




Revista de  
**ESTUDOS &  
INFORMAÇÕES**

Justiça Militar do Estado de Minas Gerais

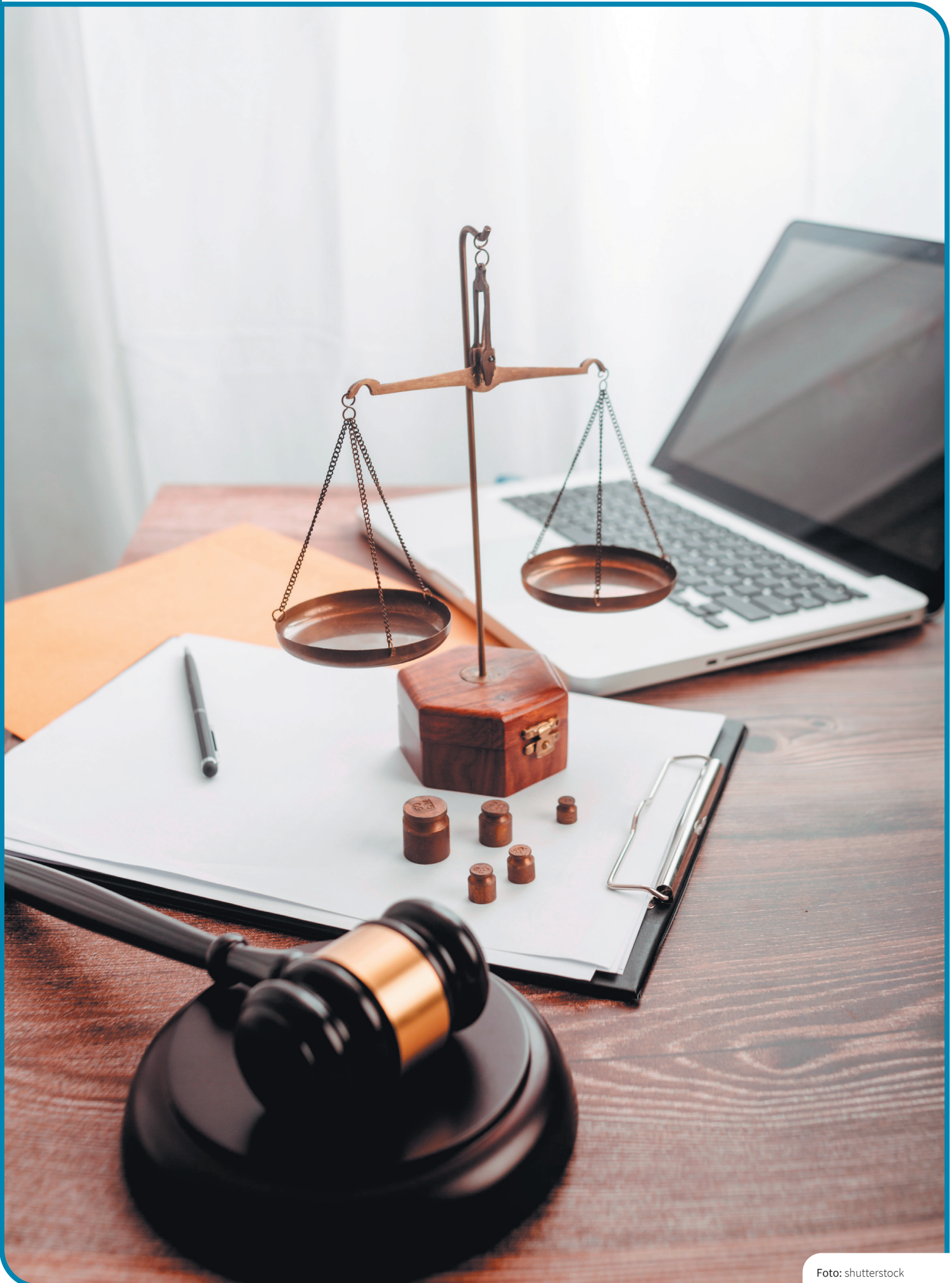
[www.tjmmg.jus.br](http://www.tjmmg.jus.br) | nº 47 – outubro de 2021 – ISSN 1981-5425



**Entrevista com o presidente do  
Superior Tribunal Militar (STM),  
o ministro Luis Carlos Gomes Mattos**



**Tribunal de Justiça Militar  
do Estado de Minas Gerais**





## TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DE MINAS GERAIS

Rua Tomaz Gonzaga, 686 | Bairro de Lourdes  
Belo Horizonte (MG)  
CEP 30180-140  
Telefone: (31) 3274-1566  
www.tjmmg.jus.br

### Presidente

Desembargador Fernando Armando Ribeiro

### Vice-presidente

Desembargador Osmar Duarte Marcelino

### Corregedor

Desembargador Rúbio Paulino Coelho

### Diretor da Escola Judicial Militar

Desembargador James Ferreira Santos

Desembargador Jadir Silva  
Desembargador Sócrates Edgard dos Anjos  
Desembargador Fernando Galvão da Rocha

### Auditorias da Justiça Militar

Juíza Daniela de Freitas Marques  
Juiz Paulo Tadeu Rodrigues Rosa  
Juiz Marcelo Adriano Menacho dos Anjos  
Juiz André de Mourão Motta  
Juiz Paulo Eduardo Andrade Reis  
Juiz João Libério da Cunha

### Revista de Estudos & Informações

#### Política editorial

Escola Judicial Militar - EJM

#### Realização

Serviço de Comunicação Institucional do TJMMG  
Cartas à redação  
secom@tjmmg.jus.br

#### Projeto gráfico, diagramação e direção de arte

Diego Almeida | Museale - Serviços Gráficos e Culturais

#### Capa: Freepik

Demais fotos: acervo TJMMG ou crédito ao autor  
atribuído na própria imagem.

#### Tiragem

3 mil exemplares

Os artigos assinados não remetem, necessariamente, a  
opinião dos integrantes do Tribunal de Justiça Militar  
do Estado de Minas Gerais, sendo todo o seu conteúdo  
de responsabilidade de seus autores.

ISSN 1981-5425

# Sumário

## Editorial

Desembargador Fernando Armando Ribeiro

4

## Entrevista

Entrevista com o presidente do Superior Tribunal Militar  
(STM), o ministro Luis Carlos Gomes Mattos

5

## Artigos

Justiça Digital: a virtualização do Judiciário para além do  
Processo Eletrônico

André Godinho

Leonardo Peter da Silva

8

O debate sobre hermenêutica e o Direito brasileiro

Fernando Armando Ribeiro

13

Os serviços contínuos na nova lei de licitação

Cristiana Fortini

Flaviana Paim

Renata Costa Vaz Rainho

19

Como o Direito pode contribuir para o aumento e/ou  
para a diminuição da desigualdade social?

Elba Rondino

28

Justiça Militar no Brasil, competência e estrutura

Gilmar Luciano Santos

30

Reinterpretação funcionalista teleológica do instituto  
do estado de necessidade exculpante do Código Penal  
Militar

Danilo Emanuel Barreto de Oliveira

36

## Destaque

Pós-graduandos em Direito Militar da Escola Judicial  
Militar visitam o Comando de Policiamento Especializado  
da Polícia Militar de Minas Gerais

45

## Notícias

47

## Julgados

54

A nova edição da *Revista de Estudos e Informações* vem a público no momento em que o TJMMG celebra os seus oitenta e quatro (84) anos de existência. Imbuída do propósito de divulgação da efeméride, e fiel a sua orientação de refletir sobre temas candentes e atuais do Direito e, especialmente, do Direito Militar, a edição conta com a colaboração de acadêmicos, militares, membros do Ministério Público e magistrados.

Nesta edição, a *Revista de Estudos e Informações* conversou com o novo presidente do Superior Tribunal Militar (STM), ministro Luis Carlos Gomes Mattos, General de Exército. O ministro tem assento no STM desde 2011, e compartilhou conosco aspectos relevantes de sua gestão. O Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) André Godinho, em parceria com o mestre em Direitos Sociais Leonardo Peter da Silva, propõe um olhar sobre a virtualização da justiça, iniciada com a edição da Lei n. 11.419/2006. A prestação de serviços contínuos sob o marco da nova Lei de Licitação e Contratação pública (Lei n. 14.133/2021) é analisada pelas professoras Cristiana Fortini, Flaviana Paim e Renata Costa Vaz Rainho. A procuradora de justiça Dra. Elba Rondino propõe uma reflexão sobre o Direito como instrumento de organização social apto a estabelecer uma convivência social ordenada. O Cel PM Gilmar Luciano Santos explica a estrutura e a competência da Justiça Militar no Brasil. O mestrando Danilo Emanuel Barreto de Oliveira, estagiário no nosso Tribunal, analisa a reinterpretação funcionalista teleológica do instituto do estado de necessidade exculpante do Código Penal Militar. E Fernando Armando Ribeiro analisa pontos cruciais do debate sobre hermenêutica que atinge o Direito a partir do final do século XX, e seus reflexos no direito brasileiro.

Agradecemos, uma vez mais, o apoio recebido e desejamos a todos uma boa leitura.

**Desembargador Fernando Armando Ribeiro**  
**Presidente**



## Entrevista com o presidente do Superior Tribunal Militar (STM), o ministro Luis Carlos Gomes Mattos



### **S**enhor Ministro, conte-nos sobre a sua trajetória profissional.

A chegada na Escola Preparatória de Cadetes do Exército, em Campinas – São Paulo –, no final de março de 1964, marca o início da minha carreira militar. Concluí o Curso de Formação de Oficiais de Infantaria em 20 de dezembro de 1969, na Academia Militar das Agulhas Negras (AMAN), em Resende, no Rio de Janeiro. Daquela data, quando fui declarado Aspirante a Oficial, até o dia 31 de julho de 2008, data de minha promoção ao posto de General de Exército, último degrau da carreira militar, passaram-se 39 anos. Nessa jornada, da qual muito me orgulho, realizei diversos cursos que me prepararam e qualificaram a exercer diversas funções no Exército e, agora, no Superior Tribunal Militar (STM). Destaco os da Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais, da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército e o de Altos Estudos de Política e Estratégia Aeroespacial, na Universidade da Força Aérea.

Como oficial superior, comandei o 20º Batalhão de Infantaria Blindado e exerci o cargo de chefe do Estado-Maior do Comando da 5ª Região Militar, ambas as funções na cidade de Curitiba – Paraná. Tive uma importante experiência profissional, no posto de Coronel, que foi a de adido militar na embaixada brasileira no Chile, de março de 1996 a abril de 1998.

Como oficial general, comandei a 6ª Brigada de Infantaria Blindada, em Santa Maria, no Rio Grande do Sul, e a Brigada de Infantaria Paraquedista, sediada no Rio de Janeiro; fui 3º sub-chefe e vice-chefe do Estado-Maior do Exército; como general de Exército, fui chefe do Departamento de Ciência e Tecnologia e, na última missão na Força Terrestre, tive o privilégio de ser o comandante militar da Amazônia, por dois anos e cinco meses.

Depois de tantas experiências gratificantes no Exército brasileiro, fui nomeado ministro do Superior Tribunal Militar, onde tomei posse no dia 19 de outubro de 2011.

### **Quais serão as prioridades da sua gestão à frente do STM?**

Uma das ações que vou impor como prioritária é a de tornar a Justiça Militar da União mais conhecida da sociedade e dos próprios jurisdicionados, em sua maioria, militares da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

A história da Justiça Militar é rica e, em diversos momentos, se confunde com a história do Brasil. A atuação dessa Justiça, que está inserida no Poder Judiciário desde a Constituição de 1934, é orientada pela Carta Magna, que, em seu artigo 124, estabelece que a Justiça Militar da União julga crimes militares definidos em lei. O fato de ser uma justiça especializada e, também, de ter um jurisdicionado mais restrito, formado, principalmente, pelos membros das Forças Armadas, acaba por tirar a Justiça Militar da União do foco da maior parte da população.

Entretanto é importante que a sociedade conheça a Justiça Militar da União e compreenda o seu trabalho primordial, que é o de tutelar a hierarquia e a disciplina, principais pilares das Forças Armadas. É ela que atua de forma firme, célere e rigorosa quando algum integrante da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, eventualmente, comete um crime previsto no Código Penal Militar.

Apesar de a Justiça Militar da União ser a mais antiga do Brasil, não possuímos assento no Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A busca por esse reconhecimento, pela participação no Conselho, será uma prioridade, também, da minha administração. Já existe uma Proposta de Emenda Constitucional, no Senado federal, que altera a composição do CNJ, inserindo nela um ministro do STM. Vamos nos empenhar diretamente, e com muita perseverança, na conquista desse objetivo.

O mundo está sendo redesenhado, quase reinventado, com a aceleração tecnológica que estamos assistindo. Essa é uma prioridade praticamente imposta, quase obrigatória, não só a mim, mas a todos os gestores, qual seja, a de acompanhar essa evolução e melhorar a gestão das instituições. Estou ciente da necessidade e da importância de, na medida do possível, e respeitando as nossas restrições orçamentárias, implantar na Justiça Militar da União as ferramentas que possam contribuir com a melhoria e a modernização dos nossos processos.

## O Senhor assumiu a Presidência do STM em meio a uma pandemia que assola o país. Quais medidas de prevenção ao coronavírus foram implementadas?

A pandemia afetou a rotina de todos nós e de forma como nunca imaginávamos. O mundo todo foi instado a responder de forma rápida e eficiente a muitas demandas, sendo a principal a de preservar vidas. O STM manteve o atendimento à sociedade sem, no entanto, descuidar do seu público interno e dos demais usuários e interessados em processos envolvendo a Justiça Militar da União. Tomamos todas as medidas necessárias à prevenção e assumimos uma atitude comprometida com a saúde de nossos magistrados, servidores e colaboradores. A maior parte da nossa força de trabalho está em *home office*, sem prejuízos significativos, tanto para as atividades administrativas quanto para as judicantes. As sessões de julgamento estão sendo realizadas de forma virtual, e também por videoconferências, com a participação de ministros, representante do Ministério Público Militar, advogados e defensores públicos. Os prazos e os trâmites estão sendo respeitados normalmente, permitindo aos jurisdicionados e à sociedade a garantia do devido processo legal.

Posso assegurar que o mesmo está ocorrendo nas Auditorias que compõem a Primeira instância. Creio que, assim como conseguimos atuar preventivamente para minimizar os impactos desse problema em nossa instituição, será possível, sim, que o Brasil supere essa crise sem precedentes.

## Para o Senhor, qual o maior desafio para a Justiça Militar da União hoje?

Acredito que, no momento, o maior desafio de todos, não só da Justiça Militar, mas de todas as instituições, de todos os brasileiros, é superarmos esta fase terrível que estamos atravessando em decorrência da pandemia. Cada instituição, cada cidadão, dentro das suas atribuições, das suas possibilidades, deve ajudar a vencer esse combate.

Na atividade judicante, um dos nossos grandes desafios é a aplicação da Lei n.13.491/2017, que prevê a possibilidade de a Justiça Militar julgar crimes dolosos contra a vida cometidos por militares das Forças Armadas contra civis. Esse tema faz parte de uma longa discussão.

Quando foi introduzido o tribunal do júri, para julgar esses casos, na década de 90, o objetivo principal era o de combater a atuação de grupos de extermínio que surgiam nas polícias. Entretanto essa situação não era a realidade das Forças Armadas, e o STM firmou jurisprudência que reconhecia ser ele o tribunal competente para julgar crimes dolosos contra a vida cometidos pelos militares federais.

Outro desafio que impus à minha administração se confunde com uma das ações prioritárias que é a de tornar a Justiça Militar da União mais conhecida da população brasileira. Para isso, vamos nos valer de todos os meios disponíveis, atividades presenciais, nosso *site*, mídias sociais, sempre respeitando as nossas limitações orçamentárias.

