestação contributiva; cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente valor da renda mensal dos benefícios, substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo; preservação do valor real dos benefícios e previdência complementar facultativa. (CORRÊA, 1999).

Apesar da forma inovadora como a Carta Magna trouxe ao texto constitucional os direitos sociais, e em especial nesse caso, a seguridade social com ênfase na Política de Previdência, os anos que se seguiram a partir da década de 90 foram pautados em diversas polêmicas direcionadas a falhas do Estado na Efetivação das Políticas Sociais atreladas a Crise Fiscal do Estado que conseqüentemente resultou nos diversos debates acerca da Crise da Previdência. (SILVA, 2004).

Durante as últimas duas décadas muitas discussões, levantamento de pautas e propostas percorreram o Senado bem como fizeram parte da vida de muitos brasileiros, mas a mais recente proposta que foi convertida em Emenda Constitucional foi aprovada em novembro de 2019 e que alterou a normatização de alguns pontos da Previdência Social. Aos segurados aposentados não incidiu nenhuma modificação bem como àqueles que na data das mudanças já haviam adquirido os critérios para a concessão dos benefícios objeto de reforma, as novas mudanças, portanto, serão

aplicadas a partir da então promulgada Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019.

A realização deste trabalho constitui-se de uma pesquisa exploratória qualitativa, onde foram utilizados objetos bibliográficos bem como foram feitas análises documentais e de diplomas normativos pertinentes a temática a fim de abordar as mudanças sócio jurídicas decorrentes da Promulgação da Emenda Constitucional 103/19 que resultou na Reforma da Previdência a qual constituiu em uma tentativa integrada do Poder Executivo e Legislativo Federal em minimizar os efeitos da crise do sistema previdenciário brasileiro. Dessa forma, a discussão a respeito de tais mudanças através de uma análise da evolução previdenciária brasileira se faz necessária a fim de que se enfatize a importância do levantamento de discussões e a observância da atualização do direito às demandas da sociedade.

## **2 O SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO: EVOLUÇÃO E DIMENSÕES SÓCIO-HISTÓRICAS**

Para que se possa compreender as nuances dos Direitos inerentes à Seguridade Social é de suma relevância que sua gênese seja entendida a fim de que a compreensão sobre a sociedade atual tenha embasamento das lutas históricas que precisaram ser vencidas até que os direitos sociais fossem assegurados de forma positivada nos diplomas normativos estatais.

Pode-se afirmar que a Seguridade Social no Brasil em sua essência, assim por se dizer, teve seu início no período dos anos finais do Império brasileiro onde algumas medidas começaram a ser executadas visando oferecer proteção a alguns funcionários públicos. A exemplo dessa gênese da Seguridade Social, tem-se a criação da Caixa de Socorros em cada uma das estradas de ferro do Estado (Lei nº 3.397); Fundo de Pensões do Pessoal das Oficinas da Imprensa Nacional (Decreto-Lei nº 10.269 de 20/07/89); o Montepio obrigatório dos empregados do Ministério da Fazenda (Decreto nº 942-A); Caixa de Pensões dos Operários da Casa da Moeda (Decreto nº 9.284 de 30/12/11); Caixa de Aposentadoria e Pensões para os Operários da Casa da Moeda. (LIMA, 2013).

No que diz respeito aos trabalhadores do setor privado, até o ano de 1923 não existia proteção no âmbito previdenciário de forma positivada. Em 24 de janeiro deste mesmo ano foi promulgada a Lei nº4.682, mais conhecida como Lei Eloy Chaves, que criou uma Caixa de Aposentadoria e Pensões a cada empresa ferroviária e tornando seus empregados segurados obrigatórios. A partir dessa norma, os empregados passaram ter direito a assistência médica, aposentadoria por tempo de serviço e por idade avançada, por invalidez após 10 anos de serviço e pensão aos seus dependentes. (LIMA, 2013).

A Constituição Federal de 1934 sofreu forte influência da Constituição de Weimar<sup>3</sup> e dessa forma o Brasil passou a oferecer mais proteção à sociedade, em especial aos grupos mais vulneráveis que por sua vez não tinham condições de garantir seu próprio sustento, possibilitando assim que a população tivesse o mínimo de dignidade. (ANDRADE, 2014). Conforme expressa Homci (2009, p. 01),

[...] a Carta Magna de 1934 foi a primeira a instituir em seu texto o custeio tríplice da Previdência, com a participação do Estado, dos empregadores e dos empregados:

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

[...]

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, **e instituição de previdência**, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte. **(grifo do autor original)**

A partir do exposto, observa-se que a tríplice contribuição se fez necessária em virtude da instituição da aposentadoria e pensão anteriormente criados com o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Marítimos de 1933, o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Comerciantes e o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos bancários. (ANDRADE, 2014).

Ainda no rol de atualizações da Constituição de 1934 mais especificamente em seu artigo 170, incluiu-se a aposentadoria compulsória que era determinada aos funcionários públicos que atingissem os 68 anos de idade, além da aposentadoria por

---

<sup>3</sup> Constituição alemã que foi pioneira na proteção dos direitos fundamentais e sociais.

invalidez aos funcionários públicos que tivesse pelo menos 30 anos de trabalho. (ANDRADE, 2014).

Como inovação na Carta Magna de 1937, destaca-se o artigo 137 que trouxe ao texto constitucional os seguros decorrentes de acidentes de trabalho, seguro de vida, em decorrência da invalidez e da velhice. Além desses institutos este documento não trouxe outras novidades, no entanto, a lei infraconstitucional trouxe ao ordenamento outras inovações. (NOLASCO, 2012).

À luz da Constituição Federal de 1937 foram promulgados alguns decretos concernentes a garantias previdenciárias como o Decreto n. 288 de 1930 que instituiu a Assistência e Previdência aos servidores dos Estados, assim como o Decreto n.651 do mesmo ano que criou o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Empregados e Transportes de Cargas. (NOLASCO, 2012).

Ainda acompanhando o disposto na Constituição de 1937 a partir do que preleciona Nolasco (2012) também foram criados o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Operários e Estivadores (Decreto n. 1.355 de 1939), o Serviço Central de Alimentação do Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários (Decreto 1.469 de 1939) e o regime de filiação de comerciantes a Previdência Social (Decreto 2.122 de 1940).

Com o desenvolvimento da Humanidade cresceu de forma significativa a preocupação em proporcionar os indivíduos e em especial aos usuários da internet, proteção quanto às contingências sociais geradoras de necessidades sociais. No decorrer da história da Humanidade desenvolveram-se técnicas de proteção social, sempre tendo em conta a realidade socioeconômica de cada grupo social, de modo a abrandar as situações de necessidade social. (ASSUMPÇÃO, 2017).

A Constituição de 1946 retirou do texto constitucional o termo “seguro social” e iniciou a chamada “sistematização constitucional da matéria previdenciária. Conforme Martins (2008, apud ANDRADE, 2014), “o inciso XVI do art. 157 consagrava a previdência mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em prol da maternidade e para se remediar as consequências da velhice, da invalidez, da doença e da morte”.

Posteriormente em 1960 foi promulgada a Lei 3.807 (Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS) que serviu como instrumento unificador na legislação

previdenciária brasileira, uma vez que eliminou a forma desigual de como os trabalhadores eram tratados perante a lei e instituiu a unificação de alíquotas de contribuição sobre os salários dos trabalhadores. (ANDRADE, 2014).

No ano de 1963, foi editada a Lei nº. 4.214, que instituiu o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL), onde possibilitou que trabalhadores rurais tivessem garantias que já existiam aos trabalhadores urbanos. Em 1966, com a alteração de dispositivos da Lei Orgânica da Previdência Social, foram instituídos o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, e o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS (atualmente a sigla é INSS), que reuniu os seis institutos de aposentadorias e pensões existentes, unificando administrativamente a previdência social no Brasil (HOMCI, 2009, p. 01).

Andrade (2014) afirma que a Constituição Federal de 1946 foi extremamente importante no processo evolutivo das garantias de direito previdenciário, onde tais garantias sofreram ampliação histórica fazendo com que o Brasil fosse considerado o país com maior proteção previdenciária da época.

No ano de 1967, período inicial da Ditadura Militar no Brasil, foi promulgada nova Constituição e esta trouxe algumas regras sobre a Previdência Social, especificamente no art. 158:

A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

- I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família;
- II - salário-família aos dependentes do trabalhador;
- III - proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil;
- IV - salário de trabalho noturno superior ao diurno;
- V - integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos;
- VI - duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos;
- VII - repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local;
- VIII - férias anuais remuneradas;
- IX - higiene e segurança do trabalho;
- X - proibição de trabalho a menores de doze anos e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às mulheres;
- XI - descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário;

XII - fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos comerciais e Industriais;  
 XIII - estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente;  
 XIV - reconhecimento das convenções coletivas de trabalho;  
 XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva;  
 XVI - previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte;  
 XVII - seguro obrigatório pelo empregador contra acidentes do trabalho;  
 XVIII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual, ou entre os profissionais respectivos;  
 XIX - colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União, conforme dispuser a lei;  
 XX - aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral;  
 XXI - greve, salvo o disposto no art. 157, § 7º.  
 § 1º - Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total.  
 § 2º - A parte da União no custeio dos encargos a que se refere o nº XVI deste artigo será atendida mediante dotação orçamentária, ou com o produto de contribuições de previdência arrecadadas, com caráter geral, na forma da lei. (HOMCI, 2009, p. 01).

Percebe-se que a Constituição de 1967 mesmo sendo instituída num período militar, apresentou muitas mudanças de caráter previdenciário e de forma inovadora como a previsão primeira de seguro desemprego.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o sistema de **Seguridade Social**, como objetivo a ser alcançado pelo Estado brasileiro, atuando simultaneamente nas áreas da saúde, assistência social e previdência social, de modo que as contribuições sociais passaram a custear as ações do Estado nestas três áreas, e não mais somente no campo da Previdência Social.

Pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 foi um marco revolucionário no que se refere aos direitos sociais, uma vez conhecida como a Constituição Cidadã e do Bem-Estar Social.

### 3 REGIMES PÚBLICOS DE PREVIDÊNCIA (1930—2019)

A Previdência Social no Brasil é composta por três regimes, quais sejam, Regime Geral de Previdência Social (RGPS) que é gerido pelo INSS; Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), administrado e instituído por entidades públicas –

Institutos de Previdência ou Fundos Previdenciários e de filiação obrigatória para os servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e o Regime de Previdência Complementar que por sua vez, é administrado por Entidades Abertas e Fechadas de Previdência Complementar, regime privado, com filiação facultativa, criado com a finalidade de proporcionar uma renda adicional ao trabalhador, que complemente a sua previdência oficial. (FUNPRESP, 2013).

A Seguridade Social prevista pela Constituição Federal nos artigos 194 a 204 abrange a Previdência Social, a saúde e a Assistência Social. Apesar dessas prestações constitucionais representarem um conjunto integrado de ações dos Poderes Públicos, a exigir um consequente planejamento estratégico e orçamentário em comum, existe relevantes diferenças entre a Previdência Social e os demais ramos da Seguridade Social, notadamente a tributação. (ANDRADE, 2007).

### **3.1 O Regime Geral de Previdência Social**

Conforme expressa KERTZMAN (2015), o Regime Geral de Previdência Social ou RGPS, trata-se de um regime administrado pelo INSS e direcionado a toda a população, mais especificamente a todas aquelas pessoas que exercem algum tipo de atividade remunerada. Sendo assim, pode-se afirmar que todas as pessoas empregadas de empresa e todos aqueles que trabalham por conta própria estão obrigatoriamente vinculados ao Regime Geral, devendo, portanto, realizar contribuições mensais em razão do caráter obrigatório decorrente da atividade remunerada.

O RGPS consiste em um regime de repartição simples e benefício definido, sendo este, o regime cujas contribuições pagas são destinadas ao pagamento dos benefícios de eventualidades ocorridas durante tal período. Em outras palavras, pode-se dizer que é feito um cálculo das contribuições que serão necessárias para pagar os benefícios e com isso é feita a arrecadação, logo não há formação de reservas. No que se refere ao benefício definido, trata-se de um plano em que o valor da contribuição e do benefício são definidos no momento da contratação, ou seja, no



momento da contratação já se sabe o quanto irá receber ao se aposentar e o valor que deverá contribuir ao longo do tempo. (KIERTZMAN, 2015).

A partir das lições de Da Cruz (2015), qualquer pessoa que exerça atividade remunerada precisa obrigatoriamente contribuir para a Previdência Social, com exceção daqueles que exercem atividade assegurada por algum Regime Próprio. Tal sistemática objetiva que todos os trabalhadores contribuam, acarretando na formação e manutenção da renda daqueles que vão se aposentar, ou seja, quem está trabalhando paga a aposentadoria de quem está aposentado, e assim por diante. Desta forma, tem-se que o RGPS é um regime de caráter contributivo, de filiação obrigatória e que tem como principal objetivo propiciar o bem-estar dos trabalhadores procurando sempre preservar o equilíbrio financeiro e atuarial do regime.

### **3.2 O Regime Próprio de Previdência Social**

Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) trata-se de um sistema de previdência, estabelecido no âmbito de cada ente federativo, que assegure, por lei, a todos os servidores titulares de cargo efetivo, pelo menos os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos no artigo 40 da Constituição Federal. (ANDRADE, 2007, p. 57).

São intitulados de Regimes Próprios porque cada ente público da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) pode ter o seu, cuja finalidade é organizar a previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo, tanto daqueles em atividade, como daqueles já aposentados e também dos pensionistas, cujos benefícios estejam sendo pagos pelo ente estatal. Desta forma, de um lado, temos o Regime Geral de Previdência Social - RGPS, cuja gestão é efetuada pelo INSS, que vincula obrigatoriamente todos os trabalhadores do setor privado e também os servidores públicos não vinculados a regimes próprios de previdência social e, por outro lado, temos vários regimes próprios de previdência social cujas gestões são efetuadas, distintamente, pelos próprios entes públicos instituidores. As normas básicas dos regimes próprios estão previstas no artigo 40 da Constituição Federal, na Lei 9.717/98 e nas Portarias do Ministério da Previdência Social 402/2008 (diretrizes gerais) e 303/2008 (normas atuária). (RODRIGUES, 2016).



Considera-se instituído um Regime Próprio de Previdência Social a partir do momento que o sistema de previdência, estabelecido no âmbito do ente federativo, passe a assegurar, por lei, a servidor titular de cargo efetivo, pelo menos os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos no artigo 40 da Constituição Federal. É vedada a instituição retroativa do RPPS. A lei instituidora do RPPS poderá prever que a sua entrada em vigor dar-se-á após decorridos noventa dias da data da sua publicação, mantendo-se, nesse período, a filiação dos servidores e o recolhimento das contribuições ao RGPS. A instituição do RPPS independe da criação de unidade gestora ou de estabelecimento de alíquota de contribuição. É vedada a existência de mais de um RPPS para servidor público titular de cargo efetivo por ente federativo. (LEITE, 2013).

### 3.3 O Regime de Previdência Complementar

O Regime de Previdência Complementar (RPC) tem como objetivo proporcionar ao trabalhador uma proteção previdenciária além da que já é oferecida pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) ou pelo Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), para os quais as contribuições dos trabalhadores são obrigatórias. (BRASIL, 2013).

A adesão ao Regime de Previdência Complementar não é de natureza obrigatória e totalmente desvinculada da previdência pública (RGPS e RPPS), conforme previsto no art. 202 da Constituição Federal. O RPC possui regras específicas estabelecidas pelas Leis Complementares nºs. 108 e 109 de 29/05/2001. (FIA, 2019).

Nessa modalidade de regime o benefício de aposentadoria será pago com base nas reservas acumuladas ao longo dos anos de contribuição, ou seja, o que o trabalhador paga como contribuição formará a poupança que será utilizada no futuro para o pagamento de seu benefício; trata-se do chamado Regime de Capitalização. (BRASIL, 2013).

O RPC é composto por dois segmentos: aberto, operado pelas *Entidades Abertas de Previdência Complementar (EAPC)* e o fechado, operado pelas *Entidades Fechadas de Previdência Complementar (EFPC)*, cada qual com suas especificidades

e características próprias, sendo fiscalizadas por órgãos de governo específico para cada segmento: o fechado pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc) e o aberto pela Superintendência de Seguros Privados (Susep). (BRASIL, 2013).

### **3.4 As manifestações da Crise no Sistema Previdenciário brasileiro**

O sistema previdenciário tem passado por inúmeras transformações desde o fim dos anos 80, em especial após a promulgação da Carta Magna de 1988, em razão da influência do pensamento conservador presente na América Latina e que, promoveu reformas privatizantes nos últimos quinze anos. Essas políticas estão baseadas na análise de que o déficit público das últimas décadas resultou em inflação elevada ou em aumento na relação dívida pública.

Conforme Carvalho e Murgel (2007), o Estado do Bem-Estar Social, o Estado Providência, foi considerado por muito tempo um modelo desestruturado. Em contrapartida, a prestação positiva dos direitos sociais não pode permanecer do legislador, qual seja, da vontade exclusiva do Estado, uma vez que tais prestações constituem dever e obrigação do Estado em zelar pela proteção dos direitos sociais, de forma positiva.

Percebe-se que a promessa de atingir o Estado de Bem-Estar social falhou apesar de o texto constitucional de 1988 ter sido um marco revolucionário no que concerne aos direitos sociais. O Estado que deveria garantir o mínimo necessário para garantia da dignidade acabou por deixar lacunas e os cidadãos insatisfeitos com a prestação dos serviços e garantias fundamentais.

A partir da década de 90 os governos dos Estados brasileiros adotaram medidas neoliberais com a abertura das fronteiras econômicas; eliminação das regulações e dos subsídios às empresas locais, privatização, fim das taxações sobre os produtos estrangeiros, flexibilização das relações de trabalho. Arelado a todas essas medidas, verificou-se ainda uma redução considerável nos investimentos públicos destinados a área social ao passo que, foi delegada à sociedade civil a responsabilidade pela gestão e efetivação de políticas sociais. (LAURELL, 1997).

A partir dessas prerrogativas há, por conseguinte uma valorização do capital em detrimento dos direitos sociais que por sua vez atingiria de forma incisiva e direta a classe trabalhadora. Marques e Mendes (2014) afirmam que as lutas sociais que em outro dado momento expandiram o papel do Estado, a partir da distribuição de renda, retroagem, e alguns setores sindicais acabam por calorosa promessa de melhorias, optando pelas previdências privadas.

Quando se referencia, portanto, uma crise no sistema previdenciário não se trata apenas de um sistema em específico, uma vez que um grande marco trazido pela Constituição de 1988 foi a diversificação nas fontes de receita da previdência através de contribuições diversas, em especial, da classe trabalhadora. Eliminar uma crise no sistema de previdência social seria alavancar a economia do país, mercantilização e redução do desemprego como consequência do aumento de empregos formais, fontes diretas de receita.

#### **4. NOVA PREVIDÊNCIA BRASILEIRA SOB A ÓTICA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 103, DE 12 DE NOVEMBRO DE 2019**

A Reforma da Previdência de 2019 que se deu através da Emenda Constitucional 103/2019 elencou diversas alterações nos critérios de concessão dos benefícios, no tempo de contribuição, no período básico de cálculo (PBC), na pensão por morte, nas alíquotas de contribuição, na idade mínima.

A Emenda Constitucional 103/2019 alterou o art. 201, §7º da Constituição federal, concernente a aposentadoria por idade aos segurados do Regime Geral da Previdência Social que será devida após o período de carência, ao segurado que completar 65 anos de idade, se homem, e 62 anos de idade, se mulher. É importante salientar também, que no que se refere aos segurados vinculados ao Regime Próprio, também serão submetidos, geralmente, aos mesmos critérios de concessão dos segurados do Regime Geral. (PANTALEÃO, 2020).

No que concerne ao tempo de contribuição necessário para a concessão de alguns benefícios, ou seja, a carência mínima necessária, com a promulgação da EC 103/2019, o tempo mínimo de contribuição para concessão da aposentadoria por idade passou a ser de 15 anos para mulheres que permaneceu sem alteração e 20

anos para homens que começarem a contribuir para a Previdência Social após a promulgação. Quanto aos homens que começaram a contribuir para a Previdência Social antes da Reforma, permanece a regra de 15 anos. (PANTALEÃO, 2020).

Em relação ao salário-de-benefício, o art. 26, § 2º da Reforma da Previdência, estabeleceu regras em relação ao valor do benefício. Conforme Pantaleão (2020), o salário-de-benefício será correspondente a:

- I) 60% da média aritmética correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 em diante; e
- II) Acréscimo de 2 pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 anos de contribuição, se homem;
- II) Acréscimo de 2 pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 15 anos de contribuição, se mulher.

Pantaleão (2020) informa que para o cálculo dos benefícios, presente no art. 26 da reforma da previdência será adotada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotadas como base para contribuições a RPPS e RGPS, correspondentes a 100% do período contributivo desde a competência julho de 1994 (ou desde o início da contribuição se posterior a julho/1994) até a última contribuição efetuada. “Antes da reforma era utilizada a média dos 80% maiores salários de contribuição desde 1994, desprezando-se os outros 20% menores”. (PANTELEÃO, 2020).