## Na sua visão, o trabalho remoto realizado por magistrados e servidores do Poder Judiciário veio para ficar?

Na Justiça Militar da União, a modalidade de teletrabalho já existe desde 2017. Com a pandemia, para evitar a propagação do vírus, estamos realizando as sessões de julgamento em *home office*, e a maior parte dos servidores também está obedecendo a esse método de trabalho. Todas as atividades passíveis de serem realizadas a distância estão sendo executadas em regime de jornada não presencial.

Não sabemos ainda quando nos será permitido retornar à atividade presencial com segurança. De qualquer maneira, o trabalho remoto revelou-se, sim, uma possibilidade bastante interessante, eficaz e econômica. Tudo o que fazemos hoje, tanto na tramitação de processos judiciais, quanto de processos administrativos, tem como base sistemas que podem ser acessados em qualquer lugar. Essa é uma grande vantagem que acaba trazendo consigo efeitos sobre a redução dos gastos que não podem ser desprezados.

Outro ponto a ser destacado é a satisfação dos servidores. Levantamento realizado pela Secretaria de Controle Interno colheu dados, tanto de gestores quanto de colaboradores, e concluiu que a satisfação dos servidores, seja total ou parcial, foi de aproximadamente 97%. Cerca de 99% dos gestores consideraram satisfatória a qualidade dos serviços prestados pelos colaboradores em regime de *home office*.

Quanto à qualidade dos serviços prestados, todas as ações inovadoras requerem aprimoramento. Não é diferente com as atividades realizadas *ON LINE*, totalmente dependentes de conexão de internet de excelente qualidade, sendo que a ocorrência de alguma falha pode inviabilizar a realização de julgamentos e outras atividades. Em pleno século XXI, não podemos, também, esquecer os estudos de Aristóteles sobre o fato de que o ser humano é sociável. Assim, não podemos, de maneira alguma, nos distanciarmos totalmente das atividades presenciais, mesmo com todas as vantagens que o trabalho remoto possa trazer. Precisamos do convívio social.

## Qual a sua percepção sobre o uso das tecnologias no Poder Judiciário?

As tecnologias já mudaram a perspectiva do serviço público, e, se alguém duvidava da importância de incorporá-las ao cotidiano do trabalho e das relações, a pandemia veio confirmar que não é mais possível viver sem estar conectado.

Desde 2018, todos os processos judiciais tramitam, na Primeira Instância e na Corte Superior, de forma digital. A implantação do processo judicial por meio eletrônico da Justiça Militar da União (e-Proc/JMU) teve início em 2017 e, no ano seguinte, nós éramos, oficialmente, o primeiro ramo do Poder Judiciário a tramitar todos os seus processos criminais por meio eletrônico. São muitas as suas vantagens: a segurança para os jurisdicionados, já que não é possível haver extravio de processos; a possibilidade de várias pessoas acessarem os processos de qualquer local do País; a promoção da sustentabilidade, por não haver a necessidade de impressão, são





alguns exemplos. Com o e-Proc/JMU, houve aumento de, pelo menos, 10% na produtividade da Corte. O avanço ocorreu não apenas na esfera judicial. Nos processos administrativos, a implantação do Sistema Eletrônico de Informações (SEI) trouxe considerável aumento na produtividade e na celeridade.

Uma vantagem importantíssima da tecnologia, a meu ver, está ligada a um valor que considero relevante: a transparência. Poder assistir às sessões de julgamento pelo canal do STM no YouTube, por exemplo, não é somente uma comodidade para quem tem interesse no assunto. É, principalmente, um instrumento de aproximação com a sociedade.

### Quais os impactos das operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) na Justiça Militar da União?

As Operações de GLO são previstas na Constituição Federal. O artigo 142 define como funções das Forças Armadas: a defesa da pátria, a garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer um destes, a garantia da lei e da ordem.

Aprovada e autorizada pelo presidente da República, a GLO é uma medida extrema que amplia a atuação das Forças Armadas e as colocam em situações de contato com a população de forma mais direta, dentro do contexto de segurança, por exemplo. Apesar de ser uma medida esporádica, o País acompanhou, nos últimos anos, maior ocorrência desse tipo de operação que, naturalmente, expõe, com mais frequência, os militares às situações de confronto.

Todas as condutas criminosas cometidas pelos integrantes das Forças Armadas são igualmente tratadas na Justiça Militar da União, com rigor e sempre em obediência ao devido processo legal. Não são tratados de forma diferente os crimes que, porventura, venham a ocorrer dentro do contexto das operações de GLO.

### Quais são as principais ações adotadas pelo STM visando à capacitação de magistrados e servidores e ao seu aprimoramento contínuo?

A Justiça Militar da União conta com uma fonte permanente de aperfeiçoamento de magistrados: a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União (Enajum). A Escola, que foi criada em 2015, tem como diretor um ministro do STM, que é eleito pelo Plenário com mandato de dois anos. A Enajum está presente em toda a

formação do juiz federal da Justiça Militar da União, tendo início com o Curso de Formação Inicial e, posteriormente, o Curso de Formação para Fins de Vitaliciamento. Durante toda a vida profissional, os magistrados terão à disposição os Cursos de Formação Continuada.

Já os servidores têm à disposição o Programa de Capacitação dos servidores, que foi elaborado levando-se em consideração o Planejamento Estratégico, as demandas das áreas e o diagnóstico do Programa de Gestão por Competências. Nesse programa, estão inclusas ações de capacitação, de ambientação para novos servidores e gestores e treinamentos comportamentais. Os diagnósticos são realizados por meio de metodologias participativas, e os servidores têm à sua disposição, também, o programa de bolsas pós-graduação.

Durante a pandemia, a Enajum e a Diretoria de Pessoal superaram as adversidades mantendo, à distância, o aperfeiçoamento do nosso público interno. Inclusive, os instrutores receberam preparação para otimizar os recursos tecnológicos e incrementar a interação com os participantes.

Tenho plena consciência e convicção de que, para termos uma justiça de excelência, é necessário um corpo de magistrados e servidores em atualização constante.

### Em 2021, a Justiça Militar da União completa 213 anos de existência. Qual a importância desta justiça especializada para a sociedade?

A Justiça Militar da União completa 213 anos de existência, sem que tenha tido seu funcionamento interrompido em qualquer época de sua história. Essa vida longa demonstra a importância de se ter uma justiça especializada que tem a função de tutelar os pilares básicos das Forças Armadas: hierarquia e disciplina. A Marinha, o Exército e a Aeronáutica são instituições formadas por mulheres e homens honrados, disciplinados, que colocam o espírito de cumprimento da missão acima de tudo; como dizemos no jargão militar, a missão 'é o farol'. Mulheres e homens, contudo, passíveis de falhas e, como qualquer ser humano, de cometimento de erros e delitos.

A existência da Justiça Militar da União é fundamental na manutenção da ordem nas Forças Armadas. É célere e conclui os processos sob sua responsabilidade, punindo aqueles que cometem crimes, o que evita, assim, que a atuação criminosa continue, ou se alastre, dentro das organizações militares.



Foto: Arquivo STM



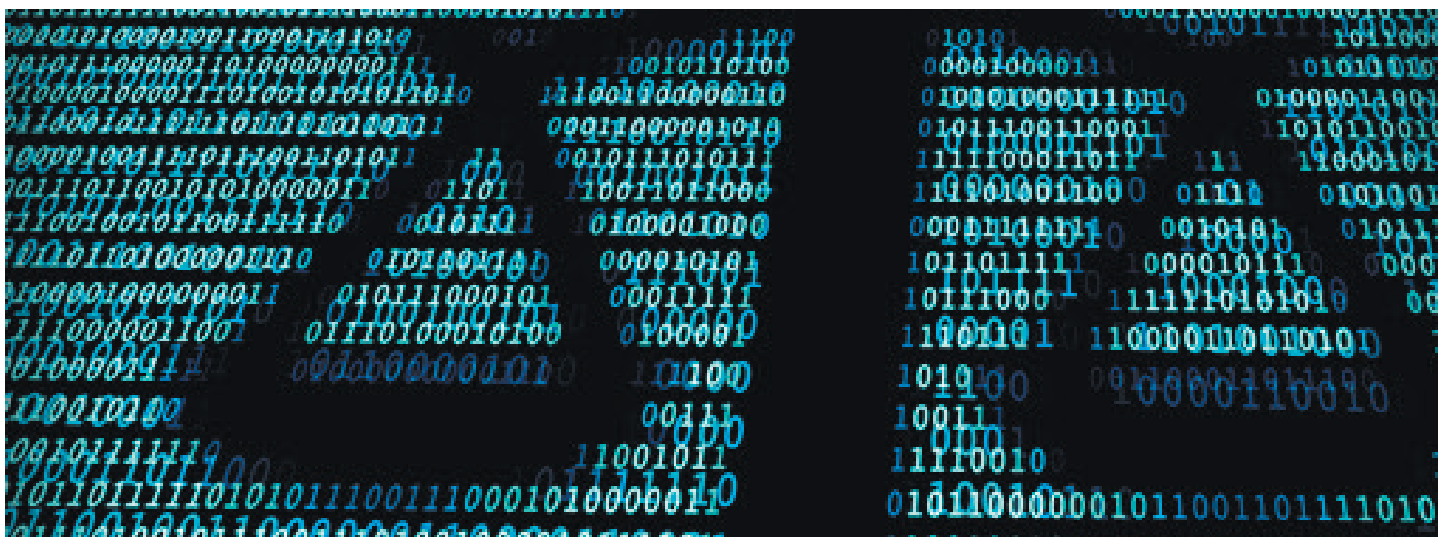


Foto: shutterstock

# Justiça Digital: a virtualização do Judiciário para além do Processo Eletrônico

André Godinho  
Leonardo Peter da Silva

## 1. INTRODUÇÃO

O Ministro Luiz Fux, no começo de sua gestão à frente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, estabeleceu os cinco eixos prioritários de atuação: i) Proteção dos direitos humanos e do meio ambiente; ii) Promoção da estabilidade e do ambiente de negócios para o desenvolvimento nacional; iii) Combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, para recuperação de ativos; iv) Justiça 4.0 e promoção do acesso à justiça digital; e v) Fortalecimento da vocação constitucional do STF.

No que diz respeito ao quarto eixo acima elencado, o CNJ, dentro de seu papel constitucional de órgão de controle da atuação administrativa e definidor de políticas públicas do Poder Judiciário, muito tem-se empenhado com vistas a assegurar que o diálogo entre o mundo real e o universo virtual traduza efetiva justiça, com transparência e efetividade.

As transformações ocorridas no modo de comunicação, transmissão de conteúdo e acesso à informação vêm alterando as relações sociais, os métodos de trabalho e, como consequência, a forma de prestação jurisdicional precisa se adaptar, buscando responder aos anseios e expectativas de uma sociedade moderna, “onde as novas tecnologias da informação estão integrando o mundo em redes globais”<sup>1</sup>.

O momento é de revolução e de rompimento com paradigmas há muito assentes, passando de uma visão do Poder Judiciário como um local físico e distante da população, para

um novo modelo em que a Justiça é concebida como efetiva prestação de serviço público (“justice as a service”).

A fim de orientar os órgãos judiciais para essa nova realidade, o CNJ vem editando diversos novos atos normativos, frutos de intenso debate entre os diversos atores que compõem o sistema de justiça com vista à adaptação a tais transformações.

Dessa forma, a virtualização da justiça, iniciada com a edição da Lei n. 11.419/2006, que permitiu a informatização do processo judicial, e regulamentada pela Resolução CNJ n. 185, de 2013, através da instituição do PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais, assume novos rumos, em resposta aos anseios de uma sociedade cada dia mais conectada.

## 2. RESOLUÇÃO CNJ N. 335, DE 2020

O primeiro passo para implantação desse novo momento de virtualização foi a edição da Resolução CNJ n. 335, de 2020, que instituiu a política pública para a governança e a gestão de processo judicial eletrônico, integrando os tribunais do país com a criação da Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro - PDPJ-Br.

A PDPJ-Br, conforme definido no art. 2º da norma, tem por objetivo integrar todos os sistemas eletrônicos do Judiciário em ambiente unificado, buscando estabelecer padrões de desenvolvimento, arquitetura, experiência do usuário e operação de software, obedecendo às melhores práticas do mercado. A

1 - CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.57.





ideia está relacionada à implantação do conceito de desenvolvimento comunitário, no qual todos os tribunais contribuem com as melhores soluções tecnológicas para aproveitamento comum, por meio de uma plataforma única para publicação e disponibilização de aplicações, microsserviços e modelos de inteligência artificial (IA), por meio de computação em nuvem.

A Resolução, apesar de manter o sistema PJe como sistema de Processo Eletrônico prioritário do Conselho Nacional de Justiça<sup>2</sup>, permite expressamente que os demais projetos de sistemas processuais públicos coordenados por outros tribunais possam ser mantidos e aprimorados para se adequar a PDPJ-Br, desde que aderentes ao Modelo Nacional de Interoperabilidade e seja possível o desenvolvimento colaborativo de soluções, permitindo, a partir da disponibilização de módulos e evoluções, a utilização por todos os órgãos do Poder Judiciário<sup>3</sup>.

Dada a previsão expressa de possibilidade de manutenção de outros sistemas de processo eletrônico pelos tribunais, cuidou a mencionada resolução de revogar os artigos 34 e seus parágrafos, 44 e seu parágrafo único, 45 e 46 da Resolução CNJ n. 185, de 2013, dispositivos que eram motivo de críticas desde o momento inicial de definição do PJe como sistema único a ser adotado pelo Poder Judiciário<sup>4</sup>.

Todavia, mesmo permitindo a adoção de sistemas diversos do PJe, a Resolução CNJ n. 335, de 2020, define que todos os processos judiciais deverão ser públicos, ficando proibida a contratação de qualquer sistema, módulo ou funcionalidade privados, que gere dependência tecnológica do fornecedor, ou seja, quando o Tribunal não detiver o direito à propriedade do que for desenvolvido, bem como não tiver a propriedade dos códigos fontes, documentação e quaisquer soluções e artefatos produzidos. Assim, a partir da edição da norma, aqueles tribunais que ainda insistiam em contar com processos eletrônicos desenvolvidos por empresas privadas passarão a ter que adotar medidas para adequação e migração para uma das soluções públicas, sob pena de responsabilização nas esferas administrativa e judicial dos ordenadores de despesa e dos gestores de tecnologia da informação<sup>5</sup>.

A referida norma traz, também, uma novidade no que diz respeito à simplificação de acesso para o público externo. Em seu art. 11, a norma estabelece que o CNJ deverá coordenar força-tarefa no intuito de desenvolver um portal com interfa-

ce nacional única para os usuários externos em que todos os sistemas atuais deverão ser disponibilizados, integrando a solução como microsserviços<sup>6</sup>.

Esse portal único, quando disponível, irá responder a uma demanda existente desde a criação do CNJ no que diz respeito à informatização, sob a perspectiva do usuário externo, com vistas à homogeneização da atuação dos atores judiciais, concretizando o conceito doutrinário de que o Poder Judiciário é uno e não apenas uma complexa reunião de órgãos e instâncias recursais (NALINI, 2004, p. 68).

E isso só será possível a partir de uma nova visão do sistema de justiça, entendendo que, para o usuário do sistema de justiça, pouco importa quem desenvolveu uma determinada funcionalidade digital ou um sistema de processo eletrônico. Se a justiça é efetivamente um serviço, dentro dessa nova concepção atualmente proposta, o que se espera é tão somente o atendimento das demandas quando se recorre ao Poder Judiciário. Romper com a ideia de que cada órgão deve ter um portal próprio é uma ideia que consolida o papel do CNJ, confirmando o registrado no julgamento da ADI 3.367/DF no sentido de que “somente um órgão de dimensão nacional e de competências centralizadas pode, sob tais aspectos, responder aos desafios da modernidade e às deficiências oriundas de visões e práticas fragmentárias na administração do Poder (Judiciário)”<sup>7</sup>.

A proposta de uma interface única para o usuário externo, compatível com a visão doutrinária de um Judiciário nacional, confere racionalidade e eficácia ao Poder Judiciário, e, ao integrar os sistemas como microsserviços, amplifica as possibilidades de disseminação das boas experiências existentes.

### 3. RESOLUÇÃO CNJ N. 337, DE 2020

Ao longo de ano de 2020, como resposta aos desafios trazidos para o funcionamento do Poder Judiciário em tempos de restrição de contato interpessoal impostos pela pandemia do novo coronavírus, o CNJ editou diversas normas para regulamentar a continuidade da prestação jurisdicional, sem descuidar das necessárias medidas de prevenção do contágio pela Covid-19.

Entre essas normas, a Resolução CNJ n. 314, de 2020, ao disciplinar a retomada dos serviços judiciais, autorizou a utili-

2 O artigo 1º da mencionada Resolução n. 335/2020 prevê o “PJe como sistema de Processo Eletrônico prioritário do Conselho Nacional de Justiça”, e o artigo 15 estabelece que esse sistema, “face a seu avançado estágio de desenvolvimento aderente a PDPJ-Br, será mantido e aprimorado capitaneando a nova Plataforma”.

3 “Art. 16. Os demais projetos de sistema processual público coordenados por outros tribunais também poderão ser mantidos e aprimorados para se adequar a PDPJ-Br, desde que: I - estejam aderentes a plataforma de interoperabilidade entres os sistemas, definida pela Presidência do CNJ; II - seja possível a coexistência mediante desenvolvimento colaborativo; e III - seus novos módulos e evoluções sejam disponibilizados na Plataforma Nacional para permitir a utilização por toda a rede do Poder Judiciário.”

4 “Art. 22. Ficam revogados os artigos 34 e seus parágrafos, 44 e seu parágrafo único, 45 e 46 da Resolução CNJ n. 185/2013.”

5 “Art. 5º Fica proibida a contratação de qualquer novo sistema, módulo ou funcionalidade privados, mesmo de forma não onerosa, que cause dependência tecnológica do respectivo fornecedor e que não permita o compartilhamento não oneroso da solução na PDPJ-Br.

§ 1º A dependência tecnológica indicada no *caput* diz respeito à hipótese em que o tribunal contratante não tenha direito à propriedade do que for desenvolvido e não tenha direito aos códigos fonte, documentação e quaisquer outros artefatos que venham a ser produzidos.

§ 2º Os tribunais que possuem contratos nas condições previstas no § 1º deste artigo terão prazo fixado em ato normativo próprio para início de projeto-piloto de adequação.

§ 3º O descumprimento da regra prevista no *caput* poderá ensejar:

I - a responsabilização do ordenador de despesas por improbidade administrativa, sem prejuízo da comunicação ao Tribunal de Contas respectivo; II - apuração de possível responsabilidade disciplinar dos gestores de TIC e da administração do respectivo tribunal.”

6 “Art. 11. Caberá ao CNJ definir e coordenar a força-tarefa para o desenvolvimento do portal com interface nacional única para os usuários externos. Parágrafo único. Todos os sistemas judiciais atuais deverão aderir à solução prevista no *caput*, integrando-a aos seus sistemas como um microsserviço”.

7 Trecho do voto do Ministro Cezar Peluso, Relator da ADI 3.367/DF.





zação, em caráter emergencial, para realização de atos virtuais – em especial audiências e sessões de julgamento – por todos juízos e tribunais, de uma solução tecnológica para videoconferências disponibilizada pelo Conselho por meio de seu sítio eletrônico na internet ([www.cnj.jus.br/plataformavideoconferencia-nacional/](http://www.cnj.jus.br/plataformavideoconferencia-nacional/)) ou outra ferramenta equivalente, devendo os arquivos serem imediatamente disponibilizados no andamento processual, com acesso às partes e procuradores habilitados.

Posteriormente, a fim de dar continuidade à implementação de um modelo de justiça cada vez mais digital, a solução, inicialmente temporária, ganhou contornos de definitividade com a edição da Resolução CNJ n. 337, de 2020. Tal norma dispõe sobre a utilização de sistemas de videoconferência no Poder Judiciário, determinando que cada um dos tribunais deverá, em até 90 (noventa) dias, adotar uma solução tecnológica para suas audiências e atos oficiais, devendo comunicar ao Conselho Nacional de Justiça o nome da ferramenta a ser utilizada e o endereço eletrônico em que pode ser acessada.

Destaque-se que o CNJ não impõe que seja adotada ferramenta específica, mas indica que cada órgão judicial busque a solução que for mais eficiente e compatível com o sistema processual eletrônico adotado no respectivo tribunal.

#### 4. RESOLUÇÃO CNJ N. 341, DE 2020

É certo que alguns atos processuais, ainda que possam ser realizados por meios telemáticos, demandam um cuidado especial a fim de assegurar às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, nos termos dispostos no art. 7º do CPC.

Tal situação fica mais evidente, por exemplo, no caso de depoimentos testemunhais, em que deve ser assegurada a incomunicabilidade entre as testemunhas (art. 456 do CPC), no cumprimento da regra que veda o acompanhamento do depoimento pessoal por quem ainda não depôs (art. 385, § 2º, do CPC), bem como a proibição de depoimento sobre fatos articulados e com amparo em escritos anteriormente preparados (art. 387 do CPC).

Com vistas a buscar minimizar tais problemas, o CNJ aprovou o texto da Resolução CNJ n. 341/2020, no sentido de que sejam disponibilizadas salas específicas em todas as unidades do Poder Judiciário, em quantidades a serem avaliadas de acordo com a demanda em cada tribunal, a fim de permitir a realização de atos processuais, especialmente depoimentos de partes, testemunhas e outros colaboradores da justiça por sistema de videoconferência em todos os fóruns, garantindo a adequação dos meios tecnológicos aptos a dar efetividade às regras processuais vigentes.

Na prática, a norma busca assegurar a higidez da prova oral produzida, estabelecendo que deverão ser designados servidores para acompanhar a videoconferência na sede da unidade judiciária, que serão responsáveis pela verificação da regularidade do ato, pela identificação e garantia da incomunicabilidade entre as testemunhas, quando for o caso, entre outras medidas necessárias para realização válida do ato.

#### 5. RESOLUÇÃO CNJ N. 345, DE 2020

Dando efetividade à diretriz estabelecida no Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 2015), que privilegiou a prática virtual dos atos processuais, os quais deverão ser produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico (art. 193), foi editada a Resolução CNJ n. 315, de 2020, que autoriza a adoção, pelos tribunais, das medidas necessárias à implementação do “Juízo 100% Digital” nos órgãos do Poder Judiciário.

Nesse modelo, todos os atos processuais serão exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto por intermédio da rede mundial de computadores, sendo importante destacar o caráter facultativo da proposta, visto que a parte autora poderá, até o momento da distribuição da ação, optar pelo ajuizamento de ações em “Juízo 100% Digital”, observadas as diretrizes da norma e os atos normativos de organização judiciária local. Além disso, para que os feitos possam tramitar nesse novo tipo de juízo, é necessário que a parte contrária não apresente oposição à escolha pelo novo modelo, o que poderá ser feito até a prolação da sentença, preservados todos os atos processuais já praticados.

Vale destacar que o “Juízo 100% Digital” deverá assegurar o atendimento remoto durante o horário de expediente forense por meio de telefone, e-mail, videochamadas, aplicativos digitais ou outro meio de comunicação que venha a ser definido pelo Tribunal.

Nessa nova forma de acesso ao Poder Judiciário, as audiências e sessões ocorrerão exclusivamente por videoconferência. E mais: o atendimento de advogados pelos magistrados e servidores lotados no “Juízo 100% Digital” ocorrerá exclusivamente de forma eletrônica durante o horário fixado para atendimento ao público, observando-se a ordem de solicitação, os casos urgentes e as preferências legais.

Por último, a norma prevê que os resultados serão acompanhados pelos Tribunais mediante indicadores de produtividade e celeridade informados pelo Conselho Nacional de Justiça e que o “Juízo 100% Digital” será avaliado após 1 (um) ano de sua implementação, podendo o Tribunal optar pela manutenção, descontinuidade ou ampliação das unidades digitais, comunicando a sua deliberação ao Conselho Nacional de Justiça.

#### 6. RECOMENDAÇÃO CNJ N. 94, DE 2021

Mais recentemente, em atenção ao pedido inicialmente formulado pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Santa Catarina (OAB/SC) e depois encampado pelo Conselho Federal da OAB, o CNJ editou a Recomendação CNJ n. 94, de 2021, no sentido de incentivar a “gravação de atos processuais, sejam presenciais ou virtuais, com vistas a alavancar a efetividade dos procedimentos judiciais, por meio do aperfeiçoamento das estruturas de governança, infraestrutura, gestão e uso de procedimentos cibernéticos”.

A provocação ao CNJ foi feita após os incidentes havidos em uma audiência via videoconferência realizada em processo que tramitou no Poder Judiciário de Santa Catarina e que





ganhou grande repercussão na mídia. A importância da gravação dos atos judiciais permite, da melhor forma, a apuração e o esclarecimento, de modo rápido, dos fatos e dos direitos, oportunizando a plena garantia das prerrogativas dos advogados no exercício de seu mister, bem como as garantias dos próprios jurisdicionados.

Vale destacar que, como já demonstrado anteriormente, por meio da Resolução CNJ n. 337, de 2020, os tribunais já foram instados a adotar recursos tecnológicos que permitam a realização de audiências, sessões e outros atos processuais por meio eletrônico. A gravação, portanto, em tais situações, é apenas a utilização de mais uma funcionalidade já disponível no sistema.

## 7. RESOLUÇÃO CNJ N. 372, DE 2021

A fim de otimizar o atendimento por cada unidade judiciária, simplificando o contato digital das partes e dos advogados com os setores de atendimento ao público, foi editada a Resolução CNJ n. 372, de 2021, regulamentando a criação de plataforma de videoconferência denominada “Balcão Virtual”.

Cada tribunal deverá, dentro de sua autonomia administrativa constitucionalmente assegurada, definir qual será a ferramenta tecnológica mais adequada para o atendimento virtual, podendo, inclusive, adotar solução diversa daquela empregada para realização de audiências, sessões de julgamento e outros atos processuais.

A ideia, de forma geral, é que o “Balcão Virtual” funcione de forma o mais similar possível ao atendimento prestado de modo presencial, devendo estar disponível durante todo o horário de atendimento ao público.

Para tanto, o link de acesso ao “Balcão Virtual” deverá ser publicado de forma clara nos portais dos órgãos do Poder Judiciário, preferencialmente juntos aos telefones e endereços eletrônicos de cada unidade judiciária, com a indicação de que o sistema funcionará apenas durante o horário de atendimento estipulado pelo tribunal.

## 8. RESOLUÇÃO CNJ N. 385, DE 2021

Todas as medidas antes analisadas sedimentaram o caminho para edição da Resolução CNJ n. 385, de 2020, que autoriza a criação dos “Núcleos de Justiça 4.0”. Tal iniciativa tem o escopo de promover o acesso à Justiça Digital, criando um ambiente virtual de tutela jurisdicional efetiva, com o fito de superar as limitações e os obstáculos geográficos.

Tais núcleos permitirão o redimensionamento e a reestruturação das unidades jurisdicionais, superando conceitos deveras relacionados ao mundo físico como as ideias de “Comarca”, “Vara” e “Seção Judiciária”, ampliando, inclusive, a competência territorial de magistrados para além dos limites hoje existentes, uma vez que a virtualização de processos e procedimentos permite a distribuição da força de trabalho, que não precisa mais desempenhar sua atividade vinculada a um único local, de modo físico e presencial. Nesse sentido, verifica-se a efetiva desterritorialização, em que “a ‘longa manus’

do juiz, desmaterializada, torna-se mais extensa, conectada” (CHAVES JÚNIOR, 2016, p. 448).

Munidos de soluções de tecnologia, magistrados, servidores, advogados e outros atores do sistema de justiça podem realizar atos processuais, mesmo estando fora dos cartórios, fóruns ou escritórios, bastando, para tanto, um dispositivo eletrônico para acesso ao sistema.

Os “Núcleos de Justiça 4.0” servirão para romper com determinadas dificuldades de atuação, em especial o que diz respeito aos elevados custos de deslocamento para outros municípios ou, até mesmo, Estados, para defesa de seus clientes. Além disso, ampliam-se as possibilidades de participação em audiências e sessões em diferentes juízos ou fóruns no mesmo dia, o que hoje, em diversas localidades, é praticamente inviável, em razão dos problemas de trânsito e congestionamentos.

Merece especial destaque, no ato normativo recentemente aprovado, a previsão do artigo 2º no sentido de que “o interesse do advogado de ser atendido pelo magistrado será devidamente registrado, com dia e hora, por meio eletrônico indicado pelo tribunal e de que a resposta sobre o atendimento deverá, ressalvadas as situações de urgência, ocorrer no prazo de até 48 horas”.

## 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O momento é de transformação, quebra de paradigmas e de desenvolvimento de um novo modelo em que a justiça é pensada como um serviço de interesse do cidadão, que deve ser prestado de forma célere e eficiente.

As ferramentas tecnológicas atualmente existentes são um caminho para aproximar cada vez mais os diversos atores sociais, redefinindo conceitos e criando uma principiologia própria para uma nova Justiça 4.0, com base em ideias como virtualização e desterritorialização.

Vivemos hoje um “novo começo de era”, em que os impactos trazidos pela tecnologia para a prestação dos serviços judiciais apontam, em homenagem à clássica evolução criada por Cappelletti e Garth (1988, p.8), para uma quarta onda de acesso à justiça, que deve ser navegada por meios telemáticos. E tal onda deve refletir uma efetiva ampliação das portas de entrada e saída do sistema de justiça, tornando-o cada vez mais efetivo e para todos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 94, de 9 de abril de 2021. *Diário de Justiça Eletrônico/CNJ, Brasília*, n. 94, p. 4-5, 14 abr. 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3860>. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 335, de 29 de setembro de 2020. *Diário de Justiça Eletrônico/CNJ, Brasília*, n. 320, p. 2-6, 30 set. 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3496>. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 337, de 29 de setembro de 2020. *Diário de Justiça Eletrônico/CNJ, Brasília*,





n. 320, p. 6-7, 30 set. 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3498>. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 341, de 7 de outubro de 2020. *Diário de Justiça Eletrônico/CNJ, Brasília*, n. 328, p. 5-7, 8 out. 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3508>. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 345, de 9 de outubro de 2020. *Diário de Justiça Eletrônico/CNJ, Brasília*, n. 331, p. 2-3, 9 out. 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512>. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 372, de 12 de fevereiro de 2021. *Diário de Justiça Eletrônico/CNJ, Brasília*, n. 38, p. 2-3, 18 fev. 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3742>. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 385, de 6 de abril de 2021. *Diário de Justiça Eletrônico/CNJ*, n. 86, p. 6-8, 7 abr. 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3843>. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367-1*. Tribunal Pleno. Relator: Cezar Peluso, 13 de abril de 2005. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22AD1%203367%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22AD1%203367%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 30 maio 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Elementos para uma teoria do processo em meio reticular-eletrônico. In: ROVER, Aires José. *Engenharia e gestão do judiciário brasileiro: estudos sobre E-Justiça*. Erechim: Deviant, 2016.

NALINI, José Renato. *Os três eixos da reforma do judiciário*. Revista do Advogado, São Paulo, n. 75, p. 67-72, abr. 2004.

### André Godinho

Conselheiro do CNJ, Ouvidor Nacional de Justiça, Presidente da Comissão Permanente de Aperfeiçoamento da Justiça Militar.

### Leonardo Peter da Silva

Mestre em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo IESB/DF e assessor jurídico no CNJ.