A Emenda Constitucional 103/2019 trouxe algumas alterações relativas ao estabelecimento de percentuais de cota familiar para o recebimento da pensão por morte a partir da entrada em vigor da reforma, resguardado o direito adquirido aos segurados antes da entrada em vigor, nos termos do art. 24, §4º da emenda citada. (PANTALEÃO, 2020).

Com as alterações da reforma, o pensionista irá receber apenas 50% do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor ou daquela a que teria direito se fosse aposentadoria por incapacidade permanente (antiga aposentadoria por invalidez) na data do óbito, acrescida de 10% por dependente, até o máximo de 100%. (BRASIL, 2019).

O art. 19, §1º, II da Emenda Constitucional 103/2019, expressa os critérios para a aposentadoria por idade do professor que comprovar os 25 anos de contribuição em exercício efetivo e exclusivo exercendo as funções de magistério na

educação infantil e no ensino fundamental e médio será de 57 anos de idade (quando mulher) e 60 anos de idade (quando homem). Os professores atuantes no serviço público precisarão atender os critérios de idade supracitados e precisarão ter 10 anos de efetivo exercício de serviço público e 5 anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, para ambos os sexos (BRASIL, 2019).

Conforme o art. 28 da Reforma da Previdência (EC 103/2019), até que lei altere as alíquotas da contribuição de que trata a Lei nº 8.212/1991, devidas pelo segurado empregado, inclusive o doméstico, e pelo trabalhador avulso, estas serão de:

Art. 28. [...]

I – até 1 salário-mínimo = 7,5%;

II – acima de 1 salário-mínimo até R\$ 2.000,00 = 9%;

III – de R\$ 2.000,01 até R\$ 3.000,00 = 12%; e

IV – de R\$ 3.000,01 até o limite do salário-de-contribuição = 14% (BRASIL, 2019).

As alíquotas de contribuição serão aplicadas de forma progressiva sobre o salário-de-contribuição do segurado, incidindo cada alíquota sobre a faixa de valores compreendida nos respectivos limites. (PANTALEÃO, 2020).

As regras de transição que foram incluídas na Reforma objetivando estabelecer um período de adaptação ao segurado que ainda não tinha o direito adquirido à aposentadoria antes da reforma, mas que estava na expectativa de alcançar este direito num prazo consideravelmente curto. Para que este segurado não fosse surpreendido pelas novas formas de cálculos, pelos novos períodos mínimos de contribuição ou pelo aumento da idade na aposentadoria, foram criadas estas regras de forma a amenizar o impacto que o segurado iria sofrer. (PANTALEÃO, 2020).

A Reforma da Previdência trouxe basicamente 5 regras de transição para fins de aposentadoria, as quais estão descritas a seguir.

### **Regra 01 – Aposentadoria por Pontos**

Para o segurado filiado ao Regime Geral, fica assegurado que até a data da entrada em vigor da Emenda Constitucional 103/2019, o direito à aposentadoria quando preenchidos cumulativamente os requisitos distintos: “Mulher: 30 anos de contribuição + idade em 2019, de modo que a soma totalize 86 pontos; e, homem: 35

anos de contribuição + idade em 2019, de modo que a soma totalize 96 pontos”. (BRASIL, 2019).

A partir de 1º de janeiro de 2020, o antigo modelo de aposentadoria de pontuação sofreu alteração e fica acrescido a cada ano de 1 (um) ponto, até atingir o limite de 100 pontos, se mulher e 105 pontos, se homem.

### **Regra 02 – Idade Mínima + Tempo de Contribuição**

O art. 16 da Emenda Constitucional 103/2019 fixa aos segurados filiados ao Regime Geral até a data da entrada em vigor da Emenda Constitucional em tela que, fica assegurado o direito à aposentadoria quando forem preenchidos de forma cumulativa cumulativamente os requisitos de contribuição e idade que para a mulher, equivalem a 30 anos de contribuição e 56 anos de idade e para o homem, 35 anos de contribuição e 61 anos de idade na data da solicitação do benefício. (BRASIL, 2019).

### **Regra 03 – Tempo de Contribuição com Pedágio de 50%**

A esta regra inclui-se os segurados que se encontravam em iminência de atingir os critérios da aposentadoria por tempo de contribuição sob as regras do regime anterior à Emenda Constitucional 103/2019. Sendo assim, em conformidade com o art. 17 da Emenda Constitucional 103/2019, fica assegurado ao filiado ao Regime Geral e que já era filiado anteriormente, do direito à aposentadoria por tempo de contribuição quando preenchidos os requisitos de forma cumulativa de 28 anos de contribuição (faltando 2 anos para 30 anos) quando mulher e 33 anos de contribuição (faltando 2 anos para 30) quando homem. (BRASIL, 2019).

Observa-se, portanto, que os segurados só faltam 2 anos para completar o período mínimo que falta para o tempo de contribuição, ambos terão que contribuir os 2 anos que faltam, mais 50% (pedágio) deste período.

### **Regra 04– Tempo de Contribuição com Pedágio de 100%**

Da mesma forma que ocorre com a regra número 3, qual seja, o pagamento do pedágio de 50%, nesta regra, o pagamento do pedágio consiste em o segurado, contribuir mais 100% do número de meses que faltava para se aposentar, não se levando em conta, a idade do segurado.

Conforme expressa o art. 20 da Emenda Constitucional 103/2019, fica fixado ao segurado ou servidor público filiado ao Regime Geral ou ingressado no serviço público em cargo efetivo, até a data da entrada em vigor da Emenda Constitucional o direito à aposentadoria por tempo de contribuição uma vez preenchidos cumulativamente, os requisitos de idade e contribuição (57 anos de idade + 30 anos de contribuição, quando mulher; 60 anos de idade + 35 anos de contribuição, quando homem; 20 anos serviço público efetivo + 5 anos efetivos no cargo base para solicitar a aposentadoria ) acrescido do pedágio de 100% correspondente ao tempo que faltava para se aposentar. (BRASIL, 2019).

#### **Regra 05 – Aposentadoria por Idade com 15 Anos de Contribuição**

Conforme expresso no art. 18 da Emenda Constitucional 103/2019, fica fixado ao segurado filiado ao Regime Geral até a data da entrada em vigor da Emenda Constitucional 103/2019, o direito à aposentadoria, uma vez preenchidos cumulativamente os critérios de idade (60 anos para a mulher e 65 para o homem) e contribuição (15 anos para ambos os sexos).

#### **4.2 Reflexos sócio jurídicos da Reforma da Previdência**

No que diz respeito ao futuro da classe trabalhadora, pode ser observado que existe uma tendência quantitativa de que as próximas gerações precisem passar mais tempo em atividade laboral antes de conseguir sua aposentadoria, uma vez que a expectativa de vida tem aumentado nos índices brasileiros. É necessário, portanto, que o trabalhador se programe ou reorganize sua forma de pensar o trabalho em detrimento das mudanças normativas Estatais, pois no futuro poderá existir uma redução na participação do Estado na Previdência.

Os principais argumentos que levaram a Reforma da Previdência Social de 2019 acontecer foram índices deficitários nas contas da Previdência Social, argumentos estes, que perduram os últimos anos. Conforme Teles (2019), é possível identificar que sempre nos momentos de crise, o governo toma como medidas primeiras a alegação que os gastos com a Previdência estão gerando rombos nos cofres públicos ocasionando crises quase que insuperáveis. No entanto, a sociedade



precisa de esclarecimentos para poder compreender melhor o funcionamento entender da Previdência Social, que por sua vez é parte constituinte da Seguridade Social, o qual forma um tripé unidos à Saúde e a Assistência Social.

A maior relevância de todos os questionamentos que permeiam a Previdência Social é saber que apesar de todas as discussões não se pode afirmar que a Previdência Social apresenta altos índices deficitários, uma vez que é comprovadamente superavitária, com base em dados dos auditores da Receita Federal do Brasil, tendo em vista a pluralidade de fontes de receitas. (TELES, 2019).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A previdência social surge no Brasil através de lutas sociais da classe trabalhadora com o objetivo de num momento futuro de suas vidas possuírem uma reserva financeira para lidar com possíveis eventualidade que por ventura lhes causassem a perda da capacidade laborativa. A relevância da previdência social se estende além da proteção social, uma vez que incide sobre diversos setores que movimentam a economia do país.

Pode-se afirmar ainda que desde os seus primeiros indícios no ordenamento jurídico brasileiro, as normas previdenciárias vêm sendo objetivadas com o intuito de reduzir e oferecer proteção mediante as intempéries que eventualmente surgem na vida dos trabalhadores e que com isso, alcançar o mínimo de dignidade através de direitos sociais. Observou-se, portanto, que apesar dos diversos avanços, a previdência social vem passando por diversas crises sociais no que concerne à efetivação de tais garantias em detrimento de famigeradas crises fiscais do Estado.

A partir do exposto, com ênfase nas últimas mudanças decorrentes da reforma proveniente da Emenda Constitucional 103/2019, as mudanças foram principalmente, a implementação de critérios mais rígidos para acesso à aposentadoria e mudanças nas regras de cálculo, tanto no regime que atende majoritariamente aos trabalhadores do setor privado (Regime Geral de Previdência Social – RGPS) como no regime de servidores públicos da União (Regime Próprio de



Previdência Social – RPPS). A maior parte das regras de acesso a benefícios adotadas no âmbito da União não se aplicam aos RPPSs de Estados e Municípios.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Leonardo. **Direito Previdenciário**. Instituto Lydio Machado. Disponível em: [https://livrodireitoprevidenciario.com/evolucao\\_historica\\_previdencia\\_social/](https://livrodireitoprevidenciario.com/evolucao_historica_previdencia_social/). Acesso em 29 mar. 2019.

ANDRADE, José Ueslles Souza de. **Evolução histórica da seguridade social a luz das constituições brasileiras**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 jun 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39911/evolucao-historica-da-seguridade-social-a-luz-das-constituicoes-brasileiras> . Acesso em: 14 abr. 2019.

ASSUMPÇÃO, Paula. **Direito Previdenciário**. 2017. Disponível em: [https://livrodireitoprevidenciario.com/evolucao\\_historica\\_previdencia\\_social/](https://livrodireitoprevidenciario.com/evolucao_historica_previdencia_social/) Acesso em: 28 abr. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL, 2013. **O que é previdência complementar**. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/previdencia-complementar/o-que-previdencia-complementar/>> Acesso em: 28 abr. 2019.

BRASIL. Secretaria de Políticas de Previdência Social. Coordenação-Geral de Estatística, Demografia e Atuária. **Boletim Estatístico da Previdência Social**, julho 2019. Volume 24. Número 7. Brasília: Assessoria de Comunicação Social, 2019.

CARVALHO, Fábio Junqueira; MURGEL, Maria Inês. **Tributação de Fundos de Pensão**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007.

CORRÊA, Wilson Leite. **Seguridade e Previdência Social na Constituição de 1988**. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 4, n. 34, 1 ago. 1999. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1431>. Acesso em: 30 mai. 2019.

CRUZ, Célio Rodrigues da. **Origem e Evolução da Seguridade Social no Brasil**. JusBrasil, 2015. Disponível em: <https://professorceliocruz.jusbrasil.com.br/artigos/217784909/origem-e-evolucao-da-seguridade-social-no-brasil>. Acesso em: 27 mar. 2019.

FIA. **Previdência Complementar: o que é, como funciona e comparativos**. 2019. Disponível em: < <https://fia.com.br/blog/previdencia-complementar/>> Acesso em: 24 abr. 2019.

FUNPRESP. **Diferenças entre RPPS, RGPS, RPC**. Disponível em: <https://www.funpresp.com.br/portal/paginas/2013/02/16>. Acesso em: 03 abr. 2019.

HOMCI, Arthur Laércio. **A evolução histórica da previdência social no Brasil**. Revista **Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2104, 5 abr. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12493>. Acesso em: 30 mai. 2019.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 9. ed. Salvador: Juspodivum, 2012.

LAURELL, Asa Cristina. **Avançando em direção ao passado: a política social do neoliberalismo**. In: LAURELL, Ana Cristina. (Org.). Estado e políticas sociais no neoliberalismo. São Paulo: Cortez, 1997. p. 151-178.

LEITE, João de Carvalho. **Regime próprio de previdência – perguntas e respostas**. 2013. Disponível em: [https://www.regimeproprio.com.br/perguntao.rpps.janeiro\\_2013.htm#onl2](https://www.regimeproprio.com.br/perguntao.rpps.janeiro_2013.htm#onl2). Acesso em: 16 abr. 2019.

LIMA, Salomão Loureiro de Barros. **Breves linhas sobre o histórico do direito previdenciário no Brasil**. DireitoNet 2013. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8160/Breves-linhas-sobre-o-historico-do-direito-previdenciario-no-Brasil>> Acesso em: 06 mai. 2019.

MARQUES, Rosa Maria. **Envelhecimento da população e Previdência Social: a dinâmica demográfica está diretamente relacionada às políticas para aposentadoria**. Revista PréUnivesp, São Paulo, n. 61, dez. 2016-jan. 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 26ª ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2008, p. 11.

NOLASCO, Linconl. **Evolução histórica da previdência social no Brasil e no mundo**. Revista Âmbito Jurídico, 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/evolucao-historica-da-previdencia-social-no-brasil-e-no-mundo/> Acesso em: 18 abr. 2019.

PANTALEÃO, Sergio Ferreira. **Reforma da Previdência: Sinopse das principais alterações**. Guia Trabalhista, 2020. Disponível em: <http://www.quiatrabalhista.com.br/tematicas/reforma-da-previdencia-sinopse.htm>. Acesso em: 16 abr. 2019.

ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antônio. **Curso de direito previdenciário**. 1. ed. – Curitiba: Alteridade, 2014.

RODRIGUES, Abraão. Os tipos de **Previdência disponíveis no Brasil (RGPS, RPPS, INSS e mais**. Disponível em: <<https://dinheirama.com/tipos-previdencia-brasil-rgps-rpps-inss/>> Acesso em 17 mai. 2019.

SILVA, Ademir Alves da. **A Reforma da Previdência Social Brasileira entre o direito social e o mercado**. São Paulo em Perspectiva, 18(3): 16-32, 2004.

TELES, Guilherme. **Reforma da Previdência - uma análise que vale a pena**. JusBrasil, 2019. Disponível em: <<https://guilhermetelesadv.jusbrasil.com.br/artigos/443240095/reforma-da-previdencia-uma-analise-que-vale-a-pena>> Acesso em 05 mai. 2019.

**Artigo enviado em:** 01/10/2019

**Artigo aceito para publicação em:** 10/10/2019

## 3

**ESTRATÉGIAS E PERSPECTIVAS PARA O COMBATE À  
CORRUPÇÃO ATRAVÉS DA LEI 12.846/2013****STRATEGIES AND PERSPECTIVES FOR FIGHTING CORRUPTION  
THROUGH LAW 12.846/2013**

---

**Kelysson Mikael Soares de Oliveira<sup>\*4</sup>**  
**Carla Priscilla Barbosa Santos Cordeiro<sup>\*\*</sup>**  
**Lana Lisiêr de Lima Palmeira<sup>\*\*\*</sup>**

**RESUMO:** Não é difícil retratar que a corrupção custa caro ao Brasil. A corrupção acaba subtraindo serviços básicos e essenciais que seriam prestados à população menos favorecida e, assim, diminui os investimentos em serviços básicos como: educação, saúde e segurança pública. A corrupção também traz inúmeros efeitos devastadores à Administração Pública, através dos atos de corrupção praticados pelas empresas, logo é necessário conhecer suas origens, causas e efeitos, para compreender o fenômeno e os métodos eficazes para seu combate no âmbito empresarial, como é o caso da aplicação da Lei Anticorrupção Empresarial – Lei nº 12.846/2013.

**PALAVRAS-CHAVE:** Combate à Corrupção; Lei nº 12.846/2013; Efeitos da Corrupção.

**ABSTRACT:** It is not difficult to portray that corruption costs Brazil dearly. Corruption ends up subtracting basic and essential services that would be provided to the disadvantaged population and thus decreases investments in basic services such as education, health and public safety. Corruption also has numerous devastating effects on public administration through corporate acts of corruption, therefore, it is necessary to know its origins, causes and effects, in order to understand the phenomenon and the effective methods for its combat in the business environment, as is the case with the application of the Corporate Anti-Corruption Law - Law No. 12.846 / 2013.

**KEYWORDS:** Fight against corruption; Law nº 12.846/2013; Effects of Corruption.

---

\* Graduação em Ciência da Computação – Universidade Federal de Alagoas, UFAL, Brasil. (2010-2016). Pós-Graduação em andamento em Direito Administrativo – Universidade Cândido Mendes, UCAM, Brasil (2017-2018). Graduação em andamento em Direito – Faculdade CESMAC do Agreste, CESMAC, Brasil (2015-2020). E-mail: kellysson.mikael@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0443-7245>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9538287578494559>.

\*\* Professora da Faculdade Cesmac do Agreste. Mestrado em Direito – Universidade Federal de Alagoas, UFAL, Brasil (2016). Doutora em Educação – UFAL, Brasil (2019). E-mail: priscillacordeiro@cesmac.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2806-6023>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8044884748837865>.

\*\*\* Professora da UFAL, Doutora e Mestra em Educação, Graduada em Direito, Licenciada em Pedagogia e Filosofia. E-mail: lanallpalmeira@outlook.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0443-7245>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9538287578494559>.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2 Corrupção: origem, natureza e concepções; 3 Efeitos da corrupção; 4 Fatores da corrupção; 5 A lei anticorrupção empresarial; 6 Conclusão; 7 Referencias bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO

Em todo o mundo, tornou-se comum encontrar problemas nas estruturas administrativas do Estado, porém, existe um problema que todos os países sofrem em comum: A existência da corrupção. A corrupção é um problema antigo que atinge todas as sociedades e acaba atingindo diretamente todos os cidadãos que fazem parte da sociedade.

A corrupção acaba gerando indignação e desconfiança quanto as nossas estruturas políticas e administrativas; reduz os investimentos de capital no país e impossibilita o desenvolvimento econômico e humano. Entretanto, existe em todo o mundo ideias com o intuito de combater à corrupção. (VIEIRA *apud* CORDEIRO, 2016).

Analisando os escritos de Nunes (2008), podemos trazer inúmeras consequências da corrupção, tais como: redução de investimentos, coibição do desenvolvimento humano e econômico, aumento da pobreza, recursos utilizados de forma indevida e enriquecimento ilícito de uma parcela de pessoas.

Fica comprovado um conjunto de elementos que são responsáveis pela corrupção como: elementos políticos, econômicos e culturais (CORDEIRO, 2016).

No Brasil as práticas de corrupção já são consideradas comuns por grande parte da sua população e analisando os escritos do sociólogo Bourdieu (2009), fica nítido que práticas de corrupção foram incorporadas pelos cidadãos na consolidação do *habitus* cultural brasileiro ao longo dos anos. Durante o período de Brasil Colônia, a corrupção se manifestava de diversas maneiras, como no nepotismo, clientelismo, patronagem, coronelismo, etc. Isto nos leva a uma outra conclusão importante: o problema de corrupção no Brasil não é um problema atual, mas um problema histórico-sociológico

Em relação ao combate à corrupção vários aspectos podem ser observados. De acordo com Marinela (2016, s.n.):

A população precisa acordar, perceber a corrupção e combater. Os malefícios da corrupção devem ser explicados para o cidadão ainda na infância e na adolescência por meio da educação. A população precisa se apropriar dos seus bens, dos seus direitos, do patrimônio público que lhes pertence. Com essa cultura, com essa consciência, a corrupção com certeza vai ser combatida com mais incidência.

Entretanto, já nas palavras de Martín (2012), a luta contra a corrupção deve ser uma política de Estado, o autor pressupõe que a luta e o combate à corrupção devem agir de cima para baixo em uma pirâmide social, ou seja, os governantes devem promover e desenvolver métodos capazes de reprimir a corrupção. No entanto, existem diversas perspectivas de combate à corrupção, logo não existirá apenas um único meio capaz de frear o início da corrupção.

A corrupção afeta diretamente a administração pública, tais práticas causam enormes prejuízos ao estado. Em relação aos custos da corrupção, várias conclusões podem ser observadas. De acordo com Cambi (2014, p. 13), “o custo da corrupção, no Brasil, fica entre R 41,5 e 69,1 bilhões por ano. Isto representa entre 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB)”. Dados extraídos do *Worldwide Governance Indicators* (WORLD BANK GROUP, 2015), indicam, também, uma correlação direta entre a inefetividade do governo e do estado de direito com os altos índices de corrupção (WORLD BANK GROUP, 2017).

No Brasil, o patrimônio público é confundido com o privado por grande parte dos governantes. Um dado interessante sobre o assunto é trazido por Cordeiro (2016, p. 62): “no final do Século XX o patrimônio público passou a ser capturado por indivíduos inescrupulosos com acesso privilegiado aos cargos públicos e pela iniciativa privada, na esteira das grandes reformas estruturais do Estado brasileiro durante a ditadura militar”. Logo, uma questão de extrema importância que se coloca nesse contexto é: Como deve se combater a corrupção envolvendo pessoas jurídicas?