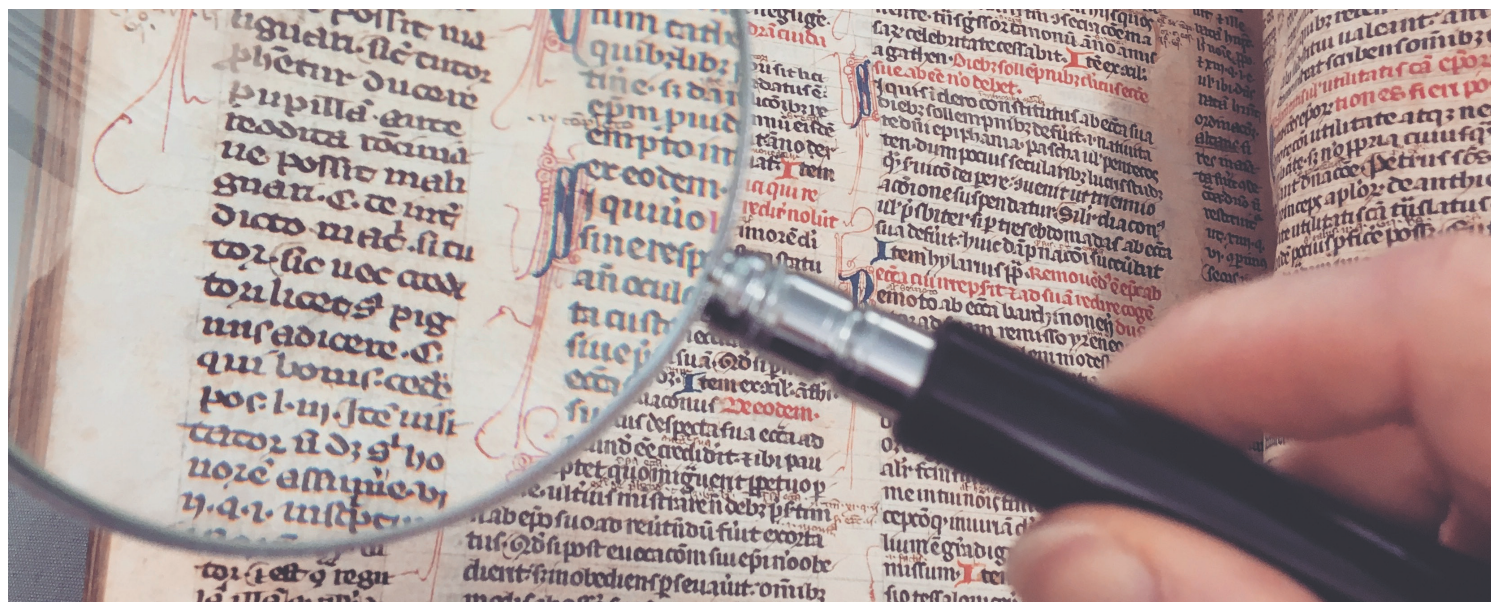


Foto: Pexels

# O debate sobre hermenêutica e o Direito brasileiro

**Fernando Armando Ribeiro**

## RESUMO

A hermenêutica moderna nos ensina que tudo o que é apreendido e representado pelo sujeito cognoscente remete a um processo hermenêutico e que o mundo vem à tona pela palavra; sendo a linguagem já a primeira interpretação, a hermenêutica torna-se inseparável da vida humana e, por conseguinte, do próprio Direito. Portanto, o Direito depende da mediação hermenêutica. Sem hermenêutica não há Direito, apenas textos normativos. O artigo procura investigar as transformações que a hermenêutica pode e tem trazido para o Direito, especialmente na consolidação de um novo modelo de racionalidade jurídica, e como ela pode influenciar toda a compreensão e a aplicação do Direito, e não apenas a teoria do Direito. Assim, vamos examinar alguns dos mais importantes debates sobre a hermenêutica no século XX, procurando apontar como as conquistas reflexivas daí advindas podem oferecer suporte à superação de várias das aporias deixadas pelo positivismo jurídico.

**Palavras-chave:** Hermenêutica; Métodos; Gadamer; Linguagem; Aplicação

## ABSTRACT

*Modern hermeneutics teaches us that everything that is perceived and represented by human beings refers to a process of interpretation, and the world comes out through language. Therefore, Law depends on the hermeneutic mediation. Without hermeneutics there is no law, only normative texts. This paper tries to investigate how the philosophical hermeneutics can affect Law, especially through the construction of a new mode of legal rationality, as it can influence legal understanding as well*

*as its application. Therefore, departing from some of the most important debates on the XX century hermeneutics, we intent to investigate how philosophical hermeneutics can offer a reflexive support for overcoming gaps and contradictions left by legal positivism.*

**Keywords:** Hermeneutics; Methods; Gadamer; Language; Application

## INTRODUÇÃO

A crise de paradigmas que acompanha a própria evolução do Direito na modernidade, enquanto rito de superação histórica, faz-se sumamente aguda no século XX – e mais especificamente após a Segunda Guerra – quando as ainda jovens soluções propostas por um constitucionalismo social viram-se, pois, defrontar com as alarmantes disparidades produzidas por tantas de suas próprias bases de sustentação.

O aparente esgotamento dos postulados iluministas e cientificistas do século XIX termina de alguma forma introjetado naquela que foi a resposta epistemológica encontrada pelos juristas para a ingente crise de cientificidade que tomava conta do Direito: o positivismo jurídico. É que, ao se estabelecer enquanto discurso de clarificação e cientificação do jurídico, em homenagem à construção epistemológica prevalente nas ciências naturais e exatas, esquecia-se o positivismo de problematizar as próprias pré-concepções possibilitadoras da tentativa de construção de uma depuração linguística e metodológica de tal magnitude. Afugentava-se, então, em uma abstração que, se por um lado garantia a plenitude de respostas a antigas aporias; por outro, deixava de lado um elemento insuprimível a toda manifestação do Direito e à própria condição humana: a história. A história enquanto concretude incompatível com um





jogo linguístico abstrato, quer em sua logicização formal, quer ainda como puro dever ser futuro. História que se manifesta como o movimento do próprio real, ou como processualidade inteligível do real no tempo histórico da linguagem e da cultura. Inicia-se, então, todo um movimento que, com similitudes constatáveis a par de amplas diferenças, consagra-se à laboriosa tarefa não apenas de repensar as possibilidades do fazer científico jurídico, o método e a práxis jurídica, como também de problematizar a própria questão do fundamento do Direito.

Dentre os movimentos filosóficos que de forma mais profunda e efetiva puderam contribuir para um repensar do Direito moderno, situa-se sem dúvida a hermenêutica filosófica de matriz heideggeriana e gadameriana. Como um pensamento voltado a problematizar as condições de possibilidade, cria-se a passagem para aquele que ficaria conhecido como o “giro hermenêutico-linguístico” da filosofia, movimento reconhecido por sua enorme consistência ao fornecer a resposta a inquietantes problemas tais como as condições da compreensão, o sentido da interpretação, a historicidade, a existência e a faticidade, o ser e a temporalidade. Ademais, ao encetar uma importante polêmica com o psicologismo-naturalista então reinante, abrir-se-iam novos caminhos que, aptos a fornecer um novo sentido às ciências, ofereceriam ao Direito não apenas o consolo de uma forçada aproximação científica, mas o estatuto de modelo de uma práxis procedimental aberta, apta a ressaltar o que de mais importante se passa em toda compreensão humana, vale dizer, a aplicação.

Tem-se, a partir daí, uma possibilidade de construção científico-jurídica que se distancie da abstração da pura epistemologia de feições neopositivistas, abrace a concretude da faticidade histórica e realize-se como “acontecer” (*Ereignen*) da “problemático-judicativa realização concreta do Direito”. (NEVES, 2003, *passim*).

Concomitantemente, e de forma essencialmente ligada a tais transições, o fenômeno do constitucionalismo, cuja longa história também reflete a mudança paradigmática do Direito, recebe novas leituras. A partir daí, longe de contemplar a Constituição como mero reflexo dos “fatores reais de poder” (LASSALE, 1998, *passim*) – com o inevitável menoscabo para com o caráter indubitavelmente deontológico das normas constitucionais –, nem tampouco situá-la como mero marco formal de sustentação hierárquica do ordenamento jurídico – potencialmente justificadora de toda e qualquer ordem como sendo uma “ordem constitucional” –, passa a concebê-la como o resultado de um movimento dialético de interação entre o texto e a realidade (tempo histórico-linguístico) conformador da ordem constitucional concreta. É a Constituição aberta e principiológica constituidora do Estado Democrático de Direito.

Considerando que tudo o que é apreendido e representado pelo sujeito cognoscente remete a um processo hermenêutico e que o mundo vem ao conhecimento pela palavra, estando a linguagem ela mesma em uma dimensão interpretativa, a hermenêutica torna-se inseparável da vida humana e, por conseguinte, do próprio Direito. Portanto, o Direito depende da mediação hermenêutica. Sem hermenêutica, não há Direito, apenas textos normativos. No Direito, por intermédio do discurso, se exprime o válido e o não válido, o razoável e o não razoável, o que corresponde à dignidade da pessoa humana e o que a nega ou ignora, e, para tanto, sempre se está envolvido em uma dimensão hermenêutica.

Investigar e refletir a aplicação do Direito no paradigma do Estado Democrático de Direito e no contexto do pluralismo exige o reconhecimento da inevitabilidade do trabalho de recriação crítica dos textos normativos. Neste sentido, a Hermenêutica Filosófica desenvolvida por Hans-Georg Gadamer pode revelar-se fecunda e imprescindível ao estudo do Direito, demonstrando a sua inevitável compreensão enquanto diálogo crítico e reflexivo com a tradição. Neste estudo, pretendemos demonstrar a importância da hermenêutica filosófica para a construção de uma nova matriz da racionalidade jurídica, coesa e compatível com o paradigma democrático que é conferido ao Direito pela principiológica constitucional.

## A TEORIA CLÁSSICA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Historicamente, a hermenêutica penetrou de forma gradativa no domínio das ciências humanas e da filosofia, adquirindo com o advento da modernidade, diversos significados. O modelo hermenêutico, desde a escolástica até o sistema histórico-evolutivo, consistiu, em linhas gerais, no estudo da sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões. Por conseguinte, a hermenêutica jurídica, no sentido tradicional, busca o sentido da *verba legis* por intermédio de métodos e técnicas de interpretação da lei. Assim, constitui-se uma teoria da interpretação.

Esta concepção da hermenêutica clássica no Direito é performativamente representada pelo pensamento de Francesco Ferrara, jurista italiano de 1921 cuja obra revela o entendimento de uma hermenêutica normativa que muita confiança deposita nos métodos interpretativos. Ferrara (2002, p. 24) assevera que o intérprete tem apenas o papel de mediador entre a lei e o fato. Para ele, “a missão do intérprete é justamente descobrir o conteúdo real da norma jurídica”.

No Direito brasileiro, esse pensamento hermenêutico normativo se personificou no nome de Carlos Maximiliano (1999, p. 1), que assim ensinava:

A hermenêutica jurídica tem por objetivo o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. (...) Para aplicar o Direito se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em suma, **o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém**: é o que se chama interpretar.

Para essa corrente de pensamento, interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, procurando o significado dos conceitos jurídicos. A hermenêutica é a técnica. Deste modo, existem regras que o intérprete deve seguir, as quais se manifestam e se multiplicam nos chamados métodos de interpretação. Poderiam tais métodos levar à vontade do legislador, ou à vontade da lei, ou ainda ao estabelecido pela livre convicção do juiz? Não importa, o relevante é que, para esses autores, a grande contribuição da hermenêutica seria fornecer os métodos de interpretação que mostrariam o significado das normas.





## A CONTRIBUIÇÃO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA AO DIREITO

As inconsistências e os problemas das concepções positivistas continuam sendo ignorados por uma parcela da comunidade jurídica que ainda insiste em aplicar irrefletidamente postulados advindos do paradigma da metódica jurídica, como, por exemplo, o de Carlos Maximiliano. Como acentua Lênio Streck (2003, p. 39), a hermenêutica enquanto técnica, saber operacional, domina no campo jurídico, uma vez que o pensamento dogmático do Direito crê na existência de uma subjetividade instauradora do mundo que possibilitaria a “interpretação correta”, o “exato sentido da norma”. Tal compreensão jaz sob o paradigma da filosofia do sujeito, partindo da concepção de que é no sujeito que reside a verdade. Nas palavras de Lênio Streck (2003, p. 18):

[...] as práticas hermenêutico-interpretativas vigorantes/hegemônicas no campo de operacionalidade – incluindo aí a doutrina e a jurisprudência – ainda estão presas à dicotomia sujeito-objeto, carentes e/ou refratários à viragem lingüística de cunho pragmatista-ontológico ocorrida contemporaneamente, onde a relação passa a ser sujeito-sujeito. Dito de outro modo, no campo jurídico brasileiro a linguagem ainda tem um caráter secundário, uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, enfim, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de “essências” e “corretas exegeses” dos textos legais.

Mas por que ainda impera no campo do Direito o paradigma da filosofia do sujeito? Um dos motivos é, certamente, a resistência que se opõe às novas idéias. Não obstante, conforme expõe Souza Cruz (2001, p. 3), o exame dogmático dos textos legislativos se sustenta na incorporação das noções clássicas da divisão qualitativa dos poderes pela qual ao legislativo caberia uma ação de caráter volitivo, legando-se ao magistrado apenas a descoberta de uma suposta vontade da lei ou do legislador. Vale lembrar ainda que, segundo Dalmo Dallari (1980, p. 95), o emprego dos vários modelos de interpretação confere ao intérprete o sentimento de isenção frente às injustiças que decorrem da lei, o que parece ser um tanto quanto cômodo. Além disso, acredita-se que a utilização das técnicas interpretativas pode conferir a tão aclamada segurança jurídica, pois limitaria o intérprete, afastando-se, assim, as convicções teóricas próprias de cada indivíduo.

Todavia a aplicação do Direito segundo os padrões dos métodos de interpretação implica a manutenção do que Tércio Sampaio denomina “*mistério divino do Direito*”, remetendo ao “princípio de uma autoridade eterna fora do tempo e misticante, conforme as exigências dos mecanismos de controle burocrático num contexto centralista” (FERRAZ JR, 1998, p. 178). É que a dogmática interpretativa não consegue atender as especificidades das demandas originadas de uma sociedade complexa e conflituosa na qual o crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social reclamam novas posturas dos operadores jurídicos (STRECK, 2003, p. 17).

Como acentua Marcelo Galuppo (2001, p. 59), a organização e a conformação jurídica do dissenso, do pluralismo,

consubstanciado inclusive na Constituição Federal de 1988, depõe em desfavor de um pensar pronto e acabado acerca das regras jurídicas. Nesse sentido, a ideia de um sistema fechado mantido pelas técnicas interpretativas é refratária ao Estado Democrático de Direito, mesmo porque a ideia de se monopolizar o objeto do conhecimento, de representá-lo como ele realmente é em si mesmo, exprime o desejo de adquirir o poder do objeto, o poder de dizer a norma. Exige-se, no contexto do Estado Democrático de Direito, um “pensar problematizador” no qual a ideia de um sistema fechado, rigoroso e prévio seja afastada em prol de um uma reconstrução dialógica que reivindica o caso concreto.

Ante as constatações de que o horizonte tradicional da “hermenêutica” técnica se revela cada vez mais insuficiente para o desiderato da interpretação jurídica, os pressupostos teórico-científicos, metodológicos e também filosóficos da Ciência do Direito postos em evidência pela Hermenêutica de Gadamer necessitam ser estudados e aprofundados.

Pela hermenêutica de Gadamer, a questão interpretativa deixa de colocar-se enquanto um problema metodológico, ou de simples técnica, para ser condição de possibilidade, à medida que a interpretação não é concebida como um meio de conhecer, mas como um modo de ser. A partir da obra *Verdade e Método*, a pergunta pelo sentido do texto jurídico passar a ser uma pergunta pelo modo como este sentido se dá, qual seja, pelo ser que compreende e pelos horizontes de sentido. Assim, as questões levantadas por Gadamer atingem profundamente os marcos teóricos e/ou práticos da Ciência do Direito. Os métodos interpretativos ainda tão em voga no estudo do Direito não conseguem filtrar a situação hermenêutica do intérprete. No próprio modo de utilizar-se dos métodos interpretativos, já se manifesta aquele que se propõe a deles lançar mão. Ressalte-se, todavia, que a Hermenêutica de Gadamer não pretende negar que o Direito possui uma delimitação de sentido. Ele próprio esclarece que:

A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do Direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa de conjunto (GADAMER, 1998, p. 489).

Considerando o Giro Hermenêutico operado por Gadamer, pode-se dizer que o intérprete é produto da linguagem, que envolve os pré-conceitos advindos da tradição. A linguagem em Gadamer é pensada a partir de uma reflexão da filosofia analítica, tendo como aporte teórico, mais especificamente, a teoria dos atos de fala de Austin. Apreciando os estudos de Austin, Gadamer (1998, p. 566) afirma que “a linguagem é o médium universal em que se realiza a própria compreensão”. Só pela linguagem se pode compreender, salientando que não se entende por linguagem apenas a descrição dos objetos. É pela linguagem que se compreende, na medida em que é através dela que se relacionam velhas descrições com outras novas, portanto, é por meio dela que se cria e age.



É isso que permitirá a Gadamer entrelaçar a dialeticidade intrínseca à relação entre pensamento e fala, como conversação, na dialética da pergunta e da resposta pertinente à interpretação de qualquer texto. Neste sentido, chega o autor a dizer que “a linguisticidade da compreensão é a concreção da consciência da história efetual” (GADAMER, 1998, p. 567). Não apenas a tradição, mas a própria compreensão tem natureza linguística, portando, pois, uma relação fundamental com a linguisticidade. Como diz Gadamer (1998, p. 647), o próprio mundo “é o solo comum, não palmilhado por ninguém e reconhecido por todos, que une a todos os que falam entre si. Todas as formas da comunidade de vida humana são formas de comunidade linguística, e, mais ainda, formam linguagem”. A mundanidade linguística do mundo em que desde sempre já nos movemos constitui, então, condição de todas as nossas concepções. Não há um ponto de observação fora da história, assim como não há história sem linguagem. Compreende-se aí o caráter especulativo inerente à linguagem, na medida em que suas palavras não copiam o ente, mas deixam vir à fala uma relação com o todo do ser.

Se a compreensão é linguisticamente mediada, essa mediação é feita através de pré-compreensões. Nos termos de Gadamer (1998, p. 709), “não existe compreensão que seja livre de toda pré-compreensão, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar sempre dirigida, no sentido de escapar ao conjunto de nossas pré-compreensões”. A pré-compreensão seria uma antecipação prévia e difusa do sentido do texto influenciado pela tradição em que se insere o sujeito que o analisa. Noutros termos, é o produto da relação intersubjetiva que o hermenauta tem no mundo. A pré-compreensão é parte formadora da própria compreensão, constitui ontologicamente a compreensão. Deste modo, como assevera Pereira (2001, p. 28), não existe “possibilidade de compreender que se forme à margem do conjunto difuso de pré-compreensões advindas do horizonte histórico em que se situa o sujeito”.

Portanto, a situação hermenêutica do homem já o encamina a um objeto com um certo olhar. O fenômeno sempre é visto de forma mediada, é sempre representado. Não se conhece algo em sua plenitude, mas sempre algo enquanto algo.

Não obstante, Gadamer ressalta que o horizonte histórico não significa enclausuramento, mas abertura. Como coloca Pereira (2001, p. 28), a consciência do horizonte histórico permite melhor vislumbrá-lo rumo a um padrão mais correto. Pela noção do horizonte histórico, chega-se à consciência da múltipla possibilidade de sentidos em que se reconhece “uma constante mobilidade de significados cambiantes em função de cada época” (PEREIRA, 2001, p. 44).

Neste sentido, pertinentes são as considerações de Souza Cruz (2001, p. 232), que, aludindo ao giro linguístico, explica que, como fruto da linguagem social, o “magistrado deve deixar de contar apenas consigo mesmo (ou com o consolo de que sua decisão, em caso de erro, poderá ser revista pelo tribunal/instância superior)”. Como fruto da linguagem social, o magistrado conta com todos os seus pré-conceitos, desde suas mais remotas experiências (conscientes ou não), de sua formação humana e jurídica, até os elementos probatórios que se deram no curso regular do processo, argumentação das partes etc. A compreensão do juiz não se dá em solidão, ou seja, dele para com ele mesmo e exclusivamente a partir dele, pois ocorre num processo jurisdicional em que é precípuo o contraditório e a ampla defesa. Tanto o autor quanto o réu, ao se

manifestarem no processo em simétrica paridade, participam da interpretação-compreensão-aplicação (lembrando que não constituem momentos distintos) da lei expressa no provimento final do juiz. Portanto, no momento de produção do provimento jurisdicional as partes, o dito e o contraditado já aportam para o provimento jurisdicional, uma série de pré-compreensões, as quais densificam a possibilidade de sentido normativo para muito além de uma suposta moldura das normas.

Assim, o revelar da atividade interpretativa enquanto indissociável da pré-compreensão do intérprete impõe-se à exigência de que o processo de interpretação seja aberto. Neste sentido, torna-se ainda mais imprescindível a necessidade de os legitimados participarem do processo, para que venham a ser consideradas as suas próprias pré-compreensões, uma vez que sofrerão as consequências da compreensão/aplicação que se fizer da norma.

O Direito, a lei, o processo e toda a formação jurídica e de vida do hermenauta compõem suas pré-compreensões, às quais se fundem as novas leituras do texto legal que se seguirão, bem como a análise do caso concreto que surgir, as teses empregadas pelas partes, num círculo hermenêutico onde o saber do Direito não se fecha. Dessa forma, os métodos de interpretação devem ser entendidos como uma orientação aberta, incumbindo-lhes salientar os aspectos que o intérprete deve levar em conta, mas com consciência de que não têm o poder de esvaziar a interpretação das pré-compreensões do intérprete. Neste sentido, para Gadamer (1998, p. 41) a compreensão do Direito não significa apenas um projetar do intérprete em direção a um significado, mas precipuamente a aquisição pela compreensão de novas e numerosas possibilidades, tais como a interpretação do texto, as relações nele escondidas, as conclusões que dele advêm.

Na esteira de Gadamer, o intérprete do Direito já acessa o texto normativo munido de certas possibilidades de sentido, das pré-compreensões que, longe de revelarem um subjetivismo ou relativismo na interpretação, situam-se como verdadeiras condições de possibilidade de toda compreensão. Nesse sentido, para uma hermenêutica jurídica de viés gadameriano, o juiz só decide porque encontrou o fundamento. Como qualquer intérprete, há um sentido que é antecipado ao juiz – advindo das pré-compreensões –, sendo que a decisão judicial deverá advir dos sentidos partilhados pela compreensão de todos os envolvidos no processo. Portanto, o julgador não decide para depois buscar a fundamentação, mas só decide porque já encontrou o fundamento, que não é apenas uma antecipação prévia de sentidos tomada de pré-compreensões ainda não problematizadas, mas de uma dinâmica argumentativa que ultrapasse a dimensão antepredicativa em que se inserem as pré-compreensões. Esta dimensão argumentativa advém do fato de que o magistrado deve testar e aprimorar os fundamentos de sua decisão, revendo-os a partir de uma racionalidade discursiva. É certo que muitas decisões parecem manifestar apenas o primeiro sentido, isto é, revelam tão somente a antecipação do sentido embebida pelas expectativas do juiz, sem maiores aprofundamentos. Daí advém a ligação necessária, na dimensão processual, entre a hermenêutica e a teoria da argumentação. É que, se a decisão jurídica deve ser construída argumentativamente, não são apenas as compreensões e as pré-compreensões do Juiz que devem conformá-la. Para esses casos, a parte que se sente prejudicada, acreditando não ter sido o direito devidamente interpretado, pode valer-se do du-





plo grau de jurisdição, que encontra justamente aí um de seus mais sólidos fundamentos.

É relevante explicitar que, numa leitura gadameriana, mesmo após o aprofundamento de sentido, não se pode falar de uma verdade na interpretação, como se se cuidasse de um postulado absolutizante. Para Gadamer, pode-se ter num dado momento a melhor interpretação, considerando a história efetual da norma, seu contexto, sua construção dialógica e processual. Todavia esta interpretação não pode ser considerada como definitiva, uma vez que a interpretação acontece de forma circular e espiralada, em que, a cada leitura, novos elementos e releituras fazem-na expandir.

Destarte, uma interpretação só pode ser melhor em relação a um dado contexto e, nesse sentido, o caso concreto ganha relevo. O caso concreto que reflete uma nova situação na qual o intérprete (o juiz é antes de tudo um intérprete) tem que renovar a efetividade da norma. Tal efetividade não se consegue simplesmente na tentativa de reconstrução da intenção original do legislador, mesmo porque é ela uma tentativa fadada ao fracasso, considerando que a pré-compreensão daquele que interpreta faz parte do processo interpretativo. Renovar a efetividade da norma significa que, ante um caso concreto, o horizonte do intérprete, com todas as suas pré-compreensões (suas experiências de vida, seu estudo, formação e vivência do Direito) fundem-se com o horizonte legado pelas dimensões do próprio caso. E do inter-relacionamento do horizonte próprio do intérprete com o do caso concreto nasce um novo que, obviamente, como já pontuado, necessita ser aprofundado pelo intérprete, sob o risco de expressar equívocos e pré-conceitos inautênticos. Dessa forma, a pretensão reguladora da norma é apenas o início de todo um processo hermenêutico em que se tem a aplicação produtiva da norma, uma vez que a compreensão não é um simples ato reprodutivo do suposto sentido original do texto.

Não obstante, considerando o círculo hermenêutico, o intérprete do Direito não retorna da fusão com o caso concreto ou com o texto normativo da mesma forma que nele entrou, porquanto seus pré-conceitos originais podem-se consolidar, modificar, ou mesmo outros serem instaurados. Destarte, a cada caso concreto, ou a cada nova leitura do texto jurídico, tem-se um novo intérprete, seja mais convicto de sua posição jurídica, seja dela reticente.

Portanto, ante o círculo hermenêutico, tem-se um melhor intérprete do Direito. E melhor intérprete em termos gadamerianos remete à metáfora de amplitude, na qual quanto mais sentidos estiverem disponíveis e quanto maior a integração entre eles, melhor a compreensão do intérprete. Em termos mais gerais, compreender melhor o Direito é ter consciência efetiva da historicidade de sua aplicação, é ter mais a dizer sobre ele, é ser capaz de abrir-se para conjugar ditames normativos, institutos, experiências e teorias de uma maneira sempre renovada e ao mesmo tempo integrada a uma correta reconstrução da própria tradição.

## CONCLUSÃO

Notável foi a importância do pensamento hermenêutico gadameriano e heideggeriano no repensar de todo o conhecimento humano produzido, das ciências humanas às natu-

rais, constituindo, sem dúvida, um daqueles raros momentos históricos de autêntica reviravolta no pensamento filosófico. Até mesmo a tradição crítica e dialética da teoria do discurso reconhecera a imprescindibilidade da hermenêutica na desconstrução da autossuficiência objetivística das ciências do espírito, tal como sustentadas desde o séc. XIX, bem como também para revelar os limites da autossuficiência das ciências naturais. Ademais, ainda segundo Habermas, seria ela responsável por afirmar a implícita e incondicional vinculação entre o pensamento racional e toda a práxis humana (HABERMAS, 1987, *passim*).

A partir de então, vasto tem sido o aprimoramento e a aceitação conferidos à hermenêutica e à argumentação jurídica, que adquirem foros de um novo paradigma na metodologia jurídica contemporânea, apto a superar o marco do positivismo jurídico.

Todavia, questões ingentes remanescem abertas, a reclamar dos estudiosos um árduo e contínuo trabalho na busca de suas soluções. Como garantir que o arcabouço conceitual responsável pelo giro hermenêutico-linguístico atinja definitivamente o direito brasileiro, ultrapassando-se com isto tanto um fazer científico abstrato – característica da epistemologia neopositivista – quanto uma operacionalidade pouco eficaz e efetiva, especialmente de nosso direito constitucional? Qual a relação existente entre a hermenêutica de matiz heideggeriana e gadameriana com a teoria do discurso e a argumentação jurídica?

Ademais, constata-se que o universo jurídico brasileiro, em linhas gerais, segue ainda sendo refratário às contribuições da hermenêutica. Não só o fazer científico no Direito, quanto a sua própria operacionalidade técnica ainda não conseguiram se desvencilhar do velho paradigma metodológico construído pelas escolas de interpretação jurídica desde o séc. XIX e incrementado no séc. XX pela teorização de Emilio Betti, trasladada de certa forma para o Brasil pela clássica obra de Carlos Maximiliano<sup>1</sup>. Tais posições coadunam-se, em última instância, com várias das pretensões do positivismo jurídico, forte nas dicotomias entre *mens legis* e *mens legislatoris*, interpretação e aplicação, sujeito e objeto; a linguagem representando, como aduz Streck (2003, p. 94), um terceiro elemento que se interpõe no processo de interpretação, o qual se volta para “descobrir o real sentido da regra jurídica, dela extraindo tudo o que nela se contém”.

Evidentemente, o esquecimento hermenêutico tem diretas vinculações com todo o déficit de racionalidade, eficácia e coerência que muitas vezes atinge o Direito brasileiro, e que se faz claramente constatável, sobretudo a partir da redemocratização e da promulgação da Constituição de 1988, ela própria tantas vezes tornada refém das aporias advindas da metódica da velha teoria da interpretação.

Por meio de Gadamer, torna-se imperativa a consciência de que as pré-compreensões emergem a todo o momento, e é necessário um esforço demasiadamente grande, não abarcado pelo método, para não se tomar “as nuvens do erro pelo céu da verdade” (HEGEL, 1985, p. 41). Problematicando Gadamer, o intérprete do Direito pode desvelar novos sentidos sobre o denso problema da interpretação, encarando de forma mais realista e menos abstrata a tarefa que se põe diante dele. Pode, assim, fazer-se mais consciente do novo Direito capaz

1 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.





de emergir a partir da hermenêutica. Não o novo que tenha a pretensão de marco zero ou ponto de chegada na história, mas aquele que se abre à interlocução, à negação ou à reconstrução; pois é um legado da hermenêutica assumir a condição humana, finita e histórica, como condição de possibilidade de toda compreensão.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AUSTIN, John Langshaw. *Quando dizer é fazer: palavras e ação*. Tradução: Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.
- CATTONI, Marcelo. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.
- DALLARI, Dalmo. *Constituição e Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonard, 1998.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.
- \_\_\_\_\_. Esboços dos fundamentos de uma hermenêutica. In: FRUCHON, Pierce (org.). *O problema da consciência histórica*. Tradução: Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica Constitucional e pluralismo*. In: SAMPAIO, José Adécio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Dialética e hermenêutica*. Porto Alegre: LP&M, 1987.
- HEGEL, G. W. Friedrich. *A fenomenologia do espírito*. Tradução: Henrique Cláudio de Lima Vaz, Orlando Vitorino e Antônio Pinto de Carvalho. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. (Os pensadores).
- HEIDEGGER, Martin. *Sobre o humanismo*. Tradução: Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. São Paulo: Lúmen Júris, 1998.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- RIBEIRO, Fernando Armando. *Conflitos no Estado constitucional democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais*. In: SAMPAIO, José Adécio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Dialética e hermenêutica*. Porto Alegre: LP&M, 1987.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

### Fernando José Armando Ribeiro

Desembargador Presidente do TJMMG. Doutor em Direito pela UFMG. Professor da PUC-Minas. Membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas.