Esta realidade, que assola o Estado brasileiro, tem sido enfrentada, dentro do ordenamento jurídico, através da Lei nº 12.846/2013, instrumento jurídico que possui como objetivo central responsabilizar nas esferas administrativa e civil as pessoas jurídicas pelos atos de corrupção em desfavor da Administração Pública nacional ou estrangeira, como prescreve o art. 1º da referida lei.

## 2 CORRUPÇÃO: ORIGEM, NATUREZA E CONCEPÇÕES

A corrupção é um acontecimento social, no qual não podemos afirmar suas origens. Porém podemos afirmar que a corrupção tem nascimento em épocas passadas, onde sofreu uma metamorfose até surgir na atualidade. Podemos perceber que a corrupção fez parte do desenvolvimento humano. Tanto que analisando os escritos de Pereira (2010), o autor chega a afirmar que o fenômeno da corrupção é algo tido como natural, ou seja, pertence à natureza humana.

A etimologia da palavra corrupção vem do latim “corrumpere”, “destruir”, “estragar, quebrar, partir e arrebentar”. No dicionário Aurélio (2017), corrupção significa suborno, alteração, sedução e depravação. É a ação de seduzir por dinheiro ou por qualquer outro meio que venha a afastar alguém da retidão. Também é comum associar à corrupção a algo que não é lícito.

Há registros de práticas de corrupção ainda na Grécia antiga, entre os séculos V e IV a.C. Vários nomes gregos consagrados já demonstravam atenção a respeito da corrupção, entre eles Platão, Sócrates e Aristóteles.

Segundo Aristóteles, a corrupção significa “a mudança que vai de algo ao não ser desse algo; é absoluta quando vai da substância ao não ser da substância, específica quando vai para a especificação oposta” (ARISTÓTELES *apud* PIMENTEL, 2014, p. 87).

Desta maneira, é possível afirmar que já se fazia referência ao fenômeno desde a Antiguidade, no Código de Hamurabi, no Egito, na Bíblia Sagrada, no Código de Manú e em leis asiáticas. A ética na Administração Pública foi tratada, pela primeira vez, em um livro chamado *Arthashastra*, datado entre 321 e 300 a.C., em que o filósofo indiano Kautilya codifica uma série de normas sobre o bom governo, deveres da autoridade suprema e princípios que devem reger à atuação pública (VIEIRA, 1998; FIGUEIREDO, 2008; NUNES, 2008 *apud* Cordeiro, 2016).

A natureza da corrupção é variável, pois é capaz de envolver diversos aspectos e interesses, mas tudo depende do contexto social na qual será analisada. A natureza da corrupção é caracterizada como uma ação da raça humana e está presente em qualquer ser humano. Os conceitos humanísticos estão explicitamente



ligados acerca à natureza da corrupção, porém não podemos esquecer que não é somente um problema da humanidade, também é um problema cultural.

Não existe nenhuma sociedade no mundo que tenha erradicado totalmente a corrupção, todas as sociedades, sejam desenvolvidas ou não desenvolvidas sofrem com os efeitos da corrupção, ocorre que em países desenvolvidos há um menor grau de incidência da corrupção, pois possuem uma educação de qualidade, forte desenvolvimento cultural e regras rígidas para punir atos de corrupção. Com essa ideia que nenhum país é imune a corrupção descreve Cordeiro (2016), é possível desmitificar a ideia que somente alguns países sofrem com corrupção, como no caso do Brasil, considerado pela mídia e pela opinião pública como “o país da corrupção”

Os estudos sistemáticos sobre a corrupção, que são o que analisam suas origens até a sua função dentro do Estado, tem início na década de 1950. Depois desse período começaram a existir inúmeros tipo de como a corrupção surgiu em todo mundo. Para Filgueiras (2008), existem três tipos de análises que se destacam: funcionalista, análise através da cultura política e econômica.

A análise funcionalista traz que a razão dos países “pobres” ou “subdesenvolvidos”, não conseguem desenvolver-se economicamente e politicamente ocorre por causa da corrupção. Trata-se de uma ideia que nasce no ápice do Welfare State que defende que a corrupção atingiria níveis sistêmicos em sociedades subdesenvolvidas. (FILGUEIRAS, 2008).

A análise feita através da cultura política tem início na década de 70, nela a corrupção é estuda a partir de interações sociais que irão definir a ocorrência ou não da corrupção. A corrupção é estudada através da cultura política que rege cada sociedade. (FILGUEIRAS,2008).

Por último é feito a análise da corrupção por meio da economia. Nada mais é que a análise da corrupção por meio do estudo da economia de cada sociedade. O problema da corrupção é explicado por meio de pressupostos econômicos que o autor define como rent-seeking, e os atores políticos tentam ajustar o problema da corrupção por meio de ações democráticas, sendo assim capaz de equilibrar os interesses que estiverem presentes no contexto. (FILGUEIRAS, 2008)

A origem da corrupção nas empresas estatais ou privadas no Estado Brasileiro não é um problema atual e está nitidamente ligada às práticas histórico-

sociológicas do Brasil-Colônia como por exemplo: coronelismo, clientelismo e o nepotismo (Cordeiro, 2016).

### **3 EFEITOS DA CORRUPÇÃO**

As sequelas causadas pela corrupção são sempre maléficas para toda à população pertencente a qualquer país e a sua economia, porém para Nunes (2008), os seus efeitos são ainda mais devastadores nos países em subdesenvolvimento porque afetam diretamente o crescimento, os investimentos, a economia nacional e o desenvolvimento social e econômico. Leva ao desperdício de recursos que estão disponíveis e aos que ainda estarão disponíveis, pois eles serão desviados quando estiverem disponíveis.

Além dos efeitos nefastos, as práticas corruptas minam princípios éticos da atividade política que é essencial para o bom funcionamento do Estado e da sociedade. (Pimentel, 2014). A corrupção torna-se extremamente danoso para população e para o Estado, pois destrói os pilares da organização estatal e acaba triturando o patrimônio público.

Para Nunes (2008), mesmo a “pequena” corrupção tem efeitos nocivos para um país e afeta diretamente as condições de vida das pessoas uma vez que, embora as transações ilegais sejam em pequenos valores, estas transações, cumulativamente, causam consideráveis danos políticos e econômicos para a sociedade civil.

### **4 FATORES DA CORRUPÇÃO**

Os fatores da corrupção em uma sociedade são extremamente complexos de definir. A corrupção atinge todas as sociedades, de acordo com seus aspectos culturais e econômicos. Não existe uma forma específica de definir os fatores que geram a corrupção, o que é possível por parte dos estudiosos é fazer análises periódicas dos índices de corrupção, assim é possível reconhecer os países mais e menos corruptos, através dessa análise é possível encontrar alguns dos fatores geradores da corrupção.

Existem alguns índices que são compilados anualmente para avaliar o índice de corrupção nos países, esses índices são compilados anualmente. Assim, os estudiosos podem ter uma ideia do grau de corrupção de cada país ano após ano e depois compará-los, analisando-se assim a aplicação de uma determinada medida pelo país estudado e conseqüentemente observar se trouxe algum resultado significativo no combate a corrupção. Um dos principais portais por compilar os dados anualmente é a Transparência Internacional (TI), também conhecido como *Corruptions Perception Index- CPI*.

Os principais fatores encontrados e responsáveis pelo forte índice de corrupção são: (i) Intervenção estatal excessiva; (ii) má governança das instituições públicas; (iii) excesso de regulamentações e normas; (iv) centralização das decisões burocráticas e (vi) o excesso de poder político (GARCIA *apud* NUNES, 2008).

## **5 A LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL**

A lei anticorrupção é fruto de compromissos internacionais, no qual almeja assegurar um ambiente de negócios saudável, mas olhando mais a fundo, combatê-la é uma tarefa das mais difíceis mesmo a implantação da lei 12.846/2013.

Antes da Lei nº 12.846/2013, como bem denota Cambi (2014), a responsabilização das pessoas jurídicas era deficiente e precária, uma vez que as punições a fraudes em licitações e contratos administrativos se limitava a responsabilização subjetiva do agente público. Mesmo assim, “a necessidade de comprovação do dolo ou da culpa dificultava a produção da prova, tornava morosos os processos judiciais e, conseqüentemente, aumentava a impunidade dos corruptos” (CAMBI, 2014, p. 14).

Com o advento desse diploma, passou-se a responsabilizar as pessoas jurídicas, independentemente da responsabilidade de seus administradores, um notório avanço na luta contra a corrupção (CAMBI, 2014).

Existem algumas causas responsáveis pelo surgimento da corrupção no âmbito empresarial junto ao poder público e as principais encontradas são: intervenção estatal excessiva, excesso de burocracia, excesso de poder político nos órgãos públicos e impunidade pelos atos lesivos cometidos.

A criação da Lei anticorrupção empresarial 12.846/2013 foi um marco histórico para o contexto no Brasil, a lei acaba trazendo novos dispositivos que não existiam como punição as pessoas jurídicas, bem como traz uma nova série de responsabilidades fundamentais. A lei traz uma série de regras no qual as empresas jurídicas deverão atentar para não cometer atos ilícitos.

O artigo 1º da lei 12.846/2013 dispõe sobre: “A responsabilização objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”. De acordo com Netto (2016), a lei se aplica a sociedades empresárias e as sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a qualquer fundação, associações de entidades, sociedades estrangeiras que tenham sede, filial ou representação em território brasileiro.

Posteriormente no artigo 2º, estabeleceu-se que: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”. A lei agora deixa claro que as pessoas jurídicas irão responder por atos cometidos contra a administração pública independentemente de ter culpa ou não pelo ato lesivo praticado, pois antes da criação das leis as empresas só seriam punidas se comprovado a intenção de lesar a administração pública.

Além disso, a lei não esquece de mencionar no artigo 3º, que diz: “A responsabilização da pessoa jurídica não excluirá a responsabilidade individual dos dirigentes, administradores ou qualquer pessoa ligada a pessoa jurídica que praticou ato ilícito”.

A lei 12.846 ainda traz um mais elevado grau de sanções/punições por quem praticar atos ilícitos contra a administração pública como: aplicação de multa e publicação extraordinária de decisão administrativa sancionadora, restrições ao direito de participar de licitações ou celebrar contratos com a Administração pública se a infração envolver a Lei 8.666/93.

Também poderá ser decretado na esfera judicial o perdimento dos bens da empresa, suspensão de atividades e dissolução compulsória, também poderá ser proibida de incentivos, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de

instituições financeiras públicas ou controladas por o poder público, por um determinado prazo de tempo.

Com o propósito de incentivar a colaboração espontânea de empresas envolvidas em corrupção a lei 12.846/2013 traz o chamado acordo de leniência. O acordo de leniência pode trazer benefícios à empresa que praticou atos ilícitos e resolve colaborar nas investigações que envolvem outras empresas. Os benefícios presentes no acordo de leniência são: extinção da pena punitiva da administração pública ou redução da penalidade imposta pelo CADE.

Não apenas deve ser demonstrada a vontade para firmar acordo de leniência. Neste sentido, a lei dispõe de algumas características essenciais como: I) manifestar interesse em cooperar; II) cessado envolvimento do ato lesivo depois do acordo; III) admitir participação na infração; IV) cooperar permanentemente com o processo; V) fornecer informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa (CGU, 2017). A lei anticorrupção empresarial tem funcionado no Brasil?

A partir da análise dos dados obtidos do CNEP, respondemos se a lei 12.846/2013 foi um acerto ou um erro do legislador, além de observar se cumpre o propósito de sua criação.

#### QUADRO 1: Dados do CNEP

Dados da Pessoa ou Empresa Sancionada		Dados da Sanção		Órgão Sancionador	
CNPJ/CPF	Nome * ↓	Tipo	Data Final	Nome do Órgão	UF
19.823.999/0001-05	ALIMENTARE SERVIÇOS DE RESTAURANTE E LANCHONETE LTDA - ME.	Multa - Lei da Empresa Limpa		EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA	DF
08.706.892/0001-52	ANA PRONELI BREMM DE CASTRO - ME	Multa - Lei da Empresa Limpa	22/09/2018	Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO	DF
14.386.616/0001-57	CONFRARIA ANDRÉ LTDA. - ME	Multa - Lei da Empresa Limpa		Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO	DF
32.447.500/0001-62	EVOLUÇÃO COMERCIO ALIMENTAÇÃO LTDA-ME	Multa - Lei da Empresa Limpa		Governo do Estado do Espírito Santo (SECONT - Secretaria de Estado de Controle e Transparência)	ES
11.916.511/0001-74	S FERREIRA NEGOCIOS E SERVICOS - ME	Multa - Lei da Empresa Limpa		Governo do Estado do Espírito Santo (SECONT - Secretaria de Estado de Controle e Transparência)	ES
04.741.904/0001-29	TÉCNICA TECNOLOGIA E SERVIÇOS LTDA,	Multa - Lei da Empresa Limpa		Governo do Estado do Espírito Santo (SECONT - Secretaria de Estado de Controle e Transparência)	ES
15.707.659/0001-50	VENTANA MANUTENÇÃO E SERVIÇOS LTDA	Multa - Lei da Empresa Limpa		Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO	DF
18.165.087/0001-12	Willian de Andrade Bullerjanh-ME	Multa - Lei da Empresa Limpa		Governo do Estado do Espírito Santo (SECONT - Secretaria de Estado de Controle e Transparência)	ES

Fonte: Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), 2017.

Analisado e filtrado todos os dados presentes no portal do CNEP dos anos de 2014-2016 (Lei da Empresa Limpa) é possível observar que houve apenas oito empresas que se encaixaram na Lei da Empresa Limpa (Lei 12.846/2013) em três anos de vigência da lei, todas as empresas do gráfico sofreram punições previstas no Art. 6, Inciso I, o tipo de sanção foi Multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.

Logo podemos concluir que existe uma ineficácia da lei 12.846/2013, visto que em três anos de vigência houveram pouquíssimos casos julgados, tais fatores podem estar associados a falta de investigação dos órgãos responsáveis ou porque a lei foi criada apenas para atender desejos internacionais e mostrar que existe uma lei em vigor para punir práticas delituosas contra à administração pública, sendo apenas mais uma lei em entre tantas outras. Os órgãos públicos e políticos não estão preocupados em combater à corrupção dentro de empresas, visto que os políticos muitas vezes fazem parte do rol dos grandes empresários ou muitas vezes são eleitos com recursos de grandes empresas, sendo assim eles não se esforçam para combater práticas corruptivas contra à administração pública.

## **6 CONCLUSÃO**

A corrupção assola o cotidiano de milhões de brasileiros, mas não é um problema atual no país. Podemos perceber que a corrupção é responsável diretamente por subtrair bilhões de reais dos cofres públicos, o que por sua vez torna mais difícil a vida dos cidadãos brasileiros.

Quase todos os problemas que o país enfrenta no dia a dia como desigualdade social, educação e segurança pública poderiam extintos ou melhorados significativamente com a quantidade de recursos desviados de forma ilegal dos cofres públicos. Com o dinheiro que é desviado poderia ser feito investimentos em infraestrutura, educação, saúde e segurança pública, diminuindo-se grande parte dos problemas atuais.

Portanto, fica comprovado que a corrupção gera diversos tipos de prejuízos ao Estado. O excesso de burocracia, o domínio político local (resquício de práticas históricas ainda presentes na vida dos brasileiros) denotam a necessidade de mudanças radicais na estrutura e organização do Estado. É preciso repensar questões das mais variadas ordens: o coronelismo e o patrimonialismo presentes na Administração Pública, a necessidade de descentralização do poder estatal, diminuição do atual quadro político, penas mais severas contra políticos, agentes públicos e empresas privadas, etc.

A criação da Lei Anticorrupção foi um marco significativo para o sistema Brasileiro, ela preenche uma lacuna que antes não era encontrada em leis. Tal fato é determinante para o combate à corrupção nas empresas, pois a partir da sua consolidação será possível punir pessoas jurídicas que forem que causarem danos à administração pública. Porém não há uma eficácia tão grande em fiscalizar e punir empresas que cometem atos de corrupção contra a administração pública, visto que em toda a vigência da lei 12.846/2013 apenas oito empresas privadas foram fiscalizadas e punidas.

A corrupção é um fator determinante para aniquilar os direitos humanos e dizimar a administração pública, visto o seu vasto alcance em todas as classes da sociedade.

## 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AURÉLIO. **Dicionário. Corrupção**. Disponível em:  
<<http://www.dicionariodoaurelio.com/corruptcao>>. Acesso em: 12/09/2017.

CAMBI, Eduardo. A atuação do Ministério Público no combate à corrupção na Lei 12.846/2013. **Revista do CNMP**. Brasília, DF, n. 4, v. 1, 2014.

CORDEIRO, Carla Priscilla B. Santos. **Análise histórico-sociológica da corrupção e de seu combate no Brasil: O direito fundamental à moralidade administrativa**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Alagoas, Universidade Federal de Alagoas.



CORDEIRO, Carla Priscilla B. Santos; 2016, p.34 - **Análise histórico–sociológica da corrupção e seu combate no Brasil**: O direito fundamental à moralidade administrativa.

FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção, democracia e legitimidade**. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

MARINELA.F. **Corrupção precisa ser combatida pela população**. Disponível em: <<http://www.reportermaceio.com.br/corruptao-deve-ser-combatida-pela-populacao-diz-presidente-da-oab-al/>> Acesso em: 12/09/2017.

MARTÍN, San César, 2012. **La lucha Anticorrupción como política de Estado y como objetivo internacional**: Debate en panel: La lucha Anticorrupción desde el Sistema de justicia peruano.

NUNES, Antônio Carlos Ozório, Luís Manuel F. Pires, Maurício Zockun, Renata Porto. **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. São Paulo: Fórum, 2009

PIMENTEL. Isabela Arruda. **A corrupção do Brasil e a atuação do ministério público**. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas) – Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos - Universidade Federal da Paraíba, 2014.

WORLD BANK GROUP. **Worldwide Governance Indicators Project**: Rule of law. Disponível em: <<http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#reports>>. Acesso em: 18/03/2017.

**Artigo enviado em: 01/10/2017**

**Artigo aceito para publicação em: 10/10/2017**

## 4

**A POSSIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA NO INSTITUTO DA ARBITRAGEM****THE POSSIBILITY OF EARLY RELIEF AT THE INSTITUTE OF ARBITRATION**

---

**Hugo César Silva dos Santos<sup>\*5</sup>**  
**Cecilio Argolo Junior<sup>\*6</sup>**

**RESUMO:** Este trabalho é o resultado de uma pesquisa sobre a utilização da tutela antecipada no instituto da arbitragem, realizando uma análise acerca da necessidade anterior à instituição arbitral. Sabe-se que uma das modalidades de iniciar o procedimento arbitral é com a controvérsia advinda da celebração de um contrato, por autonomia da vontade das partes de incluir expressamente uma cláusula compromissória podendo versar somente no que diz respeito aos direitos patrimoniais disponíveis. Com o surgimento da lei arbitral de nº 9.307, de 1996, vários doutrinadores questionavam sobre esse meio propício de heterocomposição, especialmente sobre a concessão das tutelas provisórias requeridas ao Poder Judiciário em ação preparatória da instituição do processo arbitral, visto que a medida postulada sumariamente pela parte é de urgência, evitando assim, ocasionalmente a ocorrência de um perigo de dano ou risco ao resultado útil da sentença a ser proferida pelo árbitro, invertendo o ônus do tempo do demandante para o demandado, antecipando por meio de uma tutela jurisdicional diferenciada o direito pretendido pela parte, em caráter precário. No ano de 2015 foi sancionado o Código de Processo Civil e, em seguida, a lei de reforma arbitral, esta, fortalecendo o presente instituto no qual consolidou as conquistas adquiridas em todos os 20 anos da vigência da arbitragem, possibilitando definitivamente a faculdade de se socorrer no Judiciário, aquele com inovações referentes às tutelas provisórias de urgência, apresentando seus requisitos de admissibilidade para o deferimento da tutela.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arbitragem. Tutela provisória. Tutela de urgência. Tutela antecipada antecedente. Código de Processo Civil.