Foto: Pexels

# Os serviços contínuos na nova lei de licitação

**Cristiana Fortini  
Flaviana Paim  
Renata Costa Vaz Rainho**

*“A mudança é a lei da vida. E aqueles que apenas olham para o passado ou para o presente irão com certeza perder o futuro”*  
— John Kennedy

Não é de hoje que a terceirização de serviços desperta debates acirrados entre críticos do instituto e defensores de sua utilização em âmbito público como forma de racionalização de custos e aumento de ganhos com produtividade.

Tal paradoxo ganha novos contornos com a aprovação do novo marco legal de licitação e contratação pública – a Lei n. 14.133, publicada em 1º de abril de 2021. Em especial, a prestação de serviços contínuos em regime de cessão de mão de obra, largamente utilizada nas três esferas de governo.

A aparente singeleza do objeto destes contratos esconde uma série de questões que os envolvem, sejam elas relativas ao próprio modelo de contratação, sejam relativas ao peculiar mecanismo de reajuste, seja porque a entidade pública tomadora do serviço há de adotar ferramentas que contribuam para a fiscalização eficiente da avença, inclusive com vistas a minimizar os riscos de responsabilidade subsidiária, consoante decidido pelo STF no julgamento da ADC 16. Tais características bastam para atrair a atenção de estudiosos, agentes públicos e empresas.

Os contratos de prestação de serviço com dedicação exclusiva de mão de obra são aqueles em que se faz necessário que a empresa mantenha, em período integral e de forma

exclusiva, funcionários à disposição da Administração, para que executem tarefas de seu interesse. Por regra, trata-se de serviços cuja forma de execução segue uma rotina específica estabelecida e supervisionada pelo órgão contratante.

Conforme definição trazida na Nova Lei de Licitações – Lei n. 14.133/21, em seu art. 16, inciso XVI, os serviços terceirizados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são aqueles em que o modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que:

- I. Os empregados da contratada fiquem à disposição nas dependências da contratante para a prestação dos serviços;
- II. A contratada não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; e
- III. A contratada possibilite a fiscalização pela contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos.

Via de regra, são contratos que se caracterizam pelo fato de que o custo da mão de obra é totalmente absorvido pelo contrato. Há um aproveitamento total da jornada de trabalho do empregado alocado, de tal forma que este labora exclusivamente dedicado ao tomador do serviço. Por serem contratos



de execução indireta, a demanda administrativa é atendida por meio da atuação de terceiros estranhos aos quadros da Administração contratante. A despeito da ausência de vínculo entre trabalhador e a entidade pública tomadora de serviço, cumpre a esta acompanhar e fiscalizar a atuação da empresa contratada, não apenas com vistas a checar se a métrica contratual está observada quanto à qualidade da execução, mas, ainda, ao efetivo respeito à legislação no que toca ao pagamento de verbas trabalhistas e rescisórias, como verdadeira obrigação acessória decorrente do contrato terceirizado.

Embora a terceirização tenha sido adotada no mercado de trabalho há mais de quatro décadas, sua regulamentação em âmbito público demorou a surgir e inicialmente envolveu aspectos bem específicos previstos no extinto Decreto-Lei n. 200/1967. Porém, sua efervescência, em se tratando de contratos continuados em regime de dedicação exclusiva de mão de obra, remonta à década de 90, quando a lógica de transferir atividades à iniciativa privada e, assim, reduzir o peso do Estado levou ao Decreto Federal n. 2.271<sup>1</sup>, editado em 2 de julho de 1997, cujo § 1º do art. 1º previa que as atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações deveriam ser, de preferência, objeto de execução indireta. Em lugar de cargos efetivos destinados a tais tarefas, o que implicaria agentes públicos detentores de estabilidade, com todas as consequências daí derivadas, as atividades seriam realizadas por pessoal externo comandado por empresas contratadas<sup>2</sup>.

Foi o decreto acima indicado uma das inúmeras consequências jurídicas do “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”<sup>3</sup>, que redefiniu o papel do Estado, mediante o fortalecimento de sua função de promotor e regulador do desenvolvimento econômico e social e a diminuição de sua função de executor direto, adotando-se uma Administração Pública menos burocrática e mais gerencial, flexível e eficiente.

De lá para cá, a regulação jurídica em torno do tema experimentou grandes transformações. O número de normas federais sobre o tema cresceu de forma exponencial, impulsionado pela tentativa de salvaguardar os cofres públicos, afetados pelas inúmeras condenações provenientes da Justiça do Trabalho, que ignoravam o teor do que preconizam o *caput* e o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93. A despeito de estabelecerem que o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato e que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não transfere à

Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, a Súmula 331 do TST sintetizava o entendimento oposto, transportando ao tomador a responsabilidade subsidiária:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo nos casos de trabalho temporário (Lei nº 6019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador do serviço quanto àquelas obrigações, desde que tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. (Res. nº 23, de 17.12.1993, DJU de 21.12.1993.)



O inciso III valeu-se da expressão “atividades-meio” do tomador, como forma de limitar a atuação fática do instituto, utilizando um conceito não jurídico, mas de aplicação operacional e econômica, que, nos dias de hoje, perde sentido em face das orientações regulamentadas.

A inclusão da responsabilidade subsidiária da Administração Pública no inciso IV foi reação ao aprofundamento da terceirização autorizada a partir da Reforma Administrativa. Além da flexibilização no ingresso dos servidores, o contrato de emprego sujeita os terceirizados aos deveres do regime estatutário sem as vantagens correspondentes (tais como a estabilidade)<sup>4</sup>.

O reconhecimento da constitucionalidade do *caput* e do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 pelo STF levou à alteração da Súmula 331<sup>5</sup>, que, além de alterar o inciso IV, passou a contar com os incisos V e VI, assim redigidos:

1 Hoje revogado pelo Decreto n. 9.507/2018.

2 Na verdade, desde o Decreto-Lei n. 200/67, há um impulso a este título de vínculo conforme se verifica do art. 10, § 7º: “§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”

3 BRASIL. Presidência da República. Ministério da Administração e da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: [s.n.], 1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>.

4 DROPPA, Alisson; BIAVASCHI, Magda. A história da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização. *Mediações*, Londrina, v. 16, n. 1, p. 124-141, jan./jun. 2011.

5 Contrariamente ao fixado pelo TST, no julgamento da ADC 16 o STF entendeu ser uma consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666 a transferência consequente e automática dos encargos trabalhistas à Administração Pública, não possuindo responsabilidade subsidiária como “seguradora universal”. Defendeu-se a terceirização como necessária ao serviço público em razão da diminuição do papel do Estado, para torná-lo mais eficiente, mais ágil e menos custoso para a sociedade. Arguiu-se na ADC que o art. 71, § 1º, sofreria retaliação por parte dos órgãos do Poder Judiciário, sobretudo do TST, que diuturnamente negava vigência ao comando normativo, inclusive editando a malfadada Súmula 331, diametralmente oposta ao enunciado legal.



V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.



Entre as normas federais, merecem realce o Decreto n. 9.507/2018 e a Instrução Normativa n. 05/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

O Decreto n. 9.507/2018 estabelece que as contratações deverão ser precedidas de planejamento, bem como que o objeto da contratação será definido de forma precisa no edital, projeto básico ou termo de referência e no contrato como sendo exclusivamente de prestação de serviços. De forma bastante inteligente, traz um tratamento diferenciado às contratações de serviços em decorrência da alocação ou não da mão de obra em regime de exclusividade, bem como distingue as regras para terceirização na Administração Pública direta, autárquica e fundacional das regras para as empresas públicas e sociedades de economia mista, prescrevendo dois regimes bem distintos. Para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional é restritivo. Para as estatais, o decreto é flexível.

Tais contratos possuem cláusulas obrigatórias previstas no art. 8º, assim como exigências mínimas para os contratos de prestação de serviços continuados que envolvam disponibilização de pessoal da contratada de forma prolongada ou contínua (art. 9º). Dispõe ainda o Decreto sobre critérios para repactuação e reajuste (arts. 12 e 13), que acabaram sendo incorporados à Nova Lei de Licitações, como adiante veremos.

No mesmo sentido, a IN n. 05/2017 regula as contratações de serviços para a realização de tarefas executivas sob o regime de execução indireta pela Administração Pública federal, com o mesmo viés do Decreto supracitado de demandar critérios objetivos de planejamento da contratação, seleção do fornecedor e gestão do contrato.

Dentro deste grande tema, dois pontos centrais merecem destaque para comparação com as regras trazidas pela Lei n. 14.133/21: (i) os critérios para reajuste e repactuação dos valores dos contratos, (ii) as cautelas em sua gestão, mormente para se evitar responsabilidade subsidiária de seus gestores.

Afinal, a Nova Lei de Licitações bebe da mesma fonte do Decreto n. 9.507/2018 e da própria IN n. 05/2017, com vistas a nacionalizar as orientações em torno das contratações executadas de forma indireta.

Nesse sentido, a Lei n. 14.133/21 traz questões bastante relevantes do instituto da repactuação já consagradas especialmente em âmbito federal, não previstas na Lei n. 8.666/93 de forma expressa, a despeito de esta aludir ao gênero reajuste. A repactuação, por sua vez, é espécie de reajuste, uma vez que a recomposição do preço contratual ocorre a partir da variação dos componentes dos custos do contrato, devendo ser demonstrada analiticamente, de acordo com a Planilha de Custos e Formação de Preços em decorrência do reajuste salarial e demais benefícios da mão de obra alocada ao contrato, tendo como base o Instrumento Coletivo de Negociação (Convenção Coletiva ou Acordo Coletivo de Trabalho). Tais instrumentos alteram as condições de trabalho, trazem direitos e benefícios trabalhistas para as categorias que representam<sup>6</sup> e se constituem na melhor forma de manter as condições efetivas da proposta garantida constitucionalmente no art. 37, inciso XXI CF/88, uma vez que refletem bem o impacto do custo da mão de obra no contrato firmado, consubstanciando-se no verdadeiro sentido pelo qual a repactuação é utilizada em contratos em que há dedicação exclusiva de mão de obra ou a preponderância desta.

Não obstante, a Lei n. 14.133/21, no art. 6º, incisos LVIII e LIX, importou os mesmos conceitos de repactuação e reajustamento constantes da IN n. 05/2017, nos arts. 53 a 61; e do Decreto n. 9.507, nos arts. 12 e 13, conforme se pode observar:

Art. 6º [...]

LVIII - **reajustamento em sentido estrito:** forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais;

LIX - **repactuação:** forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, **devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra;**



Assim, se, de um lado, há o reajuste utilizado para remediar os efeitos da desvalorização da moeda através da utilização de índices setoriais ou gerais previstos em edital, no que tange aos contratos de fornecimento de bens ou prestação de serviços sem dedicação exclusiva de mão de obra, de outro, haverá a repactuação, focada na análise da variação dos custos na planilha de preços, no caso de contratos que têm por objeto a prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de

6 O art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal estipula que é direito dos trabalhadores urbanos e rurais o reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos de trabalho.

obra ou de contratos em que a mão de obra seja preponderante, nos termos trazidos no *caput* do art. 135 da Nova Lei de Licitações e Contratos.

Curiosamente não há, no art. 6º do PL, o conceito de serviços com “predominância de mão de obra”. O que há é, no inciso XVI<sup>7</sup>, o conceito de “serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra”, mas entende-se que a distinção entre eles está, principalmente, no fato de que, na dedicação exclusiva de mão de obra, não há compartilhamento, assim entendido como aproveitamento da mão de obra em outros contratos, visto que o tomador de serviços contrata a disponibilidade do empregado em tempo integral. Já, em um contrato de prestação de serviços com “predominância de mão de obra”, pressupõe-se que é irrelevante seu aproveitamento para atender um ou mais contratos, desde que o custo da mão de obra seja preponderante sobre os demais custos, ou seja, que represente a maior parcela de custo dentro do preço do serviço.

Igualmente não se encontra o conceito da predominância de mão de obra na IN n. 5/17 Seges/MP<sup>8</sup>, tampouco no Decreto n. 9.507/2018. Ambos atos normativos apenas conceituam serviços com dedicação exclusiva de mão de obra com os mesmos termos utilizados na Lei n. 14.133/2021.

A nosso entender, a caracterização de uma prestação de serviço com “preponderância de mão de obra” deveria ter sido prevista no rol de definições do art. 6º da Lei de Licitações, tal como foi realizada a caracterização de dedicação exclusiva de mão de obra, haja vista que destas classificações decorrem duas consequências que merecem nosso destaque no presente artigo, quais sejam, (1) a obrigatoriedade da repactuação da mão de obra e (2) a questão da responsabilidade em razão do descumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias da empresa contratada.

A respeito da repactuação, chama atenção a obrigatoriedade de previsão no edital de licitação, de certa forma replicada também no § 7º do art. 25:

§ 7º Independentemente do prazo de duração do contrato, **será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado** e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

Em comparação com o art. 40 da ainda vigente Lei n. 8.666/1993, verifica-se no mesmo sentido a obrigatoriedade de

previsão no edital dos critérios de reajuste do valor do contrato:

Art. 40. O **edital** conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, **e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:** XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, **desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;** (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Já no Decreto n. 9.507/2013, a previsão é:

Art. 13. O **reajuste em sentido estrito, espécie de reajuste nos contratos de serviço continuado sem dedicação exclusiva de mão de obra**, consiste na aplicação de índice de correção monetária estabelecido no contrato, que retratará a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais.

§ 1º **É admitida a estipulação de reajuste em sentido estrito nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano**, desde que não haja regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

§ 2º Nas hipóteses em que o valor dos contratos de serviços continuados seja preponderantemente formado pelos custos dos insumos, poderá ser adotado o reajuste de que trata este artigo.

Das orientações trazidas na Nova Lei de Licitações, em especial o art. 135, abaixo transcrito, despreende-se a possibilidade de previsão em edital para utilizar o reajuste em sentido estrito, por meio da aplicação de índice de correção monetária, somente em contrato de serviço continuado em que não houver a dedicação exclusiva de mão de obra caracterizada ou nos casos em que, mesmo havendo a caracterização de dedicação exclusiva de mão de obra, os insumos representem a maior parcela de custo dentro do preço do serviço. Para os serviços

7 XVI - serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra: aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que: a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços; b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos;

8 Subseção III - Dos Serviços com Regime de Dedicação Exclusiva de Mão de Obra

Art. 17. Os serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são aqueles em que o modelo de execução contratual exija, dentre outros requisitos, que: I - os empregados da contratada fiquem à disposição nas dependências da contratante para a prestação dos serviços; II - a contratada não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; e III - a contratada possibilite a fiscalização pela contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos. Parágrafo único. Os serviços de que trata o *caput* poderão ser prestados fora das dependências do órgão ou entidade, desde que não seja nas dependências da contratada e presentes os requisitos dos incisos II e III.



continuados com dedicação exclusiva de mão de obra ou com preponderância de mão de obra, a repactuação é o instituto apropriado. Veja-se o art. 135:

Art. 135. Os preços dos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra serão repactuados para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mediante demonstração analítica da variação dos custos contratuais, com data vinculada:

[...] § 4º **A repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quantas forem necessárias, observado o princípio da anualidade do reajuste de preços da contratação, podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, como os decorrentes de mão de obra e os decorrentes dos insumos necessários à execução dos serviços.**



Nesse ponto, a Nova Lei de Licitação, ao determinar a repactuação obrigatória como forma de reajustamento aos contratos de serviços com predominância de mão de obra e ao valer-se da expressão “serão repactuados”, poderá gerar discussões ou até mesmo retrocesso ao uso de contratos no modelo de gerenciamento de facilidades (*facilities management*), por exemplo, que tem como objetivo integrar os serviços de facilidades ao universo da Administração Pública, reduzindo custos operacionais e melhorando a performance institucional, constituindo-se em verdadeira tendência atual.

A definição de serviço, mormente a adotada na legislação tributária, no art. 110 do Código Tributário Nacional, vale-se muito da doutrina civilista, cuja matriz está no direito romano, assim considerado uma “obrigação de fazer”, em contraposição à “obrigação de dar”, vinculando-se à noção de trabalho, como aquele fruto de produção de esforço humano destinado para a satisfação de uma necessidade. Muito embora tenhamos uma série de serviços realizados com uso de meios tecnológicos e ainda serviços que não possuem natureza mercantil para fins de tributação de ISS, grande parte dos serviços contratados pela Administração Pública via terceirização possui a mão de obra, assim considerada o somatório dos custos da remuneração dos envolvidos, benefícios e encargos trabalhistas e previdenciários, como principal item de custo que forma o preço, a exemplo dos contratos de *facilities*.

Ademais, ao se entender que serviços com predominância de mão de obra requerem obrigatoriamente a previsão de repactuação em edital, como nos leva a crer o aludido *caput* do art. 135 da Lei n. 14.133/21, na fase de planejamento deveria haver a necessidade de elaboração da planilha de custos e formação de preços nos mesmos moldes determinados para os serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra, haja vista a necessidade de avaliação da “predominância”, o que poderia gerar alto custo administrativo, além de dificuldades na obtenção dos dados para inserção na planilha.

A Nova Lei de Licitações – Lei n. 14.133/2021, ao reprodu-

zir no art. 135, § 4º, já previsto no § 2º do art. 54 da IN n. 5/17 Seges/MP, autoriza que a repactuação possa ser dividida em quantas parcelas sejam necessárias, em razão de terem contagem de prazo de anualidade realizada em datas diferentes, como os decorrentes de mão de obra e os decorrentes dos insumos necessários à execução dos serviços. Há contratos cujos custos da mão de obra são oriundos de convenções coletivas diferentes, haja vista possuírem mão de obra alocada de categorias diferenciadas e outras pertencentes a categoria preponderante da empresa contratada, além da possibilidade de terem insumos, tal como vale-transporte, que são repactuados conforme Lei Municipal do local de execução.

Importante destacar ainda que, mesmo diante da obrigatoriedade de previsão no edital de licitação dos critérios de repactuação, o Tribunal de Contas da União entendia que o reajuste é devido mesmo sem previsão editalícia, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública e violação ao princípio da boa-fé objetiva.

Não se pode olvidar que o art. 37, inciso XXI, da Constituição da República determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos ao prever a obrigatoriedade de se manterem “as condições efetivas da proposta”.

Entre os importantes precedentes do TCU nesse sentido, cita-se:

Acórdão 7184/2018 - Segunda Câmara

Relator: AUGUSTO NARDES

Sumário: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONVÊNIO. IMPUGNAÇÃO PARCIAL DAS DESPESAS. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO E MULTA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. COMPROVAÇÃO DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE PARTE DAS DESPESAS E A VERBA FEDERAL. ATRASOS NOS REPASSES. CULPA EXCLUSIVA DA CONCEDENTE. OCORRÊNCIA DE PAGAMENTOS A MAIOR EM VIRTUDE DE DESPESAS COM REAJUSTES CONTRATUAIS. ERRO DE JULGAMENTO. PROVIMENTO. EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE. CONSTATAÇÃO DE DÉBITOS REMANESCENTES. NOVOS CONTORNOS DA MATÉRIA. NECESSIDADE DE NOVAS CITAÇÕES. AUTORIZAÇÃO.

[...] 11. O mesmo raciocínio vale para o ex-prefeito, que deve ser isentado de responsabilidade quanto ao valor pago a maior em virtude dos reajustes contratuais. Não há nenhuma evidência nos autos de que tenha, na condição de representante do convenente e signatário do ajuste, contribuído para o retardo nos repasses dos recursos federais.

12. **Por certo, não seria a ausência de previsão de reajuste de preços, no edital e no contrato, impedimento à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos (art. 37, inciso XXI), sob pena de ofensa à garantia constitucional inserta no art. 37, inciso XXI da Carta Maior. Ademais, a execução do contrato, com a recusa**



no reajustamento dos preços oferecidos à época da proposta, configuraria enriquecimento ilícito do erário e violaria o princípio da boa-fé objetiva, cuja presença no âmbito do direito público é também primordial.

13. Há que se considerar ainda que o ex-prefeito fez ingerências junto à Funasa, alertando-a da necessidade de se promover o reajuste de preços – o qual, ao final, foi feito com base em variações do Índice Nacional da Construção Civil (INCC), índice adequado ao caso e validado pela jurisprudência deste Tribunal –, procedimento resultante da celebração, entre as partes, de termo aditivo para aquela finalidade.

14. **Todo esse imbróglio nasceu de falha da Administração, não atribuível ao particular contratado com o poder público, ao ter a Funasa deixado de incluir no edital cláusula de reajuste contratual quando, inicialmente, previu a execução da obra em prazo inferior a um ano.** Essa situação aparentemente ocorreu como forma de assegurar atendimento à periodicidade anual estabelecida na Lei 10.192/2001 – que dispôs sobre o Plano Real – para fins de reajuste de preços dos contratos. Contudo, essa omissão dos gestores públicos – a meu ver escusável diante da falta de uniformização da questão, até mesmo internamente, e das circunstâncias da época – não deixa de conflitar com o entendimento atual perfilhado nesta Corte a respeito da obrigatoriedade de previsão de cláusula de reajuste, independentemente do prazo inicialmente estipulado de execução da avença:

66. **Entretanto, o estabelecimento dos critérios de reajuste dos preços, tanto no edital quanto no instrumento contratual, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição, ante o disposto nos artigos 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/93.** Assim, a sua ausência constitui irregularidade, tendo, inclusive, este Tribunal se manifestado acerca da matéria, por meio do Acórdão 2804/2010-Plenário, no qual julgou ilegal a ausência de cláusula neste sentido, por violar os dispositivos legais acima reproduzidos. Até em contratos com prazo

de duração inferior a doze meses, o TCU determina que conste no edital cláusula que estabeleça o critério de reajustamento de preço (Acórdão 73/2010-Plenário, Acórdão 597/2008-Plenário e Acórdão 2.715/2008-Plenário, entre outros) [trecho extraído do relatório precedente ao Acórdão 2.205/2016-TCU-Plenário, cuja fundamentação foi acompanhada pela relatora, Min. Ana Arraes, em seu voto] [grifei].

Na mesma linha, a Decisão 698/2000-TCU-Plenário (Rel. Min. Humberto Guimarães Souto):

8.1. determinar à SERGIPTOS que:  
(...)

8.1.6. nos contratos relativos às obras financiadas com recursos federais, mesmo nos casos cuja duração seja inferior a um ano, preveja a possibilidade de reajuste, fazendo menção ao indicador setorial aplicável, nos casos em que, inexistindo culpa do contratado, o prazo inicialmente pactuado não seja cumprido; (grifei).

O segundo ponto de análise nos contratos de prestação continuada diz respeito à sua gestão, cabendo destacar as suas cláusulas obrigatórias. Efetivamente, tanto no Decreto n. 9.507/2018 quanto na IN n. 05/2017 Seges/MP, há preocupação com o planejamento e a gestão de riscos dos contratos de prestação continuada, em especial aqueles em regime de dedicação exclusiva de mão de obra.

Por exemplo, segundo o art. 18 da IN n. 05/2017, o procedimento de gerenciamento de riscos, obrigatório para os contratos em que há serviços realizados em regime de dedicação exclusiva de mão de obra, deve considerar o risco de descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e relativas ao FGTS da contratada<sup>9</sup>.

No mesmo sentido, o Decreto n. 9.507/2018 exige uma série de medidas de prevenção de riscos a partir da inserção de cláusulas obrigatórias nas avenças contratuais.

A Lei n. 14.133/21 normatiza, em seu art. 50, abaixo reproduzido, a determinação de que o contratado apresente a comprovação do cumprimento de suas obrigações sempre que solicitado pela Administração Pública, sob pena de multa, reforçando a necessária proatividade relacionada à fiscalização administrativa, já mencionada nas orientações trazidas tanto

9 Art. 18. Para as contratações de que trata o art. 17, o procedimento sobre Gerenciamento de Riscos, conforme especificado nos arts. 25 e 26, obrigatoriamente contemplará o risco de descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e com FGTS da contratada.

§ 1º Para o tratamento dos riscos previstos no caput, poderão ser adotados os seguintes controles internos:

I - Conta-Depósito Vinculada - bloqueada para movimentação, conforme disposto em Caderno de Logística, elaborado pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; ou

II - Pagamento pelo Fato Gerador, conforme disposto em Caderno de Logística, elaborado pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

§ 2º A adoção de um dos critérios previstos nos incisos I e II do parágrafo anterior deverá ser justificada com base na avaliação da relação custo-benefício.

§ 3º Só será admitida a adoção do Pagamento pelo Fato Gerador após a publicação do Caderno de Logística a que faz referência o inciso II do § 1º deste artigo.

§ 4º Os procedimentos de que tratam os incisos do § 1º deste artigo estão disciplinados no item 1 do Anexo VII-B.

ANEXO VII-B

DIRETRIZES ESPECÍFICAS PARA ELABORAÇÃO DOATO CONVOCATÓRIO

1. Dos mecanismos de controle interno:

1.1. Para atendimento do disposto no art. 18, o ato convocatório deverá conter uma das seguintes regras:

a) Conta-Depósito Vinculada - bloqueada para movimentação; ou

b) Pagamento pelo Fato Gerador; [...]





na IN n. 5/2017 quanto no Decreto n. 9.507/18, mas não menciona a mesma exigência para serviços com predominância de mão de obra:

Art. 50. Nas contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, **o contratado deverá apresentar, quando solicitado pela Administração, sob pena de multa**, comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato, em especial quanto ao:

I - registro de ponto;

II - recibo de pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;

III - comprovante de depósito do FGTS;

IV - recibo de concessão e pagamento de férias e do respectivo adicional;

V - recibo de quitação de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato;

VI - recibo de pagamento de vale-transporte e vale-alimentação, na forma prevista em norma coletiva.



O novo diploma legal, em seu art. 121, reforça que somente o contratado pela Administração será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, mas expressamente reconhece a responsabilidade subsidiária se for comprovada a falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado:

Art. 121. **Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.**

§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.

§ 2º **Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.**



Embora essa discussão seja antiga, nesse ponto temos um

grande avanço legislativo, ao reconhecer uma responsabilidade há muito tempo já segmentada e pacífica em âmbito trabalhista, com destaque novamente para a Súmula 331 do TST em seus incisos IV e V e fixação da tese de repercussão geral n. 246 pelo Supremo Tribunal Federal com o julgamento do RE 760931:

Tema 246, 30/03/2017

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado **não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário**, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.



Chama a atenção na redação do aludido § 2º do art 121 da Lei n. 14.133/21 a referência de que a responsabilidade solidária pelos encargos previdenciários e a responsabilidade subsidiária pelo cumprimento dos encargos trabalhistas são exclusivamente aplicáveis nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra. E nos contratos com predominância de mão de obra, não há responsabilidade? Ou haveria uma responsabilidade proporcional limitada às parcelas de remuneração, encargos e benefícios previstos no contrato prestado?

Dessa forma, poderíamos interpretar que, para os contratos contínuos com predominância de mão de obra, aos quais se aplica o instituto da repactuação, não haveria necessidade de fiscalização administrativa contratual voltada ao acompanhamento das questões trabalhistas e previdenciárias?

Dúvidas à parte, que poderão fomentar um novo debate no que se refere às questões de responsabilidade do tomador de serviço sujeito à Lei n. 14.133/21, o novo diploma legal normatiza também uma série de orientações e medidas, já conhecidas, para garantir que o contratado cumpra suas obrigações, no intuito de impedir que a Administração arque com ônus financeiro decorrente de descumprimentos de obrigações legais. Nesse sentido, destaca-se:

Art. 121. (...)

§ 3º Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas:

I - exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;

II - condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;

III - efetuar o depósito de valores em conta vinculada;

IV - em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que



serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;

V - estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.



De todas as medidas, a mais polêmica, sem sombra de dúvidas, é a prevista no inciso V, que estabelece o questionável pagamento de verbas trabalhistas condicionado à ocorrência e comprovação do fato gerador.

A medida estabelecida no inciso II do art. 121, que condiciona o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato, embora também polêmica sob o aspecto jurídico, tem excelente aceitação entre os gestores públicos que já a utilizavam, sendo apontada como uma medida eficaz para evitar ônus financeiro do contratante.

Cabe destacar a exigência replicada na Lei n. 14.133/21, de prestação de garantia da contratada, inclusive em relação ao pagamento de suas obrigações trabalhistas, previdenciárias e com o FGTS, prevista no Decreto n. 9.507/18.

Ainda na análise das garantias, o art. 142 da Lei n. 14.133/21 conta com a previsão de pagamento em conta vinculada ou pela efetiva comprovação do fato gerador, à semelhança das normas federais, como um ato discricionário do gestor a ser analisado caso a caso:

Art. 142. Disposição expressa no edital ou no contrato **poderá prever pagamento em conta vinculada ou pagamento pela efetiva comprovação do fato gerador.**

Parágrafo único. Nas contratações de obras, observar-se-á o disposto no § 2º do art. 114 desta Lei.



Há, assim, espaço para entes subnacionais decidirem, adequando-se a realidade institucional de cada um, bem como considerando a relação custo x benefício.

Outra correspondência relevante é a que diz respeito à duração dos contatos administrativos na Nova Lei, identificada no art. 106, ao regular contratos com prazos de até 5 anos para serviços e fornecimentos contínuos, podendo chegar aos 10 anos. Há muito tempo, verificava-se uma tendência de que contratos de natureza continuada observassem a duração máxima permitida no art. 57 da Lei n. 8.666/93, principalmente quando firmados com empresas de médio a grande porte. A possibilidade de permitir contratos com prazos iniciais de 5 anos tende a aumentar a competitividade nas licitações, melhorar preços, principalmente pelo fato de permitir a economia na amortização de investimentos mais altos, incentivando o uso de novas tecnologias, além, é claro, de colaborar para a

redução dos custos transacionais de gestão contratual com as recorrentes prorrogações anuais. Veja-se o art. 106:

Art. 106. A Administração poderá celebrar **contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos**, observadas as seguintes diretrizes:

I - a autoridade competente do órgão ou entidade contratante deverá **atestar a maior vantagem econômica vislumbrada em razão da contratação plurianual;**

II - a Administração deverá **atestar, no início da contratação e de cada exercício, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção;**

III - a Administração terá a opção de extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais **lhe oferece vantagem.**

§ 1º A **extinção mencionada no inciso III do caput** deste artigo ocorrerá apenas na próxima data de aniversário do contrato e **não poderá ocorrer em prazo inferior a 2 (dois) meses, contado da referida data.**

§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática.



Por fim, o art. 134, § 1º, excepciona a submissão da Administração Pública aos acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de questões não vinculadas à matéria trabalhista ou que sejam relativos a custos que incidam sobre o desempenho da empresa, no mesmo sentido já estabelecido no art. 6º da IN n. 5/2017 Seges/MP. Os instrumentos coletivos de trabalho constituem o pilar da formação de preços dos serviços continuados, e o fato de estarem vinculados à repactuação, direito do contratado, acabava por estimular a inclusão de itens de custo e previsões de direitos que não compete aos sindicatos regular. Destaca-se o dispositivo legal:

Art. 134. [...]

§ 1º A **Administração não se vinculará às disposições contidas em acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de matéria não trabalhista**, de pagamento de participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados do contratado, ou que estabeleçam direitos não previstos em lei, como valores ou índices obrigatórios de encargos sociais ou previdenciários, bem como de preços para os insumos relacionados ao exercício da atividade.