**ABSTRACT:** This paper is the result of a research on the use of temporary injunction on the establishment of arbitration, by conducting an analysis of the prior need for the arbitral institution. It is known that one of the modalities of initiating the arbitration procedure is with the controversy arising from the conclusion of a contract by the parties' will to include expressly an arbitration clause, which may only deal with the available property rights. With the advent of the arbitration law No. 9,307 of 1996, several writers questioned this propitious medium of heterocomposition, especially regarding the granting of the temporary injunction required to the Judiciary in a preparatory action of arbitration proceedings, since the measure summarily postulated by the party is of urgency, thus avoiding,

---

\* Concluinte do curso de Direito do Centro Universitário Maurício de Nassau (UNINASSAU, Maceió, Alagoas). E-mail: hugocesar\_smc@hotmail.com

\*\* Psicólogo Clínico e Bacharel em Direito. Mestre em Pesquisa em Saúde. Concluinte do segundo mestrado em Direitos Fundamentais, pela UNAMA (Belém, Pará). Aluno especial do Doutorado em Psicologia Clínica, pela UNICAP (Recife, Pernambuco). Professor e Pesquisador da UNINASSAU (Maceió, Alagoas). Professor da Academia de Polícia Militar de Alagoas. E-mail: junior.argolo@ig.com.br.

occasionally, the occurrence of a danger of damage or risk to the useful result of the verdict pronounced by the arbitrator, reversing the burden of time of the plaintiff to the defendant, anticipating by means of a differentiated judicial protection the right sought by the party, on a precarious basis. In 2015 the Code of Civil Procedure was enacted and then the arbitration reform law, this last one strengthened the current institute, consolidating the achievements acquired in all the 20 years of the validity of the arbitration, making it finally possible to find help in the judiciary; that first one, on the other hand, with innovations referring to preliminary injunctions, presenting their requirements of admissibility for the granting of the injunctive relief.

**KEYWORDS:** Arbitration. Temporary injunction. Provisional injunction. Interlocutory injunction. Code of Civil Procedure.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Tutela processual diferenciada utilizada na arbitragem; 3 A utilização da tutela antecipada no instituto da arbitragem; 4 Conclusão; 5 Referências bibliográficas.

## 1 INTRODUÇÃO

A arbitragem é um instituto de solução de conflitos considerado um dos mais antigos meios de resolução de controvérsia por um terceiro imparcial. Ganhou respaldo na legislação pátria com a homologação da lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, (Lei de Arbitragem), que disciplina o seu procedimento.

Por meio da recente lei de reforma arbitral, nº 13.129, sancionada em 2015, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais discutidos durante todos esses 20 anos de vigência, incrementados na redação legal, principalmente o tratamento das tutelas de urgência, incluída em capítulo único. Contudo, no mesmo ano veio à tona à lei 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil com a regulamentação das tutelas provisórias em livro único, que em obediência ao artigo 22-A da Lei de Arbitragem poderão ser observadas no processo pré-arbitral.

O entendimento da utilização da tutela antecipada na arbitragem não era pacificado dentre os doutrinadores, visto que seu tratamento na lei possuía uma redação confusa e muito duvidosa, sendo isso suficiente para surgir o questionamento da sua utilização diante da obrigação direcionada a instituir a via arbitral.

A metodologia utilizada foi, exclusivamente, bibliográfica, através de análise de doutrinas, leis e jurisprudência de forma a dar sustentação ao estudo desenvolvido. Teve como base livros e periódicos jurídicos utilizados com o intuito de

gerar conhecimentos e, por conseguinte, esclarecer dúvidas atinentes à concessão dessa medida no âmbito da arbitragem.

*Pari passu*, será analisada a tutela provisória através da tutela de urgência, gênero das espécies cautelar e a antecipada, objeto deste estudo, observando seus pressupostos para sua possível concessão. Como também, uma análise histórica da Arbitragem, bem como da Convenção arbitral e o direito à tutela provisória, de forma a adentrar na respectiva reforma da lei específica, com ênfase à fase anterior à instituição da arbitragem.

Por fim, de forma direta, concisa e objetiva pretende-se mostrar a utilização desta medida de urgência antecipatória, requerida em caráter temporário, pelo Poder Judiciário antes de constituir o procedimento arbitral.

## **2 TUTELA PROCESSUAL DIFERENCIADA UTILIZADA NA ARBITRAGEM**

### **2.1 TUTELA PROVISÓRIA**

Com a instituição do Código de Processo Civil de 2015, o direito positivo, denominou o livro V da sua parte geral em tutela provisória, pelo qual essa técnica processual pode fundamentar-se em urgência ou evidência, vale destacar que ambas são previstas como espécies do gênero tutela provisória, disciplinadas pelos artigos 294 a 310 do atual CPC, lei nº 13.105 de 2015 (TESSER, 2016). No dizer de Greco (2016, p. 186):

Tutela provisória é aquela que, em razão da sua natural limitação cognitiva, não é apta a prover definitivamente sobre o interesse no qual incide e que, portanto, sem prejuízo da sua imediata eficácia, a qualquer momento, poderá ser modificada ou vir a ser objeto de um provimento definitivo em um procedimento de cognição exaustiva.

A lei em vigor, tratando-se das tutelas antecipada e cautelar, definiu-as como tutelas de urgência, que possibilita à parte postular uma medida provisória, valendo-se da tutela jurisdicional que não possui caráter definitivo, podendo ser requerida de forma antecedente ou incidental com os requisitos para a concessão

tendo respaldo nos fundamentos elencados no artigo 300 do CPC (TESSER, 2016). Cahali (2015, p. 291, grifos do autor), com suas palavras, descreve:

Na tutela provisória de urgência, ainda, poderá ser requerida medida cautelar, ou antecipada, cada qual com características próprias, mas sempre no pressuposto de estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*; estes são essenciais ao cabimento da tutela de urgência (CPC/2015, art. 300).

Felizmente, no CPC a concessão das tutelas de urgência, em caráter antecedente, não faz surgir um processo autônomo e, por conseguinte, não haverá o ajuizamento de outro denominado principal, ao qual aquele é sempre dependente deste. Neste passo, o regramento do direito ressalta a importância do caráter temporário das medidas de urgência, demonstrando ter eficácia enquanto perdurar o processo. Existindo a chance de ser revogada ou modificada em qualquer fase, de acordo com o artigo 296 do CPC (ASSIS, 2016). Na lição de Gonçalves (2016, p. 319/320):

[...] não há mais a possibilidade de processo cautelar autônomo. As tutelas provisórias – tanto satisfativa quanto cautelares – jamais implicarão a formação de um processo autônomo. [...]. Atualmente, o deferimento de tutelas provisórias dar-se-á sempre em processos de conhecimento ou de execução, seja em caráter antecedente, seja incidentalmente.

O CPC, nos termos do artigo 297, aduz: “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”. Obviamente, poderá o magistrado, conforme determina a legislação, adotar o procedimento que lhe proporcione o cumprimento da referida tutela. Vale ressaltar que o juiz não está completamente livre, por isso deverá sempre respeitar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, juntamente com a vinculação à função constitucional, à luz do devido processo legal (ASSIS, 2016). Nesse diapasão, assevera Montenegro Filho (2016, p. 588/589):

Como a própria expressão indica, a tutela é provisória, fundada nos elementos de prova e nas considerações aduzidas pela parte que se beneficia da sua concessão. Deferida, a parte contrária pode produzir provas e comprovar a veracidade das suas alegações, demonstrando ao magistrado que os requisitos exigidos para a concessão da tutela provisória não foram preenchidos [...].

Do mesmo modo, com indicação somente quanto à norma específica que deve ser adotada em tutela provisória, no modo efetivo de operar, o parágrafo único do artigo 297 conforme sua redação destaca que: “A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber” (ASSIS, 2016).

Por oportuno, no texto legal do artigo 93, IX da Constituição Federal (1988), a lei expressamente declara que todos os julgamentos do poder judiciário deverão vir devidamente fundamentados, logo, segundo o art. 298 do CPC de 2015: “Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela provisória, o juiz motivará seu convencimento de modo claro e preciso”. De igual forma, afirma Theodoro Júnior (2016, p. 629):

O juiz, nessa esteira, deverá fundamentar a decisão, apresentando às partes os fundamentos de fato e de direito que lhe formaram o convencimento acerca da plausibilidade do perigo de dano e do direito invocado. Aliás, o dever de motivação de toda e qualquer decisão judicial é uma imposição de ordem constitucional (CF, art. 93, IX).

A saber, no regime jurídico próprio das tutelas provisórias fala-se em motivação, lembrando em contexto amplo o disposto na Carta Maior, incentivando o juiz a fundamentar sua decisão com base no seu convencimento (ASSIS, 2016).

## 2.2 TUTELA DE URGÊNCIA

Em análise ao artigo 300 do Código de Processo Civil, o texto normativo menciona que: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. De fato, estes são os requisitos previstos na lei para ocorrer a concessão de uma das tutelas de urgência, quais sejam; antecipada e cautelar, seguindo um regime jurídico próprio para disciplinar ambas as tutelas mencionadas (ASSIS, 2016). Do mesmo modo, afirma Montenegro Filho (2016, p. 593, grifos do autor):

[...] para a concessão da tutela antecipada, **o novo CPC padronizou os requisitos**, exigindo a demonstração **da probabilidade do direito** e do

**perigo de dano** ou do **risco ao resultado útil do processo** tanto para a concessão da tutela provisória de urgência como da tutela provisória antecipada.

As medidas de urgência encontradas no CPC, visam proteger o provimento final da demanda, afastando o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo nas situações advindas do tempo de duração do pleito, ocasionando à parte lesão ao direito pretendido no final da lide. Por isso, o Poder Judiciário utiliza-se de uma técnica de sumarização, aplicando medidas imediatas com o intuito de combater o ônus do tempo, que é necessário para o cumprimento de todas as etapas do devido processo legal (THEODORO JÚNIOR, 2016). No dizer de Nunes e Andrade (2016, p. 77):

A tutela de urgência tem, no âmbito do processo, fundamental importância: é uma das mais importantes técnicas por meio da qual se impede que o tempo necessário à duração do processo cause dano à parte que tem razão. Não se pode, hoje, pensar em processo efetivo normativamente sem que exista a possibilidade de buscar medidas de urgência para combater o efeito nocivo do tempo, aliado a situação de perigo de perecimento do direito material, durante todo o curso do processo.

Além desse fator, está clara a diferenciação das tutelas de urgência conforme a natureza de cada uma delas, ambas são provisórias e por serem as duas medidas urgentes cabíveis, elas são parecidas em alguns aspectos. Tão somente a de natureza cautelar, o magistrado na respectiva ação vai determinar uma medida assecuratória, protegendo o direito do demandante que possui algum risco de dano pela demora processual. Ademais, a tutela antecipada tem natureza satisfativa deferindo o juiz desde logo os efeitos finais que só seriam concedidos na sentença final do litígio (GONÇALVES, 2016).

As medidas urgentes possuem uma grande relevância no que diz respeito a resguardar o objeto final requerido pelo autor da demanda, pois o mesmo vai receber uma proteção jurídica diferenciada até a decisão de mérito, mesmo havendo distinção entre as medidas cautelar e antecipada as duas são fundamentais para o alcance do objetivo final postulado, evitando um iminente perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, seja satisfazendo ou assegurando em caráter provisório até a decisão definitiva (GONÇALVES, 2016). Nesse laço, Cahali (2015, p. 293):



Ora, enquanto não instituído o juízo arbitral a quem possa a parte requerer as providências urgentes, para preservação de seus direitos e exercícios pleno do acesso à ordem jurídica, será feito o pedido de tutela perante o Poder Judiciário, 'assegurado como garantia constitucional em favor de todos, em caso de violação ou ameaça de violação de direito'.

Concluindo, o objetivo comum das tutelas provisórias de urgência é impugnar os riscos de injustiça e dano ocasionados pelo tempo de espera durante o cumprimento do devido processo legal até o deferimento em cunho definitivo da controvérsia, a parte que aparentemente estiver numa situação vantajosa poderá requerer de forma antecedente ou incidental o objeto com iminente risco de perecimento, garantindo o provimento efetivo do mérito (THEODORO JÚNIOR, 2016).

### 2.3 TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Com o propósito de combater a existência do prejuízo na demora processual, o legislador inseriu no CPC um meio eficiente de antecipação dos efeitos finais da sentença. A técnica utilizada em seu procedimento impede que a medida que for se desenvolvendo, o ônus temporal recaia sobre o autor da ação, afastando qualquer possibilidade de detrimento grave que possa ser ocasionado no curso do processo, evitando um dano irreparável na decisão final de mérito (CAMBI; NEVES, 2016).

Segundo Gonçalves (2016, p. 325), a antecipação em caráter antecedente da tutela “[...] satisfaz, no todo ou em parte, a pretensão formulada pelo autor, concedendo-lhe os efeitos ou as consequências jurídicas que ele visou obter com o ajuizamento da ação”. Dessa maneira, sua maior característica é a satisfatividade sem ter cunho definitivo, o juiz em atendimento ao pedido solicitado na inicial concederá ao autor em cognição superficial e sumária. Nesse desiderato, continua o autor em epígrafe ao dizer que:

Se a tutela antecipada fosse total e tivesse caráter definitivo, e não provisório, o autor ficaria plenamente satisfeito. A sua pretensão teria sido alcançada. Isso não ocorre, porque **ela é sempre provisória**, e precisa ser substituída por um provimento definitivo. Por isso, a efetivação da tutela antecipada observará as normas referentes ao cumprimento provisório de sentença [...] (GONÇALVES, 2016, p. 325, grifo nosso).

Afirma Montenegro Filho (2016, p. 587, grifos do autor), que “**a tutela provisória antecipada** se preocupa com o **direito material**, sendo satisfativa, concedendo à parte o que só lhe seria atribuído por ocasião da prolação da sentença (tutela definitiva)”. Ademais, as pessoas físicas ou jurídicas que optarem por resolver seus conflitos no procedimento arbitral, se a parte antes de instituir a arbitragem recorrer ao judiciário, elas só poderão requerer a antecipação da tutela somente em litígios que provierem de contrato que tenha como objeto direitos patrimoniais disponíveis, de acordo com o dispositivo na legislação específica em seu artigo 1º da Lei de Arbitragem.

### 2.3.1 Probabilidade do Direito

A legislação em vigor dispõe que a parte deve demonstrar a probabilidade do direito para conceder a medida provisória urgente, portanto, nesta cognição sumária não são demonstrados de forma exauriente as provas do caso concreto, visto que o mesmo é litigioso e por isso tem que ser analisado de maneira mais abrangente. A saber, a provável evidência estabelecida no *caput* do artigo 300 do CPC contém proximidade com a verossimilhança superficial constatada pelo requerente com o objetivo de convencer o juiz da existência do elemento *fumus boni iuris* para ser concedida a antecipação da tutela (GONÇALVES, 2016). No mesmo sentido, Theodoro Júnior (2016, p. 623/624), complementa:

O juízo necessário não é o de certeza, mas o de verossimilhança, efetuado sumária e provisoriamente à luz dos elementos produzidos pela parte. Não se pode, bem se vê, tutelar qualquer interesse, mas tão somente aqueles que, pela aparência, se mostram plausíveis de tutela do processo.

No caso presente, o juiz, ao se convencer das alegações apresentadas, a depender da ameaça pairando o direito material do autor, pode conceder a medida de urgência *inaudita altera parte*, ou seja, antes de ouvir o réu, nos moldes do artigo 9º, parágrafo único, inciso I, do CPC (MONTENEGRO FILHO, 2016). Segundo o entendimento de Theodoro Júnior (2016, p. 631):

De sorte que a faculdade conferida ao juiz no art. 300, § 2º, só deve ser exercitada quando a inegável urgência da medida e as circunstâncias de fato

evidenciarem que a citação do réu poderá tornar ineficaz a providência preventiva. E, pelas mesmas razões, a decisão, ainda que sucinta, deve ser fundamentada.

As provas fornecidas pelo demandante com o propósito de conseguir a provisoriedade da tutela em caráter antecedente passarão pelo juiz que vai analisar se existe alguma situação de urgência juntamente com a probabilidade do direito, sob iminente coação de prejudicar o provimento final da demanda, ao qual o magistrado vai observar o caso concreto e, posteriormente justificar a decisão que conceder a tutela requerida (MONTENEGRO FILHO, 2016).

### **2.3.2 Perigo de Dano ou o Risco ao Resultado Útil do Processo**

A tutela de urgência antecipada tem como finalidade afastar o *periculum in mora* do processo. A parte deve alegar ao juiz este requisito que é característico da medida urgente, conforme o prejuízo que ela corre o risco de sofrer. Vale lembrar que não é necessário concretizar a certeza logo de início para ser concedida a tutela requerida, levando em conta que a decisão do magistrado é de cognição sumária e provisória (GONÇALVES, 2016). No entendimento de Theodoro Júnior (2016, p. 624):

Para obtenção da tutela de urgência, a parte deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela. E isto pode ocorrer quando haja o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessárias para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo.

No geral, estamos diante de uma situação em que o direito requerido provisoriamente pelo autor está em uma situação de urgência e, para ser concedida à parte, deve ser devidamente justificado o perigo irreparável mediante demonstração do dano que ela possa vir a sofrer (MONTENEGRO FILHO, 2016). Nessa toada, Theodoro Júnior (2016, p. 624/625):

O perigo de dano refere-se, portanto, ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio, seja em favor de uma ou de outra parte, o que não poderá ser alcançada caso se concretize o dano temido. Ele nasce de dados concretos, seguros, objeto de prova suficiente para autorizar o juízo de grande probabilidade em torno do risco de prejuízo grave.

A ameaça danosa pode originar de ação ou omissão do réu, cabendo a ele a proteção do bem, não o fazendo, resta ao autor tutelar ao órgão Judiciário a devida proteção por intermédio da provisoriedade. Por fim, se a demonstração alegada não for suficiente para convencer o juiz, não será concedida com base em um perigo de dano ou risco improvável do objeto litigioso (GONÇALVES, 2016).

### **3 A UTILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NO INSTITUTO DA ARBITRAGEM**

#### **3.1 CONVENÇÃO ARBITRAL E O DIREITO À TUTELA PROVISÓRIA**

A arbitragem é um meio heterocompositivo adequado para algumas situações litigiosas em que as partes possam vir a sofrer, é uma escolha de livre vontade e aceita por ambas as partes de um contrato, isso se for por meio de uma cláusula compromissória. Ao aceitar a convenção arbitral, por força da autonomia da cláusula incluída no contrato, a instituição arbitral torna-se obrigatória para solucionar a desavença existente.

Segundo Gaio Júnior (2016, p. 53/54), “[...] por meio da cláusula compromissória, as partes se comprometem a submeter à arbitragem eventual litígio futuro e incerto decorrente da execução do contrato por ambas pactuado, isso mediante cláusula acostada ao negócio jurídico [...]”.

No entanto, esse pacto não pode ser um obstáculo à concessão judicial da tutela provisória nos casos em que a urgência for anterior à instauração da arbitragem. A convenção arbitral tem caráter obrigatório e efeito vinculante, mas é defeso criar empecilho com o intuito de impedir as partes de se resguardar no Poder Judiciário no momento em que o processo arbitral não estiver propício para conceder a devida proteção demandada (TALAMINI, 2016).

De acordo com Ranzolin e David (2015, p. 313): “É claro que o processo judicial estatal, nessa hipótese, restringir-se-á ao exame da tutela de urgência; qualquer medida para processamento e julgamento do mérito da causa dar-se-á perante o árbitro [...]”.

A intervenção do Estado surge com a inevitável necessidade de urgência na interferência imediata do juiz togado, porque a demora para dar início ao processo arbitral está pondo em risco de dano o direito do demandante. Essa indisponibilidade temporária do árbitro pode gerar prejuízos a uma das partes, por isso, o órgão do Poder Judiciário que conhecer a ação será o que seria competente para julgar o mérito da causa se não houvesse a cláusula compromissória, em razão disso o magistrado precisa se limitar em somente deferir a tutela de urgência conservativa ou antecipada requerida pelo contratante (TALAMINI, 2016). No dizer de Amaral (2016, p. 469):

[...]. Essa providência emergencial visa, tão somente, a garantir a incolumidade do direito das partes, conferindo máxima efetividade à garantia fundamental à tutela jurisdicional tempestiva, efetiva e adequada, prevista no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição.

Caso presente, não há em hipótese alguma renúncia à convenção de arbitragem no momento em que a parte recorre à Justiça Estatal para tutelar uma medida cabível de urgência, também não cabe ao demandado questionar a existência da convenção no contrato, pois se trata de julgamento sumário e provisório e por isso não implica na decisão definitiva do árbitro, visto que o magistrado em decisão pré-arbitral visa somente a proteção do direito da parte, por essa razão a convenção permanece vigente para todos os seus efeitos (TALAMINI, 2016).

### 3.2 REFORMA ARBITRAL

Por intervenção do Senado Federal, em novembro de 2012 foi instituída uma comissão para reformar a lei de arbitragem. Conforme consolidação dos Tribunais acerca da eficácia da lei 9.307 de 1996 e confirmação de sua relevância no âmbito jurídico brasileiro. Durante todo o tempo de vigência até a proposta de reforma, houve um engrandecimento da utilização deste instituto, o que ocasionou o seu crescimento e, finalmente, a necessidade de aperfeiçoamento (MARTINS, 2016).

No ano de 2015 foi então sancionada a lei de reforma arbitral de nº 13.129, nas suas principais modificações na lei especial, o legislador decidiu alicerçar os entendimentos discutidos e conquistados durante todo esse tempo de vigência da arbitragem, uma relevante inclusão da reforma foram as referidas tutelas de urgência.

Foi com grande importância que esta disciplina sobreviveu em todas as fases desde o primeiro projeto de reforma até o final (KULESZA; CARRETEIRO, 2015). Nessa toada, Pachikoski (2015, p. 41):

O relacionamento Poder Judiciário – Tribunal Arbitral também fez parte do Projeto de Lei que pretendeu melhorar essa comunicação quer em relação às tutelas de urgência quer no que se refere às comunicações/requerimentos propriamente ditos.

Felizmente, a reforma veio com o intuito de inovar em vários pontos pacificados pela doutrina e jurisprudência, de práticas já utilizadas e que vieram para ganhar maior relevância na legislação, como, por exemplo, a inclusão do regime de tutela de urgência disciplinado pelos artigos 22-A e 22-B, que foram inseridos pela lei nº 13.129 de 2015 (MARTINS, 2016).

Ranzolin e David (2015, p. 304) explanam com sabedoria a utilidade do capítulo IV-A inserido na legislação, ao dizer que “[...] pode exsurgir a necessidade de tutela de urgência antes mesmo da instituição do processo arbitral, quando ainda não haverá árbitro para conhecer da postulação da medida [...]”.

No caso presente, a promulgação da lei de reforma não alterou os principais benefícios da arbitragem que são: celeridade, especialidade, confidencialidade e a segurança que as partes possuem. A presente alteração não pretendeu mudar o diferencial desse instituto. Outrossim, veio buscando fortalecimento no Brasil com mudanças relevantes de amplitude no âmbito jurídico, com maior liberdade na autonomia da vontade e materializando na lei entendimentos jurisprudenciais (PACHIKOSKI, 2015).

Como se observa, Cahali (2015, p. 294), em concordância com a matéria, em específico a tutela provisória, que era alvo de dúvidas referente à apreciação da concessão da medida urgente pelo judiciário, a jurisprudência, de acordo com o “[...] precedente do Superior Tribunal de Justiça no qual a relatora, Min. Nancy Andrichi, reconhece o acesso ao judiciário nesta situação peculiar, mesmo existente a convenção de arbitragem, sem afronta ao seu efeito vinculante [...]”. Em análise,

[...] é do Poder Judiciário a competência de decidir liminares anteriores à nomeação dos árbitros; todavia, tal decisão judicial fica sujeita à reanálise pelos árbitros, uma vez constituídos. Nesse sentido, é o célebre precedente

decorrente do RESP Nº 1.297.974 – RJ, no qual assim se pronunciou o STJ: '(...) 2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumira o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão' (NOGUEIRA, 2015, p. 86).

Antes mesmo da lei arbitral ser reformada, a jurisprudência pátria já possuía em seu entendimento a possibilidade da concessão da tutela antecipatória, de forma a consagrar no que diz respeito à tutela de urgência na apreciação da tutela antecipada antecedente pelo Poder Judiciário, quando ainda não houvesse ocorrido a instituição do procedimento arbitral (RANZOLIN, 2015).

A doutrina majoritária juntamente com o posicionamento jurisprudencial percorreu o caminho mais adequado para a concessão da tutela urgente, admitindo que se não houver árbitro instituído e competente para julgar e sanar a urgência, a parte ganhasse respaldo no poder judiciário, excluindo qualquer objeção impeditiva da busca antecipada da garantia do direito.

### 3.3 FASE ANTERIOR À INSTITUIÇÃO DA ARBITRAGEM

Antes da lei 13.129 de 2015 que reformou a arbitragem, os doutrinadores e posteriormente a Suprema Corte já haviam adotado o entendimento de que os árbitros têm a competência para conceder tutela de urgência, mas este meio de resolução de conflito, nem sempre vai conseguir socorrer o requerente a tempo de evitar uma iminente situação de urgência, visto que ainda não foi instituído o procedimento arbitral. No mesmo sentido, é:

No curso do processo arbitral – ou antes mesmo da instauração do tribunal arbitral – pode tornar-se imprescindível a concessão de medida que evite dano irreparável ou que torne inútil a decisão que será proferida. É preciso analisar o delicado relacionamento entre árbitros e juizes no que concerne a tutela cautelar e a antecipação de tutela (CARMONA, 2009, p. 322/323).



Isto é, enquanto não instituído o juízo arbitral, poderá a parte se socorrer das providências urgentes perante o Judiciário para a garantia e preservação do seu direito. Limitando-se o Poder Estatal à apreciação antecipada sendo ele impedido de julgar o mérito do litígio (CAHALI, 2015).

Segundo Gaio Júnior (2016, p. 66), “O árbitro deve aceitar a nomeação para que o juízo arbitral seja instalado”. Nesse caso, o juízo arbitral é formado para solucionar uma controvérsia após a aparição do conflito de interesse das partes, por força de uma cláusula compromissória inserida de comum acordo no contrato. E, conforme o artigo 19 da lei 9.307/1996, somente “Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”. O *caput* foi claro ao determinar que somente é definitivamente constituído o procedimento arbitral com a aceitação dos mesmos.

Levando em conta as peculiaridades escolhidas pelas partes, Kulesza e Carreiro (2015, p. 164) entendem que “A constituição do tribunal arbitral pode levar dias, semanas ou até mesmo meses [...]”.

Por sua vez, não parece sábio rejeitar o Poder Judiciário em um momento de emergência, mesmo existindo a convenção arbitral é possível e às vezes necessário recorrer ao órgão estatal para dirimir qualquer ameaça que possa tornar ineficaz a decisão final do árbitro, uma vez que a Corte Estatal já possui um juiz natural competente e, por isso, não precisa ser criado um tribunal especialmente para extinguir conflitos de interesse, ou seja, já existe na data da lide (KULESZA; CARRETEIRO, 2015).

No dizer de Gaio Júnior (2016, p. 79) subsiste a “[...] possibilidade de qualquer das partes recorrerem ao Poder Judiciário, mesmo que sob o manto de uma cláusula compromissória já existente, para solicitar a concessão de ‘medida cautelar ou de urgência’”.

Sendo impossível o árbitro exercer a competência imediata de analisar e julgar requerimento provisória de uma das partes, o Poder Judiciário pode exercer uma competência *stricto sensu* em razão da existência de uma convenção arbitral, conquanto não seja formado o tribunal exclusivo para o conhecimento e julgamento do conflito em questão (KULESZA; CARRETEIRO, 2015). Assevera Theodoro Júnior (2016, p. 649):

[...] o acesso à justiça não pode ser subtraído à parte, e se o órgão competente não se acha, ainda, em condição de proporcionar a tutela urgente, a justiça comum deverá proporcioná-la, na medida do possível, mesmo que o faça a título precário ou provisório [...].

A saber, é com louvável aceitação que o artigo 22-A incrementado pela lei de reforma nº 13.129 de 2015 elucida em sua redação o seguinte: “Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência”.

No dizer de Ranzolin e David (2015, p. 303) “[...] as regras adicionadas vieram a consagrar na legislação entendimentos que já vinham sendo consolidados pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tendo também institucionalizado elo de comunicação entre o árbitro e o Poder Judiciário [...]”.

Em análise última, o Poder judiciário sempre esteve sincronizado com o juízo arbitral, seja o magistrado confirmando uma convenção arbitral por meio de uma cláusula compromissória, ou pela necessidade anterior à instituição arbitral de analisar em competência limitada um requerimento de urgência da parte (PACHIKOSKI, 2015).

#### **4 CONCLUSÃO**

O presente trabalho teve como objetivo principal analisar a utilização da tutela antecipada no instituto da arbitragem, acerca da necessidade anterior à instituição arbitral, diante das inovações trazidas pela reforma da arbitragem (Lei nº 13.129/15) e o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), ambos sancionados em 2015. A atual mudança veio de maneira positiva e com intuito de preencher as lacunas advindas de todos esses 20 (vinte) anos de vigência da legislação arbitral, positivando em sua redação legal entendimentos jurisprudenciais que foram pacificados pelos tribunais.

A arbitragem é um meio heterocompositivo adequado para resolver conflito de interesse. Ao aceitar a convenção arbitral por meio de uma cláusula compromissória, as partes ficam obrigadas à instituição da arbitragem por força da autonomia da cláusula e o comprometimento que foi pactuado no contrato entre elas. Porém, o efeito vinculante da convenção arbitral não pode impedir umas das partes

de se socorrer no Poder Judiciário para resguardar o objeto em questão de um possível perecimento, durante todo o tempo em que o processo arbitral não tenha sido formado para analisar e conhecer a tutela antecipada requerida pela parte.

Diante de todos os argumentos elencados, a intervenção do Judiciário se torna indispensável, quando a urgência é anterior à instituição da arbitragem, pondo em ameaça o perigo de dano ou risco ao resultado útil à sentença final do árbitro, visto que a tutela de urgência a ser concedida pelo juiz togado tem caráter precário e provisório, não ocorrendo prejuízo no objeto a ser discutido no processo arbitral autônomo.

Por último, com base na pesquisa realizada, a possibilidade de uma das partes demandar tutela antecipada ao judiciário antes da instituição arbitral vem sendo adotada antes mesmo da reforma sancionada em 2015, por isso, já existia essa utilização, conforme julgados do Superior Tribunal de Justiça. O acesso ao judiciário não pode ser negado a nenhuma das partes, pois é uma garantia constitucional. Mas o magistrado estará limitado em somente conhecer a medida antecipada, sem adentrar no mérito da questão que é de competência absoluta do árbitro escolhido pelas partes para a resolução do litígio.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Carlos Augusto. Reflexões sobre os novos rumos da tutela de urgência e da evidência no Brasil a partir da Lei 13.105/2015. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores); DIDIER JR, Fredie (coordenador).

**Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório.** 2. ed. rev. e atual. conforme novo cpc. Salvador: JusPodivm, 2016. v.4.

AMARAL, Paulo Osternack. O regime das medidas de urgência no processo arbitral. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (organizadores).

**Arbitragem:** estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Planalto.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 maio. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Planalto.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 28 maio. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. **Planalto**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)>. Acesso em: 29 maio. 2017.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010**. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a lei 13.129/2015 (Reforma da Lei de Arbitragem), com a lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e o novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Acesso à Justiça, Tutela Antecipada e Técnicas Processuais. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores); DIDIER JR, Fredie (coordenador). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2. ed. rev. e atual. conforme novo cpc. Salvador: JusPodivm, 2016. v.4.

GRECO, Leonardo. A tutela da Urgência e a Tutela da Evidência no Código de Processo Civil de 2015. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores); DIDIER JR, Fredie (coordenador). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2. ed. rev. e atual. conforme novo cpc. Salvador: JusPodivm, 2016. v.4.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v.1.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Teoria geral da arbitragem: Manual básico para sala de aula**. Atual. de acordo com a lei 13.129/2015 e com o Novo Código de Processo Civil. Curitiba: Juruá, 2016.

MARTINS, André Chateaubriand. Correção e interpretação da sentença arbitral: novas perspectivas para antigas controvérsias. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (coordenadores). **A reforma da arbitragem**. atual. de acordo com o Novo CPC e com a lei 13.256, de 04.02.2016. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 2015.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. 12. ed. reform. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Atlas, 2016.

NOGUEIRA, Daniel F. Jacob. O Árbitro. In: **Manual de arbitragem para advogados**. Brasília: CACB/OAB, 2015.

NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os Contornos da estabilização da Tutela Provisória de urgência Antecipatória no novo CPC e o Mistério da Ausência de Formação da Coisa Julgada. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores); DIDIER JR, Fredie (coordenador). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2. ed. rev. e atual. conforme novo cpc. Salvador: JusPodivm, 2016. v.4.

PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. A Arbitragem e o Novo Código de Processo Civil. In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; MUNIZ, Joaquim de Paiva; RANZOLIN, Ricardo (coordenadores). **20 anos da lei brasileira de arbitragem**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

\_\_\_\_\_. Reforma da lei de Arbitragem. In: **Manual de arbitragem para advogados**. Brasília: CACB/OAB, 2015.

RANZOLIN, Ricardo; DAVID, Henrique. Consolidação do sistema das tutelas de urgência na arbitragem – com as modificações introduzidas pela Lei 13.129/15 e pelo Novo CPC. In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; MUNIZ, Joaquim de Paiva; RANZOLIN, Ricardo (coordenadores). **20 anos da lei brasileira de arbitragem**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

RANZOLIN, Ricardo. O procedimento Arbitral. In: **Manual de arbitragem para advogados**. Brasília: CACB/OAB, 2015.

TESSER, André Luiz Bäuml. As diferenças entre a Tutela Cautelar e a Antecipação de Tutela no CPC/2015. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores); DIDIER JR, Fredie (coordenador). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2. ed. rev. e atual. conforme novo cpc. Salvador: JusPodivm, 2016. v.4.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 57. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v.1.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e estabilização da Tutela Antecipada. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores); DIDIER JR, Fredie (coordenador). **Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório**. 2. ed. rev. e atual. conforme novo cpc. Salvador: JusPodivm, 2016. v.4.

KULESZA, Gustavo Santos; CARRETEIRO, Mateus Aimoré. Tutelas de Urgência na Lei de Arbitragem Reformada. In: HOLANDA, Flavia; SALLA, Ricardo Medina (coordenadores). **A nova Lei da Arbitragem Brasileira Lei nº 13.129/2015**. 1. ed. São Paulo: IOB SAGE, 2015.

**Artigo enviado em:** 01/10/2019

**Artigo aceito para publicação em:** 10/10/2019

## 5

**ATIVISMO JUDICIAL E SUPREMOCRACIA: PROTAGONISMO DA JUSTIÇA E CASOS CONTROVERSOS****JUDICIAL ACTIVISM AND SUPREMOCRACY: PROTAGONISM OF JUSTICE AND CONTROVERSIAL CASES**

---

**Severino Bruno Honório Gonçalves<sup>\*7</sup>****Emanuel Machado<sup>\*\*8</sup>****Rodrygo Tiago de Oliveira Bezerra <sup>\*\*\*</sup>****Ivana Atanásio Andrade <sup>\*\*\*\*</sup>****Valkíria Malta Gaia Ferreira <sup>\*\*\*\*\*</sup>**

**RESUMO:** O Ativismo Judicial e a Supremocracia tiveram sua origem nos Estados Unidos, ganhando maior destaque no ano de 1947, que após a corte máxima americana julgar vários casos polêmicos a época, atualmente o Ativismo tem um sentido negativo na esfera jurídica americana, estes fenômenos estudam o “super poder” do supremo, uma vez que praticam uma usurpação funcional, onde exerce poder distinto ao que lhe é conferido "Julgador"; e passam a usar a interpretação abrangente da Constituição para editar, anular e criar e leis.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ativismo, Judiciário e Supremocracia.

**ABSTRACT:** Judicial activism and supremacy had their origin in the United States, gaining greater prominence in the year 1947, that after the American maximum court judges several controversial cases the time, Activism today has a negative sense in the American juridical sphere, these phenomena study

---

\* Graduando em Direito do 10º da Faculdade Cesmac do Agreste. Artigo científico apresentado à banca examinadora do curso de graduação em Ciências Jurídicas, da Faculdade Cesmac do Agreste-Arapiraca, como exigência parcial a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

\*\* Advogado. Professor universitário.

\*\*\* Professor da Faculdade Cesmac do Agreste. Coordenador Geral do Núcleo de Pós graduação da mesma instituição. Especialista em Direito Processual. Mestre em Análise de Sistemas Ambientais. Advogado.

\*\*\*\* Servidora do Tribunal de Justiça/AL. Professora universitária. Mestra em Análise de Sistemas Ambientais.

\*\*\*\*\* Graduada em Ciências Biológica pela Faculdade de Formação de Professores de Arapiraca(Funesa) em 1993; graduação em Direito pelo Centro Universitário Cesmac (2000-2004); Pós-graduação "Lato Sensu" em Direito Processual(2004-2005) pelo Cesmac; Pós-graduação Lato Sensu em Direito Processual pela Esmal-Esamc (2005-2007) com o 1º Curso Preparatório para Magistratura do Estado de Alagoas; Pós- Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Mauricio de Nassau(2016-2017). Doutoranda em Letras, no programa de Pós Graduação strictu sensu, em Linguística e Língua Portuguesa, com a linha de pesquisa Linguagem e Enunciação: Interações Sociais e Práticas Discursivas - Análise do Discurso de linha francesa, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC MINAS, em fase de elaboração da tese. E-mail: valkíria.ferreira@cesmac.edu.br.

the "Superpower" of the supreme, since they practice a functional usurpation, where they may distract from what is conferred on him and begin to use the comprehensive interpretation of the constitution to edit, annul and create laws.

**KEYWORDS:** Activism, Judiciary and Supremocracy.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 O Supremo Tribunal Federal; 3 Ativismo judicial; 4 A supremocracia o "superpoder"; 5 Considerações finais; 6 Referências bibliográficas

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira na última década tem acompanhado um crescimento exacerbado do poder do Supremo Tribunal Federal pátrio, algumas vezes por lacunas no ordenamento jurídico, obscuridade nas leis, omissão do legislativo e ou por falta de controle de constitucionalidade que delimite o poder de atuação da corte Suprema do nosso país, sendo esta ultima hipótese base do mais aprofundada do nosso estudo, que tem como objetivo entender um pouco de alguns fenômenos que envolvem a participação do STF.

O Ativismo Judicial e a Supremocracia, não são fenômeno de origem brasileira, e muito menos recente, outros países como Estados Unidos, Alemanha e Índia, já passaram por tais situações.

Apesar de terem características muitas parecidas, e varias semelhança entre si, o Ativismo judicial e a Supremocracia tem correntes e estudiosos diferente, principalmente no Brasil, onde o Ativismo Judicial é discutido por varias doutrinadores pátrio, bem como muito mais profundidade, já a Supremocracia apesar de não ter sua origem no Brasil, existe um grande doutrinador, e autoridade no assunto o advogado e professor da Fundação Getúlio Vargas, Oscar Vilhena Vieira, que é um considerado referencia no assunto.

É tamanha importância temos conhecimento sobre tais fenômenos que atacam as nossas instituições jurídicas, que tem efeitos amplos na vida em sociedade, sendo essas decisões ativistas e Supremocraticas, refletindo imediatamente em nossas vidas, assim este trabalho visa esclarecer um pouco dos aspectos característicos desses institutos, tendo como metodologia de pesquisa buscar a



origem, a forma de atuação e opiniões e posicionamento doutrinário de autoridades no assunto, bem como explicação na literalidade da lei adequada aos casos práticos.

O protagonismo judicial, apesar de está presente na vida prática de todos, poucas vezes é notada, ou percebida por a maioria da sociedade, que muitas vezes leiga no assunto, não percebe, que a postura adotada pelo judiciário, não deve ser dotada de destaque midiático, ou atender exigências temporárias “modismo” mas sim uma atuação discreta, moderada com total conformidade com a lei, para que possamos ter uma segurança jurídica, e um conceito de justiça mais consistente, que não tenha interferência política em decisões que deveriam ser julgadas juridicamente, da mesma forma que o julgador, cumpra seu papel de julgar sem entra no campo do legislador, assim, os poderes atuem harmônico entre si.

## **2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Para entendemos melhor como funciona tais fenômeno é importante a priori entendemos como funciona o controle de constitucionalidade brasileiro, que se identifica com o controle misto, e os critérios usados para que ordenamento possa realizar o controle de constitucionalidade é denominado de subjetivo, dividindo em difuso e concentrado, entendendo essa breve explanação, irá fica a primeiro momento um pouco mais claro, o porquê de tanta critica relacionada ao excesso de poder do Supremo Tribunal, e seus casos controversos, logo após abordaremos um pouco sobre a origem da Supremocracia e o Ativismo Judicial.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, trás peculiaridades próprias do nosso país, essa mistura de modelos, raramente é vista em outras nações, na página oficial do Supremo Tribunal Federal na rede mundial de computadores, ele se autodescreve como:

Modelo híbrido de controle de constitucionalidade garante mais celeridade à Justiça brasileira

O Supremo Tribunal Federal (STF), a Corte constitucional do Brasil, tem entre suas atribuições promover o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Para cumprir este papel, a Suprema Corte utiliza um sistema híbrido, inspirado nos modelos anglo-saxão (Estados Unidos e Reino Unido) e europeu-continentar, tendo em mãos instrumentos que facilitam e geram economia de tempo ao julgamento de controvérsias sobre a interpretação da

Carta Magna: as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), as ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) e as arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs), cujas leis regedoras completam uma década neste final de ano.

No controle de constitucionalidade difuso – também chamado de "sistema aberto" –, todos os órgãos do Poder Judiciário realizam o controle. Este modelo foi criado pelos Estados Unidos. Já o controle concentrado – conhecido também como "sistema reservado" –, foi adotado inicialmente na Áustria. Ele permite que somente poucos órgãos do Judiciário tomem decisões a respeito da constitucionalidade de atos, sendo que quase sempre o controle é competência exclusiva de um só órgão, geralmente o mais elevado do Judiciário, como a Suprema Corte.

Segundo Paulo Blair, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), o Brasil é um dos poucos países do mundo que utiliza um sistema híbrido de controle de constitucionalidade. Segue a tradição anglo-saxônica – cujo controle é feito por meio de atos da primeira instância, com a possibilidade de ingresso de recursos – e a tradição da Europa Continental – onde o controle é efetuado pelas cortes constitucionais, desde que o caso seja remetido pelo primeiro grau à corte suprema.

Na visão do acadêmico, a aproximação desses dois modelos para promover o controle de constitucionalidade de leis e normas é uma evolução histórica. “No Brasil, o próprio Supremo pode originariamente declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma norma. As leis são parte de regulamentação do sistema de controle concentrado. Mais e mais, os dois sistemas estão convergindo, com análise do caso concreto, que tem reflexo em casos posteriores”, destaca.

Paulo Blair explica que a ADPF – regulamentada pela Lei nº 9.882/99 – é um instrumento para complementar a atuação da ADI e da ADC – ambas instituídas pela Lei nº 9.868/99 –, nos casos em que há omissão quanto ao cumprimento de um preceito fundamental (STF, 2017a, s.n.).

O hibridismo traduzido pelo modelo brasileiro, que une o “sistema aberto” usado nos Estados Unidos, com o modelo “sistema reservado Austríaco”, torna o Brasil com um sistema bastante peculiar ao resto do mundo.

Essa mistura sistemática por vezes garante um fortalecimento jurídico, visto que a deficiência de um sistema é suprida por outro, que por muitos é considerado um sofisticação jurídica, porém o “mix” deste modelo tem causado pontos bastante controversos e sido causa de bastantes discussões entre doutrinadores que acreditam que esse modelo dar um empoderamento exacerbado as cortes supremas, além de uma centralização desnecessária.

Desta forma, o STF acaba por trazer uma demanda absurdamente grande de processo, tornando praticamente impossível supri tamanha necessidade de tomadas de decisões em tempo hábil e razoável.

Continuando a sua explanação sobre seus modelos e sistema, a página oficial continua trazendo informações sobre a forma de atuação e seus efeitos.

#### Efeitos para todos

Um dos principais estudiosos do tema no Brasil, o presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, tem abordado com frequência o assunto em palestras que ministra por todo o mundo, destacando a relevância das ADIs, ADCs e ADPFs para garantir mais celeridade aos julgamentos de controvérsias constitucionais. Isso porque essas ações têm efeitos *ex tunc* (anula a lei desde a sua criação), *erga omnes* (vale para todos) e vinculante para todo o Poder Judiciário e para todos os órgãos da Administração Pública, direta e indireta, não abrangendo, apenas, o Poder Legislativo.

Em palestra proferida no dia 27 de outubro de 2008, em Harvard, nos Estados Unidos, Gilmar Mendes explicou que o controle de constitucionalidade no Brasil pode ser caracterizado pela “originalidade e diversidade de instrumentos processuais destinados à fiscalização da constitucionalidade dos atos do poder público e à proteção dos direitos fundamentais”. E, segundo ele, essa diversidade de ações constitucionais próprias do modelo difuso é ainda complementada pelas ADIs, ADCs e ADPFs, instrumentos voltados ao exercício do controle abstrato de constitucionalidade.

“O controle judicial de constitucionalidade de leis tem-se revelado uma das mais eminentes criações do direito constitucional e da ciência política do mundo moderno. A adoção de formas variadas nos diversos sistemas constitucionais mostra, por outro lado, a flexibilidade e a capacidade de adaptação desse instituto aos mais diversos sistemas políticos”, defendeu em sua exposição em Harvard.

De acordo com o presidente do STF, o sistema híbrido de controle de constitucionalidade adotado no Brasil é um exemplo que já vem sendo seguido por muitos países. “A jurisdição constitucional dos diferentes países é caracterizada por modelos híbridos, constituídos de forma criativa de acordo com a heterogeneidade cultural de que caracteriza a região. O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade é exemplo dessa heterogeneidade e da contínua evolução por que têm passado os diferentes sistemas de jurisdição constitucional pelo mundo”, concluiu.

Para o ministro do STF Marco Aurélio Mello, a importância dessas ações de controle abstrato de constitucionalidade “está na segurança jurídica, que é um princípio básico da nossa República”. “Quando o Supremo se pronuncia, nós temos uma decisão passível de ser enquadrada como definitiva. Ou seja, nós exercemos a jurisdição restabelecendo, numa gradação maior, a paz social”, afirma (STF, 2017a, s.n.).

O efeito “*erga omnes*”, é uma forma de uniformizar as demandas jurídicas de todos os Tribunais do país, buscando alcançar uma segurança jurídica, para que em casos iguais não tenhamos decisões diferentes, não seria admissível que uma decisão tomada no Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, ferindo direitos constitucionais, que em mesmas circunstâncias e condições, seja diferente da decisão do Tribunal de Justiça estado do Rio de Janeiro.

Por isso, a Jurisdição brasileira adotou o efeito vinculante, através das “súmulas vinculante”, que nada mais é do que resumos compilados das decisões, que

só adquire esse status vinculante, de decisões proveniente da Corte Suprema Federal, e de matérias com repercussão geral.

É de maneira impressionante com esses julgados da Corte Maior, vem se notabilizando no cenário nacional, e isso deve ser visto por bons olhos, visto o interesse da população em acompanhar a promoção da justiça, e conseqüentemente fica bem informada. Porém esse não é o grande problema, na verdade nem sequer é um problema, mas esse interesse em massa acarreta um aparato midiático impressionante, afastando a figura simbólica do julgador, como homem discreto e imparcial.

Essa exposição acabar por enaltecer a vaidade do julgador, distanciando cada dia mais do mundo jurídico, e cada julgado de notória visibilidade é comemorado com um gol, equiparando ao jogador de futebol que joga pra sua torcida, que antes mesmo do julgamento muitas vezes já se sabe o voto de cada Ministro.

## 2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL

Já no que tange Ativismo Judicial, temos como base, um judiciário proativo, que chama para se a responsabilidade na falta de outro poder para dirimir situações controversas e sem resposta nos três poderes e nosso ordenamento jurídico, sendo encarado por muito doutrinadores como um Superpoder, comparado com o poder Moderador da época do império, onde na dúvida de conflitos o imperador a "ultima ratio" a palavra final,

O ativismo judicial apesar de ser fenômeno antigo, ganhou força nos EUA, em 1947, por um artigo publicado por um jornalista norte americano, que conceituava como ativistas aqueles que usavam seu poder de julgador, para aplica-lo usando meios não puramente técnicos, e sim sob o argumento, embora que travestido judicialidade, pregavam mais o apelo de justiça social de valores de próprio cunho, muitas vezes se afastando da literalidade da lei.

Desta forma os EUA, teve um período que ficou marcado na historia da Suprema Corte Americana, a chamada era "Era Lochner" (1905-1947) (NETO, 2017), onde a necessidade de analisar o devido processo legal foi à justificativa usada para declarar que os objetivos que o legislador procurava atingir pela edição da lei

impugnada estavam fora do âmbito reservado pela Constituição ao poder legislativo. Como afirmou Bernard Schwartz, “[...] ao afirmar a invalidade da lei, a Corte substituiu o julgamento do legislador pelo seu próprio e decidiu por si mesma que a lei não era razoavelmente relacionada a nenhuma das finalidades sociais para as quais o poder de polícia podia ser validamente exercido [...]” (*apud* COSTA, 2017, s.n.).

A Corte Suprema não fazia apenas a gerência entre meios e fins, mas um controle muito restrito sobre as finalidades feitas pelo legislador. Assim, a Corte Suprema Americana passou a considerar a inconstitucionalidade das leis de cujo conteúdo a maioria dos seus membros discordasse. Desta forma o julgador começou a ignorar o princípio da razoabilidade, dessa maneira a instituição máxima do Judiciário chegou a exercer as funções de um “super-legislador”, se colocado como um poder superior e de extrema sabedoria em relação aos outros.

O Ativismo Judicial encontra um terreno bastante fértil, visto que a lacuna constitucional deixada pelo legislador acaba por deixar um limbo, que muitas das vezes não é solucionado aonde deveria ser, que é no legislativo, daí o apelo pela resolução do problema deixa por ativa o Judiciário, que é visto pela sociedade como instituição de maior credibilidade que a classe política, que não é novidade para ninguém, a descrença na classe política diante de tantos casos de corrupção, mal este que não é apenas peculiar ao Brasil.

Então como visto o Judiciário por ser ativado diversas vezes, até de maneira equivocada, acaba por gerar algumas controvérsias, e casos bastante polêmicos como a perda do mandato por troca de partido, cláusula de barreira e a liberação de pesquisas com células-tronco embrionárias.

Mas a falta de credibilidade, ou a atuação a quem da esperada, não pode ser usada como pretexto, para que o judiciário invada de maneira inconsequente a área de atuação de outros poderes, fazendo isso apenas irá favorecer a uma crise institucional.

## 2.2 A SUPREMOCRACIA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 mudou totalmente a maneira de atuação do Supremo Tribunal Federal, o aumento do poder

do Supremo nestes últimos anos não é novidade, não precisa de um olhar tão técnico e aprofundado para perceber, assim não precisa pensar muito para perceber um tema de grande importância que afeta diretamente nas nossas vidas, que seja de política contemporânea ou assuntos de relevância, que este não tenha passado pelo crivo jurisdicional ou tenha intervenção do Supremo Tribunal Federal.

Diversos são os motivos para tal destaque exacerbado do STF em nosso ordenamento jurídico e até político. Como havia falado antes, a Constituição de 1988 confere tais poderes, e ambições sem tantas delimitações ao a Corte Suprema, que em sua origem tem a intenção de corrigir, editar ou sanar vício do legislador, que muitas vezes tá bem percam, e muito na função do seu ofício, Ao guardião da Carta Magna, é atribuído varias funções como a tribunais constitucionais, onde é responsável por julgar toda ato que em tese venha fere a nossa constituição, assim também como sanar a omissão dos poderes Executivo e Legislativo.

Também é função e é competente para julgar os foros judiciais especializados, onde a ele cabe julgar os agentes que tenham a prerrogativa de função, por ultimo é atribuição do mesmo, ser a corte que julga todos os processos de ultimas instância, quando não é cabível mais nem o meio de recurso, cabe pedi socorro ao supremo. Na mitologia "Paladino", é um guerreiro sagrado, é um herói, um paladino é um salvador e destemido guerreiro, de caráter inquestionável que sempre esta disposta a proteger os fracos e lutar por causas justas, este que sempre trilha trajetória da verdade, da lei e ordem, Pois desta forma, na figura de um herói mitológico é que se assemelha a atuação do Supremo, após a Constituição Federal de 1988, onde tudo que seja questionável, independente de competência, circunstância, terá como solução.

A abrangência e acúmulo de atividades, além de tornar o supremo um super poder, também o tornam praticamente incapaz de julgar tantos casos, assim julgando que envolvem políticos envolvidos na maior operação de corrupção brasileira a "A operação Lava Jato", ao caso da ação penal contra Afanásio Guimarães (STF, 2017b), acusado de ter roubado duas galinhas no interior de Minas Gerais, ora, é razoável uma Corte Constitucional julgar um caso de tanta irrelevância. Desta forma, torna-se humanamente incapaz 11 (onze) Ministros julgarem um volume tão grande de processo, que a casa ano só vem crescendo.

Assim com o Status que lhe é conferido o STF vem colecionando processos polêmicos, deste modo, constantes são ADIN, ADC e ADPF, que causam desconforto aos mais legalistas e conservadores, bem como, uma crise institucional, onde os três poderes não se harmonizam entre si, nesta linha vamos cita alguns desses casos que causaram polemicas (STF, 2017c), como o caso que declara inconstitucional a 6ª lei do estado do Ceará que considera a Vaquejada como patrimônio cultural”, tendo uma enorme repercussão na região norte e nordeste do país, bem como a mobilização de “ONGS” e associações e conselhos de classes profissionais, também teve grande polemica à autorização da interrupção da gestação até o terceiro mês (CONJUR, 2017).

### **3 ATIVISMO JUDICIAL**

O Ativismo Judicial é bastante criticado por doutrinadores, devido a uma postura proativa do poder Judiciário, onde muitos estudiosos entendem que o Judiciário deve ter o comportamento mais imparcial possível, desta forma se exime ao Maximo em envolvimento que tenha cunho político, deixando tal responsabilidade ao legislador.

Torna-se evidente, no judiciário brasileiro, em escalas e níveis diferentes, que o fenômeno da autocontenção não tem tido a eficácia adequada para nivelar e ponderar os limites dos ativistas judiciários.

O ativismo judiciário, não pode ser percebido apenas como característica da jurisdição brasileira, para ele, atuações amplas e fora das suas atribuições legais são encontrada em vários outros países, como se fosse um algo mais ligado à pessoa, do que mesmo a instituição, o grande diferencial seria a forma de controle, que em alguns países com sistemas jurídicos mais rígidos, acabam por minimizar as posturas ativistas dos julgadores, ao ponto do fenômeno ter uma atuação tão discreta, tornando ele irrelevante nessas sociedades.



### 3.1 POSIÇÃO CONTRÁRIA

A primeira crítica ao ativismo judicial diz que o Poder Judiciário não tem legitimidade democrática para, em suas decisões, desta forma se questiona que o poder legislativo não obteve o voto direto do povo, ato Maximo da democracia. Então, o Poder Judiciário, com seus integrantes que não foram eleito pelo voto “eleitos, não poderia mudar, ou criar, ou expandi de maneira diversas leis elaboradas por representantes do povo, escolhido pelas eleições diretas, ao qual lhe a este sim é cabível o papel de legislador” (CARMONA, 2017, s.n.).

Assim, este poder não teria legitimidade. Discutisse também em contra a ponderação de princípios, método utilizado pelo Poder judiciário para interpretação da constituição para a pratica do ativismo judicial.

Por ter uma análise muito abrangente e extensiva abrindo margens para que o judiciário use imoderadamente, passando por cima do princípio da ponderação.

Daniel Sarmento questiona, ao mesmo tempo em que critica as atitudes judiciais no que tange a fundamentação dos princípios que são abrangidos de forma extensiva em moderação:

E a outra face da moeda é o lado E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico (SARMENTO, 2007, p. 144).

Para Daniel, os julgadores fascinados pelo poder decisório, acabam por usar os princípios constitucionais, para legislar, ampliar e cria sua “própria legislação”, visto vasto campo e a importância dos princípios da carta maior, para o autor, os princípios seria a “desculpa” para o judiciário ampliar seu poder, sobre legislativo e o executivo.

### 3.2 CONTROVÉRSIAS DO ATIVISMO JUDICIAL E CASOS POLÊMICOS

No que tange assunto Ativismo Judicial, polêmica parece esta de mãos dadas, são inúmero casos em que após julgamentos do STF termos duras críticas a atuação. Muitas vezes sendo questionadas, a modo de ser até comprometedora contra a respeitável instituição, gerando assim certo desconforto, e minando lentamente a credibilidade do supremo, alguns casos ganharam maiores notoriedade, alguns deles são a perda do mandato por troca de partido, cláusula de barreira e a liberação de pesquisas com células-tronco embrionárias.

Vamos discorrer sobre alguns aspectos e características peculiares de alguns desses, casos, que foram à época destaque em noticiários, revista, jornais e no próprio meio acadêmico, ao ponto até mesmo de um leigo em direito questiona se realmente o Supremo Tribunal Federal esta efetivamente Legislando.

### 3.3 PERDA DO MANDATO POR TROCA DE PARTIDO NÃO SE APLICA A ELEIÇÕES MAJORITÁRIAS

No dia 27 de maio de 2015, ocorreu a sessão plenária sobre perda do mandato por troca de partido e sua aplicabilidade nas eleições majoritárias na ADI 5081. O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que não se aplica aos cargos do sistema majoritário de eleição (prefeito, governador, senador e presidente da República) a regra de perda do mandato em favor do partido, por infidelidade partidária, referente aos cargos do sistema proporcional (vereadores, deputados estaduais, distritais e federais).

Para Advocacia Geral da União (VIEIRA, 2017), defende o não conhecimento da ação direta, considerando que, no julgamento da ADI 3.999/DF e da

ADI 4.086/DF, Se utilizado como parâmetros os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. No mérito, opina pela improcedência do pedido, alegando que a obrigação de filiação partidária como condição de elegibilidade, disposta no art. 14, §3º, V, da Constituição, e o dever de fidelidade partidária, imposto pelo art. 17, §1º, 4 incidem tanto para eleições proporcionais quanto para eleições majoritárias, inexistindo restrição constitucional expressa à sua incidência nos pleitos regidos pelo sistema majoritário.

Para a Procuradoria Geral da República (WEBNODE, 2017, s.n.), que ação foi ajuizada pelo Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, sustentava-se que a mudança de partido por titulares de cargos eleitos pelo sistema majoritário não se submete à regra, já firmada, de perda de cargo dos eleitos pelo sistema proporcional. Afirmou-se pela PGR que “a drástica aplicação da perda do mandato, fruto do sistema proporcional, não se estende ao sistema majoritário”, disse Janot, no Plenário.

O relator da ADI, ministro Luís Roberto Barroso, destacou em seu voto as diferenças entre os sistemas de eleição majoritário e proporcional. Nas eleições pelo sistema proporcional (vereadores, deputados estaduais, distritais e federais), é possível votar tanto no candidato quanto no partido.

Os votos do partido e de outros candidatos do mesmo partido ou coligação aproveitam aos demais candidatos, portanto há razões lógicas para que o mandato pertença ao partido. Assim, diferentemente ocorre com os cargos do sistema majoritário de eleição (prefeito, governador, senador e presidente da República), onde o eleitor identifica claramente em quem vota. O relator votou pelo provimento da ADI 5081.

Se a soberania popular integra o núcleo essencial do princípio democrático, não se afigura legítimo estender a regra da fidelidade partidária ao sistema majoritário, por implicar desvirtuamento da vontade popular vocalizada nas eleições. Tal medida, sob a justificativa de contribuir para o fortalecimento dos partidos brasileiros, além de não ser necessariamente idônea a esse fim, viola a soberania popular ao retirar os mandatos de candidatos escolhidos legitimamente por votação majoritária dos eleitores”, declarou o relator.

Ficou claro, que no caso supracitado houve consenso entre os Ministros do STF, porém, não houve uma boa aceitação entre integrantes do poder legislativo, que

se sentiram prejudicados pela falta de liberdade, para a escolha de seus partidos, apesar da decisão ter tido uma ótima aceitação na sociedade.

A “demonização” da política pela sociedade, e os descrédito dos políticos, tem tornando os tribunais, verdadeiras casas legislativa, não raro de se encontra Ministros sendo convidado para jantares particulares de políticos, e fora da agenda oficial, também é comum Ministro participarem de coletivas de imprensa expondo opiniões sobre casos, justificando tomada de decisões por fatores externo e estranho ao processo.

Essa descrença social acaba por cria uma falsa impressão que o poder judiciário, pode intervi em funções que não são suas, talvez para o censo comum, isso seja algo normal, porém é inominável o prejuízo que acarreta os poderes, que precisam trabalha de forma harmoniosa.

### 3.4 CLÁUSULAS DE BARREIRA

A cláusula de barreira, é uma norma delimita o funcionamento parlamentar ao partido que não atinge uma certa quantidade de votos, avaliada em termo percentuais. A regra foi aprovada pelo Congresso no ano de 1995 para ter sua vigência a parti da eleição de 2006, porém antes mesmo foi considerado inconstitucional pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal, com a afirmativa que prejudicaria os partidos com menor expressividade representativa. Assim diz que a sigla com menos de 5% dos votos do território nacional, não teriam direito a representação partidária e também não poderia participar com integrantes titulares de comissões, desta forma também não iria participar das Comissões Parlamentares de Inquérito, iriam ter seu tempo propaganda obrigatória restrito em rádios e televisões, teriam o direito excluído de participação de lideranças da Mesa Diretoria, etc.

É notável que a cláusula de barreira, também conhecida como cláusula de exclusão ou cláusula de desempenho, tem como finalidade, exime do mundo políticos os pequenos partidos políticos, quem na grande maioria das vezes são representantes das minorias, tendo uma importância fundamental na democracia brasileira, para que podemos equipara direitos através da luta, a cláusula de barreira se aprovada, provavelmente iria garanti aos grandes partidos políticos um hegemonia política,

porém, o que estamos debatendo, esta longe de ser uma questão ética, mas sim, os moldes jurídicos da atual estrutura do país, que com um “super poder” esta extrapolando a sua competência funcional. Por mais que seja uma regra questionável, ética e moralmente, talvez tais ponderações não tivessem que ser resolvidas no Congresso? Talvez a população se caso achasse pertinente, não deveria reivindicar a moralidade da norma?

Tais questionamentos suscitados anteriormente talvez não tenham resposta simples, sabendo que tais questões são complexas, que envolvem caráter moral do Congresso, este que anda em descrença com a sociedade, ou também a falta de interesse e politização da sociedade.

Mas é inquestionável a usurpação do poder de competência do STF, sendo sabido que o assunto é restrito ao interesse do Congresso no papel de legislador, apenas em casos contrários com exceções no que fere a nossa Carta Magna.

### 3.5 PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

O Supremo Tribunal Federal (2017d) decidiu que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana:

Esses argumentos foram utilizados pelo ex-procurador-geral da República Claudio Fonteles em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510) ajuizada com o propósito de impedir essa linha de estudo científico. Para seis ministros, portanto a maioria da Corte, o artigo 5º da Lei de Biossegurança não merece reparo. Votaram nesse sentido os ministros Carlos Ayres Britto, relator da matéria, Ellen Gracie, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello. Os ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes também disseram que a lei é constitucional, mas pretendiam que o Tribunal declarasse, em sua decisão, a necessidade de que as pesquisas fossem rigorosamente fiscalizadas do ponto de vista ético por um órgão central, no caso, a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep). Essa questão foi alvo de um caloroso debate ao final do julgamento e não foi acolhida pela Corte. Outros três ministros disseram que as pesquisas podem ser feitas, mas somente se os embriões ainda viáveis não forem destruídos para a retirada das células-tronco. Esse foi o entendimento dos ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau. Esses três ministros fizeram ainda, em seus votos, várias outras ressalvas para a liberação das pesquisas com células-tronco embrionárias no país.

Desta forma votaram os Ministros (STF, 2017d):

Carlos Ayres Britto (relator) Relator da ADI 3510, o ministro Carlos Ayres Britto votou pela total improcedência da ação. Fundamentou seu voto em dispositivos da Constituição Federal que garantem o direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à pesquisa científica. Destacou, também, o espírito de sociedade fraternal preconizado pela Constituição Federal, ao defender a utilização de células-tronco embrionárias na pesquisa para curar doenças. Carlos Britto qualificou a Lei de Biossegurança como um “perfeito” e “bem concatenado bloco normativo”. Sustentou a tese de que, para existir vida humana, é preciso que o embrião tenha sido implantado no útero humano. Segundo ele, tem que haver a participação ativa da futura mãe. No seu entender, o zigoto (embrião em estágio inicial) é a primeira fase do embrião humano, a célula-ovo ou célula-mãe, mas representa uma realidade distinta da pessoa natural, porque ainda não tem cérebro formado. Ele se reportou, também, a diversos artigos da Constituição que tratam do direito à saúde (artigos 196 a 200) e à obrigatoriedade do Estado de garanti-la, para defender a utilização de células-tronco embrionárias para o tratamento de doenças.

Ellen Gracie A ministra acompanhou integralmente o voto do relator. Para ela, não há constatação de vício de inconstitucionalidade na Lei de Biossegurança. “Nem se lhe pode opor a garantia da dignidade da pessoa humana, nem a garantia da inviolabilidade da vida, pois, segundo acredito, o pré-embrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento, o útero, não se classifica como pessoa.” Ela assinalou que a ordem jurídica nacional atribui a qualificação de pessoa ao nascido com vida. “Por outro lado, o pré-embrião também não se enquadra na condição de nascituro, pois a este, a própria denominação o esclarece bem, se pressupõe a possibilidade, a probabilidade de vir a nascer, o que não acontece com esses embriões inviáveis ou destinados ao descarte”.

É nítido o tamanho da complexidade do tema, bem como a incapacidade técnica e científica de ministros julgarem apenas com base na constituição federal, visto que a carta maior apesar da sua amplitude, não trás em seu bojo, assunto sequer algo parecido, sendo totalmente omissa nesse assunto, assim, os ministro ao invés atribui esta função ao poder competente, simplesmente usam princípios extremantes amplos e genéricos, ao qual não atinge e muito menos se aprofundam ao tema que esta em debate, sendo um julgado meramente fictício de princípios legais.

### 3.6 ATIVISMO JUDICIAL X AUTOCONTENÇÃO

O ativismo e a autocontenção judicial, têm tido um grande em embate e posições totalmente opostas. Não é apenas no Brasil ocorre essa disputa doutrinaria, mas em sim em todos os país que adotam o modelo de Corte Suprema e Tribunais

Superiores, algo inerente ao DNA do modelo, que sempre tem acalorados debates. Talvez seria impossível adotar tais modelos com concordância absoluta, esses movimentos tendem a se revezar no consenso doutrinadores, como se fosse um pendulo, onde atinge os dois extremos, tais condições dependem muito do momento e da atual situação política que o país está enfrentando.

Defende Barroso (2017, s.n.) que a “principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo invadir o campo da criação livre do Direito”.

Apesar de duramente criticado pelo estudioso mais legalista, que apoiam autocontenção do poder judiciário, que acha que o julgador deve explorar o Máximo o texto normativo da lei, sem que em momento algum precise se afastar do mesmo para alcançar objetivos diversos. Porém o ativismo visto tem seu lado positivo, quando o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo, e isso não se passa apenas no Brasil.

#### **4 A SUPREMOCRACIA O “SUPERPODER”**

O termo “Supremocracia” (VIEIRA, 2017) refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes. Oscar Vieira, em sua obra, faz críticas a Supremocracia, fala na ambição constitucional, o excesso de poder, o protagonismo do Supremo, competências superlativas, na mesma obra também fala sobre a agenda lotada do STF, afirmando que há uma concentração e uma centralização do poder no Supremo, e também cita casos que já foram acima supracitado, no tocante ao ativismo Judicial como caso de células troncos embrionárias.



## 4.2 INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI CEARENSE QUE REGULAMENTA VAQUEJADA

Um dos casos mais recentes da atuação sem limites do STF, foi a ADI 4983, que considerou inconstitucional da lei cearense que regulamenta vaquejada. Sendo essa medida disposta a eximi uma cultura secular, e um esporte genuinamente brasileiro, sendo um dos esportes mais praticados na região nordeste, não só sendo restrito ao nordeste, mas com abrangência ao todos os estados brasileiros.

A vaquejada, é a festa mais popular e tradicional do ciclo do gado nordestino. De início a vaquejada, marcava apenas o encerramento festivo de uma etapa de trabalho. Reunir o gado, ferá-lo, castrá-lo e depois conduzi-lo para a "invernada" onde ainda existissem pastos verdes - esse era o trabalho essencial dos vaqueiros. Os coronéis e senhores de engenho, após perceberem que a vaquejada poderia ser um passatempo para as suas mulheres, e seus filhos, tornaram a festa um novo esporte. Os coronéis e senhores de engenho começaram a organizar algumas disputas, onde os participantes eram os vaqueiros<sup>16</sup>. Atualmente, a vaquejada é uma festa que se comemora sobre um cenário em que dois personagens essenciais são os bois e o vaqueiro.

A ADIN 4983, de forma inconsequente, devidos a tamanho despreparo dos Ministros no referido assunto, visto que alguns dos Ministros defenderam a inconstitucionalidade de uma pratica, citado outra totalmente diferente, com bases em informações de ativista de proteção animal, e embasamento de extremistas de algumas organizações não governamentais.

Após o julgamento, tamanho foi a repercussão não região, lá pairava uma insegurança jurídica, visto que norma era apenas um precedente, não tendo assim seu efeito vinculante e "erga omnis" , pois a ADIN apenas tratava da lei estadual do estado do Ceará, desta causou um enorme prejuízo a população, onde vários eventos foram cancelados a partir dos entendimentos nos Tribunais de Justiça Estaduais.

Cabe esclarecer o tamanho do impacto sobre a decisão do STF, deixando cidades inteiras sob-risco de não consiga sua existência econômica, como o caso da cidade de Cachoerinha-PE, que tem como sua principal atividade econômica a vendas

de matérias que formata a pratica cultural e esportiva, como equipamento de proteção animal, celas, arreios, botas e roupas.

#### 4.4 RECONHECIMENTO DA VAQUEJADA COMO PATRIMÔNIO CULTURAL É APROVADO EM COMISSÃO

Depois de uma decisão um tanto quanto polêmica, houve uma grande mobilização da sociedade, principalmente a da classe vaqueira, que fizeram várias manifestações em redes sociais, também todas as categorias das classes envolvidas fizeram protesto na capital do país, assim conseguiram mostrar um pouco do que estava escondido e a sociedade não conhecia. Desta forma, sobre muita pressão a PLC 24/2016 , de autoria do deputado Capitão Augusto (PR-SP), A pedido do senador Otto Alencar (PSD-BA), foi aprovada em caráter de urgência para sua análise pelo Plenário pelo Senado. Esse caso é um bastante emblemático, mostrando que muitas vezes o STF, causa grande prejuízo social e financeiro ao passo que se equivoca em suas atribuições.

#### 4.3 INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO ATÉ O TERCEIRO MÊS

Os ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Edson Fachin (STF, 2017e), entenderam que a criminalização do aborto até o terceiro mês da gestação não é crime porque viola os direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. Os ministros Marco Aurélio e Luís Fux não entraram na discussão sobre a criminalização, mas também votaram pela liberdade dos médicos e funcionários por não concordarem com a prisão preventiva.

Em 2012, o STF já havia decidido, em julgamento histórico (STF, 2018f), se posicionar a favor da descriminalização do aborto de fetos anencéfalos. Agora, pelo menos três ministros da corte sinalizaram que votariam a favor da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez em outros casos. Não há, no Supremo, no entanto, nenhuma ação pedindo que não seja crime abortar.

O relator do caso era o ministro Marco Aurélio, que votou “pela liberdade apenas por entender que não cabia prisão preventiva nesse caso”. O ministro Barroso

pediu vista e devolveu o processo com outras justificativas. Ele acabou sendo o voto vencedor e relator para o acórdão.

O caso analisado ocorreu em Xerém (POLÍCIA CIVIL DO RJ, 2017). Uma clínica clandestina para realização de aborto foi fechada pela polícia, em 2013, e funcionários e médicos foram presos. Em seguida, após serem soltos pelo juiz da Comarca de Duque de Caxias, a 4ª Câmara Criminal decretou a prisão preventiva dessas pessoas, que estão detidas até agora. No acórdão da decisão (O GLOBO, 2017, s.n.),

A maioria da Primeira Turma afirma que a criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: “os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria”. Para os três ministros, a tipificação do crime de aborto violaria, também, o princípio da proporcionalidade porque não produz “impacto relevante” sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; ser possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho; por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. A Primeira Turma assinala também “que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime”. E cita os Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. Ao votar sobre o caso, Barroso afirmou que criminalizar o aborto viola a autonomia da mulher.

Fica evidente a profundidade do caso, ao qual STF abriu precedente, o assunto é de tamanha delicadeza onde a divergência entre os políticos do congresso, na doutrina Penal e na própria sociedade, onde a questão envolve religião, saúde pública, direito a vida (apesar do código civil não considera a personalidade jurídica do feto).

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de tudo que foi exposto, vimos o quanto o assunto ainda precisa ser explorado, cabe esclarecer que o atual modelo híbrido de controle de

constitucionalidade, tem as suas vantagens, como exemplo a celeridade processual, porém também carrega em suas costas o ônus, de muitas vezes ser mal interpretado.

Apesar do fenômeno do ativismo judicial e da “supremocracia” não serem oriundos do Brasil, aqui encontraram terreno fértil para prosperar. Esses fenômenos são, muitas vezes, vistos de forma negativa, levando à visão de que a instituição possui “super poderes” que extrapolam sua competência. Também são vistos como uma forma de sanar vícios e omissões dos legisladores que muito deixam a desejar, dessa forma abrindo margem para a ampliação dos poderes e a conseqüente desarmonia entre eles.

Desse modo, a ambição constitucional conferida pela CRF/1988 ao Supremo Tribunal, o torna a cada dia com fila processual gigantesca, sendo esta responsável por ser uma corte revisional e julgar casos de foro de prerrogativa especializada, sendo humanamente impossível todos os processos serem julgados de maneira hábil e cautelosa.

Assim, tanto pelo ativismo como pela supremocracia, a falta de uma autocontenção, gera certo desconforto na sociedade, pelo fato da Corte máxima extrapolar sua atuação funcional, onde esta deveria ter a mínima intervenção, ou apenas se envolver sobre risco assuntos que causem risco a constituição e seus princípios basilares.

Desta forma, destacamos a importância do Supremo Tribunal Federal, bem como expomos algumas críticas a sua forma de atuação em alguns casos, para percebermos que o atual modelo brasileiro precisa demarcar mais o poder do STF, para que as instituições trabalhem harmonicamente entre si. Desta maneira, vale destacar a importância da corrente de autocontenção para obter êxito na forma de atuação desejável.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Roberta Rabelo Maia Costa. Do ativismo judicial à autocontenção: o exemplo norte-americano. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3959, maio/2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27734>>. Acesso em: 06/02/2017.

BARROSO. Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.**

Disponível em:

<[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>  
. Acesso em: 01/02/2017.

CONJUR. **Supremo julga inconstitucional lei cearense que regulamenta vaquejada.**

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-06/stf-julga-inconstitucional-lei-cearense-regulamenta-vaquejada>>. Acesso em: 26/01/2017.

CONJUR. **Criminalização prejudicial:** interromper gestação até 3º mês não é crime, decide 1ª Turma do STF em HC. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2016-nov-29/interromper-gestacao-mes-nao-aborto-turma-stf?utm\\_source=dlvr.it&utm\\_](http://www.conjur.com.br/2016-nov-29/interromper-gestacao-mes-nao-aborto-turma-stf?utm_source=dlvr.it&utm_)>. Acesso em: 26/01/2017.

CARMONA, Geórgia Lage Pereira. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11605](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11605)>. Acesso em: 26/01/2017.

COSTA, Alexandre Araújo. **O Controle da Razoabilidade no Direito Comparado.**

Disponível em:

<<http://www.arcos.org.br/livros/ocontroledarazoabilidadenodireitocomparado/capituloii/bhistoricododevidoprocessosubstantivo/3-era-lochner-o-apogeu-do-devido-processosubstantivo/a-lochner-v-new-york>>. Acesso em: 25/01/2017.

NETO. Daniel Lena Marchiori. **A Suprema Corte dos EUA e a Construção dos Direitos Sociais: Estado-de-Arte Sobre a Posição Minoritária Durante a era Lochner:** (1905-1937). Disponível em: <<http://www.eumed.net/rev/cccss/30/lechner.html>>. Acesso em: 25/01/2017.

O GLOBO. **STF absolve acusado de furtar galinhas em Rochedo de Minas.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/mg/zona-da-mata/noticia/2014/05/stf-absolve-acusado-de-furtar-galinhas-em-rochedo-de-minas.html>>. Acesso em: 26/01/2017.

O GLOBO. **STF abre brecha para permitir aborto até o terceiro mês de gravidez.**

Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/stf-abre-brecha-para-permitir-aborto-ate-terceiro-mes-de-gravidez-20563925#ixzz4Xt3CyAN5>>. Acesso em: 26/01/2017.

O GLOBO. **STF vota a favor do aborto de anencéfalos com placar de 8 a 2.** Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/stf-vota-favor-do-aborto-de-anencefalos-com-placar-de-8-2-4624458#ixzz4Xt3v5aQc>>. Acesso em: 26/01/2017.

O GLOBO. **STF vota a favor do aborto de anencéfalos com placar de 8 a 2.** Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/stf-vota-favor-do-aborto-de-anencefalos-com-placar-de-8-2-4624458#ixzz4Xt3v5aQc>>. Acesso em: 26/01/2017.

POLÍCIA CIVIL RJ. **Clínicas clandestinas para realização de aborto.** Disponível em: <<http://www.policiacivil.rj.gov.br/noticias.asp?tp=noticia>>. Acesso em: 26/01/2017.

SOUZA. Gisele. **Ativismo no Supremo é exercido com parcimônia.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-09/ativismo-supremo-exercido-parcimoniam-barroso>>. Acesso em: 06/02/2017.

STF. **ADI 5081**: Fidelidade partidária – Eleições majoritárias. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5081.pdf>>. Acesso em: 26/01/2017a.

STF. **Perda do mandato por troca de partido não se aplica a eleições majoritárias**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=292424>>. Acesso em: 26/01/2017b.

STF. **Perda do mandato por troca de partido não se aplica a eleições majoritárias**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=292424>> . acessado em 30/01/2017c.

STF. **STF libera pesquisas com células-tronco embrionárias**. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=89917>. Acesso em: 01/02/2017d.

VIEIRA. Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>> acessado 01/02/2017.

VIEIRA. Oscar. **Revista Direito FGV**, São Paulo n. 4, v. 2, p. 441-464. jul-dez 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>. Acesso em: 05/02/2017.

**Artigo enviado em:** 01/10/2019

**Artigo aceito para publicação em:** 10/10/2019

## 6

**ESTUDO SOBRE A DOCTRINA DA GESTÃO DE CRISES EM REBELIÕES NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO****STUDY ON THE DOCTRINE OF CRISIS MANAGEMENT IN REBELLIONS IN THE BRAZILIAN PENITENTIARY SYSTEM**

**Alfredo Moreira Ávila Neto<sup>\*9</sup>**  
**Cecilio Argolo Junior<sup>\*\*10</sup>**

**RESUMO:** A doutrina da gestão de eventos críticos adotada pelas forças de segurança pública do Brasil vem ao passar dos anos se aperfeiçoando. Entretanto, a matéria não versa acerca da gestão de crise nas rebeliões ocorridas no âmbito prisional. Neste entendimento, o presente estudo discorre acerca do gerenciamento de crise em rebeliões no sistema penitenciário brasileiro. Antes de adentrar ao mérito da presente pesquisa torna-se necessário abordar os seguintes elementos contextuais: o sistema penitenciário brasileiro, as rebeliões no âmbito prisional e a crise. Desse modo tornar-se-á possível compreender a problemática que envolve o tema em discussão, entendendo a motivação e a dinâmica da tomada de reféns localizados nas rebeliões. Por fim, será apresentada a proposta de criação dos Centros de Gerenciamento de Crise Penitenciária (CGCP) como mecanismo próprio de enfrentamento aos eventos críticos que venham a incidir no âmbito prisional, dado as suas particularidades tornarem mais complexo o processo de negociação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Segurança Pública; Rebeliões; Gerenciamento de Crise; Sistema Penitenciário Brasileiro; Reféns Localizados.

**ABSTRACT:** The doctrine of the management of critical events adopted by the public security forces of Brazil has been improving over the years. However, the matter is not about crisis management in prison riots. In this understanding, the present study discusses crisis management in rebellions in the Brazilian prison system. Before entering into the merits of this research, it is necessary to address the following contextual elements: the Brazilian prison system, prisons rebellions and the crisis. In this way it will be possible to understand the problematic that surrounds the subject under discussion, understanding the motivation and the dynamics of the hostages taking place in the rebellions. Finally, a proposal will be presented for the creation of the Penitentiary Crisis Management Centers (CGCP) as a mechanism for dealing with critical events that may come to the prisons, given their particularities that make the negotiation process more complex.

**KEYWORDS:** Public Security. Rebellions. Crisis Management. Brazilian Penitentiary System. Hostage Localized.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 O sistema penitenciário brasileiro; 3 As rebeliões no âmbito prisional; 4 A crise; 5 Conclusão; 6 Referências bibliográficas

---

\* Bacharel em Direito do Centro Universitário Maurício de Nassau.

\*\* Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Psicologia Clínica da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Mestre em Pesquisa em Saúde (CESMAC). Mestre em Direitos Fundamentais (UNAMA). Professor universitário.



## 1 INTRODUÇÃO

O sistema penitenciário brasileiro apresenta uma realidade extremamente violenta quando se trata de ocorrência de eventos cruciais principalmente quando há tomada de reféns localizados, exigindo das forças de segurança pública, a quem legalmente incumbe intervir, uma resposta imediata para evitar um desfecho trágico. Assim, este artigo se propõe analisar a conjuntura acerca do âmbito carcerário brasileiro, bem como, a doutrina do gerenciamento de crise e sua aplicabilidade nos eventos críticos registrados nas penitenciárias brasileiras.

## 2 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Desde os modelos carcerários Filadélfico e Auburniano, aplicados em 1790 e 1818 respectivamente, em seu atual contexto, o sistema penitenciário brasileiro tem apresentado significativas transformações ao longo dos anos, principalmente no que versa acerca da humanização das penas. Entretanto, diversos outros problemas ainda existem no âmbito carcerário.

Quando alguém é retirado coercitivamente do meio social, é condenado, e passa viver uma realidade regrada dentro das muralhas de uma penitenciária, de certa forma, ela perde sua perspectiva de vida social, é semelhante ao “Mito da Caverna”, onde o homem ver apenas o que é refletido para ele através das sombras projetadas na parede. Neste entendimento, Bitencourt (1993, p. 95), faz as seguintes considerações:

[...] existem centros penitenciários em que a ofensa à dignidade humana é rotineira, tanto em nações desenvolvidas como em subdesenvolvidos. As mazelas da prisão não são privilégio apenas de países do terceiro mundo. De um modo geral, as deficiências prisionais compendiadas na literatura especializada apresentam muitas características semelhantes: [...] ambiente propício à violência, em que impera a utilização de meios brutais, onde sempre se impõe o mais forte.

Atualmente cerca de 700.000 pessoas se encontram encarceradas no Brasil, dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2014) em parceria com o Centro

Internacional de Estudos Penitenciários (CIEP, 2014), nos tornando a terceira maior população carcerária do mundo.

## 2.1 PRINCIPAIS PROBLEMAS APRESENTADOS

Pesquisas realizadas pelo Ministério da Justiça apontam que o número de pessoas presas aumentou cerca de 400% no Brasil em duas décadas. Ratifica o Centro Internacional de Estudos Penitenciários, órgão ligado à Universidade de Essex, Reino Unido, que a média mundial é de 144 presos para cada 100 mil habitantes. No Brasil, esse número sobe para 300. Hubert (2003, p. 20) nos trás a seguinte consideração:

[...] embora saibamos que a prisão faliu como medida ressocializadora, na forma, nos meios e nas medidas que atualmente são aplicadas, a humanidade nada descobriu que pudesse substituir a segregação, de forma que persiste o desafio de diminuir o encarceramento, na busca de somente prender quem efetivamente é perigoso.

Podemos ainda apontar como alguns dos problemas encontrados no sistema penitenciário brasileiro, além da superlotação carcerária: morosidade na progressão de regime, ociosidade e más condições estruturais das unidades prisionais, encabeçam as reivindicações dos reclusos.

## 2.2 AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Paralelo à imensa população carcerária no Brasil surge às organizações criminosas que agem dentro e fora das unidades penitenciárias brasileiras. O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) informa não dispor de informações acerca destes “sindicatos do crime”<sup>11</sup>, porém, alguns especialistas acreditam que mais de 30 agem em todo o Brasil. A Convenção de Palermo, da Organizações das Nações Unidas (ONU), define o crime organizado como sendo:

---

<sup>11</sup> Sindicato do crime é um termo utilizado pelos apenados para se referirem as organizações criminosas que dominam as penitenciárias e até mesmo unidades socioeducativas de todo o Brasil.

Grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Ainda acerca das organizações criminosas atuantes no Brasil e seu *modus operandi*, Penteado Filho (2012, p. 127) ratifica:

A criminalidade organizada pressupõe uma potencialidade destruidora e lesiva extremamente grande, pior ainda para a sociedade do que as infrações individuais, daí a justa preocupação dos Estados com a repressão ao tráfico de drogas e pessoas, ao terrorismo, ao contrabando etc.

Podemos destacar dentre essas organizações criminosas, que funcionam realmente como uma empresa, o Primeiro Comando da Capital (PCC) atuando desde 1993 e o Comando Vermelho (CV), facção criminosa mais antiga, atuando desde 1979. Esses organismos criminosos estão presentes de forma direta, ou indireta, em mais de 90% dos presídios brasileiros, inclusive nas unidades do sistema do socioeducativo.

O poder dessas organizações vai além das práticas criminosas externas, interferirem diretamente na “paz carcerária”, chegando ao ponto de simultaneamente, como já registrado no Brasil, ordenam que os reclusos afiliados à facção iniciem rebeliões em diversas unidades prisionais ao mesmo tempo, visando o atendimento de exigências de interesse único da facção, ou seja, “o rebelado nem sabe pelo que esta lutando”.

Com isso, as rebeliões se tornaram ainda mais complexas e violentas, levando à morte dezenas de apenados, onde a crueldade é uma marca registrada para demonstração de poder e domínio sobre os seus “afiliados”.

Pela inexistência de unidades especializadas na gestão de crise na estrutura organizacional do sistema penitenciário brasileiro, fica a cargo das Polícias Militares de cada Estado o cumprimento desta atribuição.

### **3 AS REBELIÕES NO ÂMBITO PRISIONAL**

O ambiente prisional, por si só, é um local obscuro, frio, tenebroso, insalubre, que “exala a maldade” por seus corredores longos e escuros, também chamados de “raios”.

Rebelião, do termo latino, *rebellio*, que significa **oposição à autoridade estabelecida, insurreição, revolta, resistência moral, rebeldia [...]** em outras palavras, termo que traduz a desordem e indisciplina. Rebeliões, não são fatos pontuais, mas sim uma constante dentro de algumas penitenciárias brasileiras. Ouve-se que “cadeia tranquila é cadeia sinistra”. Em outras palavras, quando os detentos estão muito tranquilos e em silêncio é sinal claro que algo está prestes a acontecer, seja a morte de algum detento, seja mais um fato subversivo. Ratifica-nos Oliveira (1984, p. 80) acerca das rebeliões:

O conflito do preso com os funcionários da prisão e com os demais presos é uma constante. A vida social numa prisão é sobremaneira difícil e quase impossível devido a um ambiente de desconfiança total, esperteza e desonestidade lá reinantes. É um mundo do ‘eu’, ‘mim’ e antes do ‘nosso’, ‘deles’ e ‘dele’.

No Quadro 1, abaixo, é possível vislumbramos algumas das maiores rebeliões ocorridas no Brasil, no período de 1987 a 2017, com a contabilidade de mortes.

**QUADRO 1:** Dados estatísticos das maiores rebeliões ocorridas no Brasil nos último 30 anos.

ESTABELECIMENTO PRISIONAL	CIDADE	ANO	NÚMERO DE MORTOS
Carandiru	São Paulo	1992	111
Complexo Penitenciário Anísio Jobim	Manaus	2017	67
Penitenciária Agrícola de Monte Cristo	Boa Vista	2017	33
Casa de Custódia Benfica	Rio de Janeiro	2004	31
Penitenciária do Estado	São Paulo	1987	31
Penitenciária Urso Branco	Porto Velho	2002	27
Penitenciária de Alcaçuz	Nísia Flores (RN)	2017	26
Complexo Penitenciário de Pedrinhas	São Luiz (MA)	2010	18
42º Distrito Policial de São Paulo	São Paulo	1989	18

Fonte: Maiores rebeliões em presídios, Folha de São Paulo, 2017.

Diversos conflitos registrados nas unidades prisionais ocorrem, na maioria das vezes, por motivos sem relevância, “hora conversando entre si, outrora se matando nas próprias celas”, cujo ambiente naturalmente hostil inspira nesse cenário de violência a prática de atrocidades, onde as estatísticas nos mostram a necessidade de buscar meios eficientes de enfrentamento as situações críticas ocorridas no âmbito prisional, vislumbrando assim, a preservação de vidas.

### 3.1 AS POSSÍVEIS MOTIVAÇÕES

Quanto a real motivação para as rebeliões ocorridas nas penitenciárias brasileiras, há uma grande lacuna entre a teoria subjetiva da causa e a realidade dos fatos. Rebeliões de grandes proporções são iniciadas a partir de fatos corriqueiros, sem muito significado, como por exemplo, a falta de uma bola para uma simples partida de futebol, problema esse que pode gerar uma crise sem precedentes tendo como alvo o patrimônio público e os funcionários dos estabelecimentos prisionais.

A superlotação ainda é um dos maiores problemas encontrados no âmbito prisional como motivação para atos subversivos à ordem nas unidades penais.

Neste entendimento, Marques (1999, p. 5) trás à baila alguns fatores também determinantes para a ocorrência de rebeliões além da superlotação carcerária, são eles:

- [...]
- a) demora da decisão dos benefícios;
- b) deficiência da assistência judiciária;
- c) violências ou injustiças praticadas dentro do estabelecimento prisional;
- d) problemas ligados a entorpecentes;
- e) tentativas de fugas frustradas;
- [...]

Quanto a real motivação para os atos subversivos a ordem nas penitenciárias no Brasil, há uma grande lacuna entre a teoria subjetiva da causa e a realidade dos fatos. Rebeliões de grandes proporções são iniciadas a partir de fatos

corriqueiros, sem muito significado, aos olhos administrativos, como por exemplo, a falta de uma bola para uma simples partida de futebol, problema esse que pode gerar uma crise sem precedentes tendo como alvo o patrimônio público e os funcionários dos estabelecimentos prisionais.

#### 4 A CRISE

Crise, termo originário do Latim, *crisis*, definido pela Academia Nacional do FBI (*Bureau Federal of Investigation*) como sendo “um evento ou situação crucial que exige uma resposta especial da polícia, a fim de assegurar uma solução aceitável” (2017, s.n.). Nesta ótica, podemos afirmar que a crise aduz ao risco de vida ou dano ao patrimônio no contexto do sistema penitenciário brasileiro.

O conceito de crise “[...] possui um largo espectro e, dessa forma, podemos admitir, por meio desse conceito, a possibilidade de ocorrência de crises nos mais variados segmentos de atividades [...]”. (LUCCA, 2002, p. 1). E o sistema prisional é um local altamente propício à incidência de situações cruciais com tomada de reféns localizados.

##### 4.1 CARACTERÍSTICAS DA CRISE

Um evento crucial pode apresentar algumas características próprias, variando de acordo com o ambiente em que irá se instalar. No sistema prisional, a exemplo, o dano ao patrimônio é uma característica marcante.

Dentre as principais características apresentadas pelo FBI (2017) na doutrina acerca do gerenciamento de crise, podemos destacar: a) ameaça à vida (característica marcante e preocupante do evento crucial, ameaça à vida, mesmo quando a única vida em risco seja a do tomador de reféns); b) imprevisibilidade (a situação atual da crise poderá rapidamente evoluir de forma negativa, trazendo consequências drásticas e na maioria dos casos irreversíveis); c) compreensão de tempo (é um fato que requer extrema urgência em virtude do próprio estresse emocional causado pela situação sofrida crucial. Neste sentido, cabe ao poder público intervir com urgência para oferecer a crise uma postura de enfrentamento eficaz); d)

necessidades a serem atendidas; e e) Postura organizacional não rotineira (exigirá do poder público uma estratégia direcionada para cada tipo de crise, já que não se trata de uma ciência exata, haja vista apresentar diversas variações de desfechos).

#### 4.1.1 Planejamento analítico especial e capacidade de implementação

Essa necessidade é indispensável para um desfecho aceitável pela doutrina do gerenciamento de crise. Para isso, é imperativo que seja elaborada uma estratégia prévia visando o enfrentamento do evento crítico. Nesse ponto, deve se sobrepôr a capacidade técnica do gerente da crise ao determinar os mecanismos de enfrentamento a serem empregados visando assim, um desfecho aceitável para a situação crucial.

#### 4.1.2 Considerações legais especiais

Trata-se do embasamento legal para o enfrentamento da crise, onde toda ação deve estar em conformidade com a legislação brasileira vigente, a exemplo das Excludentes de Ilícitude presentes no Art. 23 do Código Penal brasileiro, bem como, Normas e Tratados internacionais.

### 4.2 O GERENCIAMENTO DE CRISE

Gerenciamento de crise é um conjunto de medidas interdisciplinares que visam à prevenção e resolução de eventos críticos. Para a Academia Nacional do FBI, gerenciamento de crise é **o processo de identificar, obter e aplicar recursos necessários à antecipação, prevenção e resolução de uma crise.** (Grifo nosso).

No Brasil, o gerenciamento de crise é algo considerado recente na atividade policial, cuja aplicação da doutrina apresentada pelo FBI passou a ser utilizada acerca de 30 anos após o registro de ocorrências atípicas, principalmente com tomada de reféns localizados. Nesta ótica, Lucca (2002, p. 1) nos trás a seguinte ratificação:



A doutrina de gerenciamento de crise é relativamente nova [...] Inspirada no trabalho produzido pelo *Federal Bureau of Investigation (FBI)*, teve grande aceitação não só na Polícia Militar do Estado de São Paulo, mas também em todas as outras organizações policiais no Brasil.

Nesse contexto, podemos destacar como pioneiro o Grupo de Ações Táticas Especiais (GATE, 1988) umas das unidades de elite da Polícia Militar do Estado de São Paulo, tendo como um de seus fundadores Diógenes Lucca, à época, Capitão. Destarte, vem contribuindo para o aprimoramento e difusão da doutrina do gerenciamento de crise em todo Brasil.

#### 4.3 OBJETIVOS DO GERENCIAMENTO DE CRISE

O gerenciamento de crise apresenta alguns objetivos fundamentais, simples, porém árduos, diante da sua importância e aplicabilidade que incumbe à força pública a difícil missão de priorizar vidas, não deixando de aplicar à lei.

##### a) Preservar vidas

A preservação da vida, seja do tomador de refém, seja do próprio refém, e demais envolvidos no evento crítico, constitui o objetivo primordial da gestão da crise. Nessa ótica, haverá prioridades a vida: I - dos policiais; II - dos reféns; III - do público em geral; e, IV - do tomador de refém, literalmente, nessa ordem.

##### b) Aplicar à lei

A aplicação da lei penal brasileira será devidamente aplicada como objetivo secundário, visto que, a primazia aduz a preservação da vida. Estará cumprida à lei, quando o desfecho do evento apresentar: I - prisão dos tomadores de reféns; II - proteção do patrimônio; e, III - garantia da lei e da ordem, respectivamente.

#### 4.4 AS ALTERNATIVAS TÁTICAS

O gerente da crise, ao avaliar a situação, tomará uma decisão acerca do procedimento que deve ser adotado visando dar a crise um desfecho aceitável. A doutrina desenvolvida pelo FBI nos apresenta quatro alternativas táticas aplicáveis aos eventos críticos com tomada de reféns localizados:

#### **4.4.1 Negociação**

A negociação é a primeira e mais importante alternativa a ser empregada pelo gerente da crise. Através dela o gestor saberá qual a melhor alternativa a ser adotada caso as negociações não apresentem resultados satisfatórios.

O negociador empregará a alternativa tática cabível a cada situação, não sendo obrigatório seguir um escalonamento como em doutrinações ultrapassados. Ele utilizará o princípio do uso seletivo da força a ser empregada, podendo saltar da negociação para a invasão tática, por exemplo, última alternativa a ser adotada no gerenciamento de crise. Nesse entendimento, a negociação se subdividirá em:

a) real

A negociação real nada mais é que o processo de convencimento dos tomadores de reféns por meio do diálogo e demais técnicas de persuasão. Onde o negociador buscará abrandar as exigências feitas pelos mesmos visando prioritariamente à preservação da vida dos reféns.

b) tática

Na negociação tática o negociador coletará o maior número de informações possíveis visando suprir as demais alternativas táticas se assim demandarem o seu emprego na ocorrência.

#### **4.4.2 Técnicas de menor potencial ofensivo**

As técnicas de menor potencial ofensivo constituem o emprego de procedimentos, táticas e equipamentos especiais visando neutralizar o agressor, porém buscando preservar a sua integridade física, a exemplo: a) imobilizações; b) bastão BP-60; c) agentes químicos; d) pistolas de eletrochoque; e) munições de impacto controlado.

#### **4.4.3 Tiro de comprometimento**

Nas ocorrências com reféns em rebeliões nos presídios onde os amotinados portarem armas de fogo, esgotados as alternativas anteriores, ou evoluindo a situação a este nível de ameaça que demande o emprego de força de letal, será autorizado pelo gerente da crise o tiro de comprometimento. Segundo Lucca (2002, p. 4, *apud* HUBERT, 2003, p. 25):

O tiro de comprometimento constitui também uma alternativa tática de fundamental importância para resolução de crises envolvendo reféns localizados. No entanto, a aplicação dessa alternativa tática necessita de uma avaliação minuciosa de todo o contexto [...] A decisão de um gerente de crises em fazer o uso de tal alternativa tática é de grande responsabilidade e deve ser efetuada, quando todas as outras forem inadequadas e quando o cenário para tal fato seja favorável. O atirador de elite só atua mediante autorização. Isso deve ser entendido no que diz respeito somente ao seu posicionamento e também quando de ordens expressas que lhe autorizem o emprego do armamento, quer preservando a vida do criminoso quer atuando para a eliminação total do risco.

O Código Penal brasileiro faz menção as excludentes de ilicitude, através do art. 23, sendo estes dispositivos legais que fornecem respaldo legal para o tiro de comprometimento realizado pelo atirador sob o comando do gerente da crise, visando, assim, salvar o refém de iminente risco mortal. Nesse sentido, propõe as excludentes de ilicitude que não haverá crime quando o agente praticar o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa; III – em estrito cumprimento do dever legal ou regular exercício regular do direito.

#### **4.4.4 Invasão tática**

A invasão tática se dá quando todas as outras alternativas falharem ou não haver a possibilidade de aplicação dessas. Tal restrição se dá ao fato de sua complexidade.

Essa alternativa é um procedimento que equilibra as probabilidades positivas e negativas para um desfecho bem sucedido para a crise. Sendo assim, é empregada como último recurso. Estará a cargo do grupo tático, onde se utiliza de técnicas, táticas e equipamentos especiais, para a invasão do ambiente hostil, visando, assim, a todo custo resgatar o refém.

Nesse ponto, para consecução do objetivo da missão, os membros do grupo tático em frações de segundos decidirão optar entre **o menor potencial ofensivo e a força letal** para sanar a crise. A falha, por mínima que seja, poderá trazer consequências drásticas para o desfecho com sucesso do evento crucial, como ocorreu, por exemplo, em São Paulo, 2008, no “caso Eloá”, cuja ação desastrosa, mal planejada, veio ocasionar à morte da refém, Eloá. Quando diante da possibilidade da aplicação de outras alternativas táticas, a exemplo, do tiro de comprometimento, insistiram na invasão tática. Afora erros primários, visivelmente percebidos, dentre esses, a troca de refém.

## 5 CONCLUSÃO

O presente estudo trouxe à baila uma análise acerca do Sistema Penitenciário brasileiro e sua atual conjectura. Cujo objetivo primordial se deteve em apontar os meios eficientes para o enfrentamento dos eventos críticos com a possibilidade de tomada de reféns localizados em rebeliões no âmbito prisional brasileiro.

Para isso, se fez necessário uma abordagem técnica e específica de estudos que asseguram, atualmente, o conhecimento acerca da doutrina do gerenciamento de crises.

Nesse sentido, foi necessária a descrição de toda conjuntura ligada ao ambiente prisional brasileiro buscando entender, preliminarmente, as possíveis

motivações para as ocorrências de subversão a ordem dentro das unidades prisionais brasileiras.

Ante ao exposto, reiteramos a importância de demonstrar a adequação e aplicação da doutrina do gerenciamento de crise desenvolvida pelo FBI à realidade vivenciada pelo sistema penitenciário no Brasil, dado que se trata de um ambiente altamente complexo em termos de resolução de conflitos.

Por fim, sugerimos a implantação dos Centros de Gerenciamento de Crise Penitenciária (CGCP) que funcionarão como mecanismo especializado no enfrentamento de eventos cruciais em estabelecimentos prisionais, atuando principalmente nas ocorrências com tomada de reféns localizados.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Ueliton Santos de; FERREIRA, Fábio Félix. Crise no sistema penitenciário brasileiro: capitalismo, desigualdade social e prisão. **Revista Psicologia, Diversidade e Saúde**, Salvador, v. 4, n. 1, p. 116-129, 2015.

BITENCOURT, César Roberto. **Falências da pena de prisão**: causas e alternativas. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)>. Acesso em: 10 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. **Plano diretor do sistema penitenciário**: diagnóstico, ações e resultados. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://bd.camara.gov/bd>>. Acesso em: 10 maio 2017.

CM7. **DOIS corpos são encontrados enterrados após revista em presídio**. Disponível em: <<http://portalcm7.com/noticias/policia/dois-corpos-sao-encontrados-enterrados-apos-revista-em-presidio/>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1986.

GODINHO, Eunice Maria. **Educação e Disciplina**. Rio de Janeiro: Diadorim, 1995.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Moderna, 2011.

HUBERT, Hilton Pikler. **O gerenciamento de crise no sistema penitenciário: gestão em rebeliões**. Joinville, 2003.

MAIORES rebeliões em presídios (2017). **Folhapress**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2017/01/1846402-saiba-quais-foram-algumas-das-maiores-rebelioes-em-presidios-do-brasil.shtml>>. Acesso em: 10 maio 2017.

MARANHÃO registra 17ª morte no Presídio de Pedrinhas em 2014. **Terra**. Disponível em: <<http://rondoniaovivo.com/noticias/maranhao-registra-17-morte-no-presidio-de-pedrinhas-em-2014/119062>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

MARQUES, João Benedicto de Azevedo. **Gerenciamento de crise no sistema prisional**. Revista do ILANUD. São Paulo, 1999.

NUNES, Sônia Lucia. **Confronto mata 31 presos em RR: essa é a 2ª maior matança após o Carandiru**. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1847511-33-presos-sao-mortos-em-penitenciaria-de-roraima-diz-secretaria.shtml>>. Acesso em: 10 maio 2017.

OLIVEIRA, Odete Maria. **Prisão: um paradoxo social**. Dissertação. Florianópolis: UFSC, 1984.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia** / Nestor Sampaio Penteado Filho. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUID NOVI. **DOIS presos são mortos durante rebelião em presídio de Governador Valadares**. Disponível em: <<http://quidnovi.com.br/dois-presos-sao-mortos-durante-rebeliao-em-presidio-de-governador-valadares/>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

SOUZA, Wanderley Mascarenhas. **Como se comportar enquanto refém**. São Paulo: Ícone, 1996.

SOUZA, Wanderley Mascarenhas. **Negociação de reféns: sistematização das ações do negociador no contexto da segurança pública**. São Paulo: Ícone, 2010.

**Artigo enviado em: 01/10/2019**

**Artigo aceito para publicação em: 10/10/2019**