Diante desse panorama aqui exposto, verificamos que não há grandes novidades no que tange às orientações relativas aos contratos contínuos, haja vista que a Lei n. 14.133/21 be-





beu na fonte das normas federais reguladoras que tratam da questão, passando para o plano nacional regras anteriormente aplicáveis apenas à União, muitas delas, de natureza procedimental, o que poderá suscitar debate sobre a competência legislativa atribuída à União no que tange a normas gerais de licitações, mas que, de toda sorte, por terem sido implementadas anteriormente em âmbito federal, já foram testadas, absorvidas pelo mercado e trouxeram bons resultados já comprovados. Isso certamente contribuirá para redução de riscos e melhoria dos contratos contínuos também em âmbito estadual e municipal. O tempo nos dirá. Como diz Caetano Veloso, na inspiradora música “Oração ao Tempo”:

Por seres tão inventivo,  
E pareceres contínuo,  
Tempo, tempo, tempo, tempo  
És um dos deuses mais lindos



## BIBLIOGRAFIA:

BATISTA JÚNIOR, Onofre A. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Decreto n. 9.507, de 21 de setembro de 2018. Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, n. 184, p. 3-4, 24 set. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9507.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9507.htm). Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Instrução Normativa n. 5, de 26 de maio de 2017. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e

fundacional. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, n. 100, p. 90, 26 maio 2017. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783](https://www.in.gov.br/materia/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783). Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. *Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. *Diário Oficial da União*: Seção 1 Extra, n. 61-F, p. 2, 1º abr. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Ministério da Administração e da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 331*. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-331](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331). Acesso em: 17 jun. 2021.

DROPPA, Alisson; BIAVASCHI, Magda. A história da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização. *Mediações*, Londrina, v. 16, n. 1, p. 124-141, jan./jun. 2011.

FORTINI, Cristiana. Contratos de prestação continuada na nova Lei de Licitações e Contratos. *Consultor jurídico*, 8 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-08/interesse-publico-contratos-prestacao-continuada-lei-licitacoes>. Acesso em: 22 abr. 2021.

### Cristiana Fortini

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Mestrado, Doutorado e Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Professora da Faculdade Milton Campos. Visiting Scholar na George Washington University. Professora Visitante na Universidade de Pisa. Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Atualmente é representante MG do Instituto Brasileiro de Direito Sancionatório (IDASAN) e Diretora em Minas Gerais do Instituto Brasileiro de Estudos da Infraestrutura (IBEJI). Membro do corpo de árbitros/mediadores - Corpo de Mediadores e Árbitros do Centro Brasileiro de Litígios Econômicos. Diretora-editora da *Rbp*, Revista Brasileira de Estudos Políticos da Universidade Federal de Minas Gerais. Colunista do *Conjur*.

### Flaviana Paim

Graduada em Contabilidade pela UNISINOS e em Direito pela ULBRA. Pós-graduada em Auditoria e Perícia Contábil. Assessora técnica e articulista para as áreas de finanças e Licitações do INGEP - Instituto Nacional de Gestão Pública, integrante da comissão de terceirização do IBDA - Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

### Renata Vaz Marques Costa Rainho

Doutoranda em Direito pela UFMG. Graduada em Direito pela PUC-MG. Estagiária de docência em Direito Administrativo na graduação da UFMG. Integrante do grupo de estudos de Parcerias Público-Privadas na Área da Saúde.





Foto: Freepik



## Como o Direito pode contribuir para o aumento e/ou para a diminuição da desigualdade social?

Elba Rondino

Primeiramente, gostaria de salientar que a pergunta será respondida considerando como desigualdade social toda natureza de desigualdade, não apenas a de caráter econômico.

Tomando o conceito de Direito como um instrumento para organizar a sociedade ou conjunto de regras para estabelecer a convivência social ordenada, precisamente o comportamento social mais adequado dentro da realidade local, ele contribui para diminuir a desigualdade quando prevê normas inteligíveis, que possibilitem a compreensão de seus teores pelos destinatários, e passíveis de cumprimento, ou seja, regras exequíveis que prevejam, não apenas mandamentos e proibições, mas também as consequências de suas violações, estabelecendo, de forma clara, as penalidades para o descumprimento.

Isso significa dizer que as normas devem estar ao alcance de todos, possibilitando a compreensão e o cum-

primento por parte de seus destinatários, pois, se todos compreenderem o conteúdo da norma, é possível, em primeiro lugar, saber em que consistem as obrigações dela advindas, com o consequente cumprimento dos deveres, e, em segundo lugar, reivindicar direitos dentro dos limites ditados pela norma.

Nesse contexto de regras valendo para todos igualmente, a desigualdade social tende a diminuir, uma vez que o seu aumento é acarretado justamente pela indevida divisão de regras para atendimento a determinados grupos sociais com previsão de direitos e deveres diferentes entre grupos de pessoas, provocando o desequilíbrio social.

Infelizmente, a realidade do Direito Brasileiro em suas diversas áreas é de desequilíbrio normativo, haja vista que, numa demanda, nem sempre vence quem tem razão ou quem deveria vencer, mas sim, muitas vezes, aquele que a sociedade, representada pelo legislador, entendeu por





bem considerar o mais fraco, por isto passível de mais direitos, o que, sem dúvida, acarreta injustiça e desigualdade social.

Para ilustrar o raciocínio, cito as desigualdades provenientes dos Direitos Trabalhista e Criminal, em que se pressupõe o reclamante e o réu, respectivamente, a parte mais fraca na relação, agraciados, portanto, com infinitas benesses legais.

Na Justiça Trabalhista preserva-se, acima de tudo, os direitos constitucionalmente consagrados aos empregados, pouco importando a qualidade do serviço por eles prestado ao empregador. A previsão de um direito trabalhista deveria estar agregada a uma previsão expressa de obrigação ao mesmo agente passível de usufruir o direito, melhor dizendo, de uma contraprestação manifesta do empregado, o que infelizmente nem sempre é disposto de forma clara, gerando, no momento da solução dos conflitos, a desigualdade consistente no reconhecimento, puro e simples, tão-somente dos direitos deste.

Na Justiça Criminal, por mais hediondo que tenha sido o comportamento social adotado pelo réu, a preservação de seus direitos é matéria de ordem pública e o desequilíbrio consiste justamente na não adoção do mesmo critério para a defesa do direito da vítima, a qual, muitas vezes, nem está mais neste mundo para revelar a sua versão dos fatos. O desequilíbrio processual penal é uma constante no Direito Brasileiro, a exemplo de privilégios de foro a autoridades. Da mesma forma, a desigualdade é diuturnamente encontrada em normas substantivas, as chamadas de direi-

to material, podendo ser citada, como exemplo concreto, a previsão do artigo 115 do Código Penal, que estabelece a redução da metade da prescrição quando o criminoso era, ato tempo do crime, menor de 21 anos, ou, na data da sentença, maior de 70 anos.

Ora, em primeiro lugar, por mais esforço que faça, não há como se encontrar justificativa para a influência de prazos prescricionais com base no critério objetivo exclusivo da idade do réu, pois pouco importa, para a resposta ao ato ilícito praticado, que ele tenha 20, 30, 50 ou 80 anos. De mais a mais, a lei não prevê o aumento do prazo prescricional para a hipótese oposta, qual seja, ser a vítima do delito menor de 21 anos na data do fato e maior de 70 à época da prolação da sentença.

Como se percebe, ao autor do crime são asseguradas benesses não previstas à outra parte, o que se deve a uma Constituição Federal extremamente democrática, recheada de direitos e garantias, porém sem a indispensável previsão das obrigações.

A desigualdade social é, pois, uma constante no atual Direito Brasileiro, que se revela eminentemente protetivo em relação a determinados grupos, gerando o fracionamento da sociedade e a elisão do equilíbrio e harmonia, fatores estes que o Direito, enquanto ciência, deveria preservar acima de tudo.

### Elba Rondino

Procuradora de Justiça. Bacharel em Direito.





Foto: shutterstock

# Justiça Militar no Brasil, competência e estrutura

Gilmar Luciano Santos

## 1. BREVE HISTÓRICO

O militarismo, seus costumes e o próprio Direito Militar remontam a períodos anteriores a Cristo (SANTOS, 2013).

Alguns historiadores apontam os sumérios como o primeiro povo a constituir exércitos organizados, mas a profissionalização militar aconteceu no Império Romano e com os gregos (SANTOS, 2013).

Com a criação dos exércitos, surge o militarismo e, como consequência natural, os problemas relacionados à conduta ética e ao comportamento dos combatentes em face do inimigo e diante do cumprimento das ordens de treinamento.

Do militar exigia-se, e até hoje se exige, comportamento exemplar, ética, apresentação visual e abnegação *sui generis*, o que o tornava um ser humano diferenciado e, como diferenciado, alguém que deve ter seus atos analisados de maneira especial. Surge, então, a chamada Justiça Castrense, ou seja, aquela dos campos de batalha, ágil, proativa, capaz de manter a hierarquia, a disciplina e o dever militar acima da própria vida do combatente (SANTOS, 2013).

A expressão “Castrense” significa, justamente, aquela que vai ao campo de batalha e acompanha a tropa, ou seja, uma justiça presente, ágil, atuante, mas que principalmente conhece o dia a dia das dificuldades da tropa e do soldado, buscando efetivamente fazer o justo, e não apenas amoldar a conduta

praticada no mundo dos homens àquilo que a norma disse ser crime, de maneira fria e distante.

Segundo Romão (2009, p. 21):

[...] o militarismo nasceu no ano de 142 a.C. na Grécia Antiga, criado por Domus II, e tinha o objetivo de organizar as hostes subordinadas do rei, com obediência absoluta, pois, juravam, os componentes, servir dando a própria vida em favor da disciplina e hierarquia a que estavam subordinados.



Abstraindo-se o lapso temporal histórico, em 1808, após a chegada ao Brasil da Família Real Portuguesa, o Rei D. João VI, por meio do Alvará de 1º de abril, cria a Justiça Militar como o primeiro órgão jurisdicional brasileiro (SANTOS, 2013).

A primeira estrutura da Justiça Militar, no Brasil, foi o Conselho Supremo Militar, com sede na cidade do Rio de Janeiro, cuja competência inicial era a de processar e julgar os crimes militares praticados contra a “Colônia”.

Com a Constituição de 1891, após a proclamação da República, o Conselho Supremo Militar passou a se denominar Supremo Tribunal Militar, mas, ainda, como órgão do Poder Executivo, e a mencionada Carta Constitucional instituiu os Conselhos de Justiça, com competência para julgar, em pri-





meira instância, exclusivamente os crimes militares praticados por militares (SANTOS, 2013).

Com a Constituição de 1934, a Justiça Militar passou a integrar o Poder Judiciário, como ramo especializado do Direito.

A Lei Federal 192, de 17 de janeiro de 1936, autorizou a criação da Justiça Militar nos Estados-Membros da República, tendo recebido tratamento constitucional por meio do art. 124, XII, da Constituição de 1946.

Assim, o Brasil passou a ter a Justiça Militar como órgão especializado de jurisdição para as Forças Armadas, no âmbito federal (União); e para as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares, no âmbito estadual (Estado-Membro).

A Constituição Federal de 1946 trouxe, pela primeira vez, a previsão expressa da Justiça Militar como órgão integrante do Poder Judiciário brasileiro, sendo mantida tal estrutura nas demais Constituições.

Na atual Magna Carta, de 5 de outubro de 1988, a Justiça Militar da União está prevista nos arts. 122 a 124, e a Justiça Militar Estadual no art. 125, parágrafos 3, 4 e 5.

## 2. ESTRUTURA DA JUSTIÇA MILITAR NO BRASIL

### 2.1. Justiça Militar da União (JMU)

Diferentemente da justiça eleitoral e da trabalhista (especializadas), a Justiça Militar possui estrutura no âmbito da União e nos Estados-Membros.

Importante salientar que a Emenda Constitucional n. 45/2004, responsável pela chamada reforma do Poder Judiciário, alterou substancialmente a estrutura nacional da Justiça Militar.

Antes da edição dessa Emenda, a estrutura da Justiça Militar era a mesma para o Estado-Membro e para a União, diferindo apenas em relação à segunda instância. Para a Justiça Militar da União, o Superior Tribunal Militar (STM) funcionava (e continua funcionando, mesmo com a EC n. 45/2004) como Tribunal Superior e instância recursal das decisões proferidas em primeiro grau pelas auditorias (SANTOS, 2013).

A Justiça Militar da União (JMU) possui competência para julgar o crime militar, ou seja, a jurisdição militar é aplicada a qualquer pessoa que cometa esses delitos. Trata-se de competência plena, *ratione legis*, ou seja, em virtude da lei militar (SANTOS, 2013).

Única exceção, ao que explicamos no parágrafo anterior, refere-se à criança e ao adolescente, que não praticam, em hipótese alguma, o crime militar, pois, nos termos da Constituição Federal de 1988, combinada com a Lei Federal n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), praticam apenas ato infracional.

O art. 124 da CRFB/88 diz: “[...] à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei” (grifo nosso).

A CRFB/88, em seus artigos 122 e 123, apresenta a estrutura da Justiça Militar da União:

Art. 122. São órgãos da Justiça Militar:

I - o Superior Tribunal Militar;

II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis. Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:

I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

II - dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.



O art. 1º da Lei n. 8.457/92 traz a seguinte estrutura da Justiça Militar da União:

Art. 1º São órgãos da Justiça Militar:

I - o Superior Tribunal Militar

II - a Corregedoria da Justiça Militar;

II-A - o Juiz-Corregedor Auxiliar;

III - os Conselhos de Justiça;

IV - os juízes federais da Justiça Militar e os juízes federais substitutos da Justiça Militar.



O Superior Tribunal Militar (STM) é tanto Tribunal Superior, como instância originária para julgamento de matéria específica, quanto segundo grau (instância recursal), em face das decisões das auditorias militares.

Há previsão de tribunais militares regionalizados, mas, até o momento, não foram instituídos.

A primeira instância da JMU é formada pelos Conselhos de Justiça (Especial e Permanente) e pelo magistrado togado, chamado de Juiz Federal da Justiça Militar. O juiz togado preside os Conselhos de Justiça e processa/julga singularmente os civis que cometerem crimes militares contra as Forças Armadas (introduzido pela Lei n. 13.774/2018). *In verbis*, o art. 30 da Lei Federal 8457/92, modificada pela Lei Federal 13.774/2018, diz:

“Art. 30. Compete ao juiz federal da Justiça Militar, monocraticamente:

I-A - presidir os Conselhos de Justiça;

I-B - processar e julgar civis nos casos previstos nos incisos I e III do art. 9º do Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), e militares, quando estes forem acusados juntamente com aqueles no mesmo processo; [...]”



O Conselho de Justiça é composto por um Juiz Togado (que exerce a presidência), um Oficial Superior e mais três oficiais de posto superior ao do acusado, ou, se do mesmo posto, mais antigos, por obediência ao princípio do juízo hierárquico da Justiça Militar. Cada oficial sorteado para compor o conselho recebe o nome jurídico de Juiz Militar, gozando de todos os direitos e obrigações inerentes à função jurisdicional exercida,



exceto em relação aos vencimentos e à remuneração do magistrado civil.

O Conselho Especial é o órgão de primeira instância com competência para processar e julgar os oficiais das Forças Armadas e demais pessoas que com estes tenham agido em concurso para cometimento do crime militar. O oficial sorteado para compor o Conselho Especial prestará a jurisdição como Juiz Militar até o final do processo, com a prolação da sentença.

O Conselho Permanente é o órgão de primeira instância com competência para julgar as praças das Forças Armadas e demais pessoas, exceto os oficiais, que com elas cometam o crime militar em concurso. Chama-se “Permanente”, pois os oficiais sorteados para compô-lo ficam à disposição da Justiça por um período de três meses e deliberam em todos os processos que a ele forem submetidos.

A essa estrutura mista de julgamento em primeira instância, formada por juízes militares e Juiz Togado, dá-se o nome de Escabinato ou Escabinado (SANTOS, 2013).

A Lei Federal n. 8.457/1992 detalhou a estrutura dos Conselhos da JMU, a saber:

Art. 16. São duas as espécies de Conselhos de Justiça:

I - Conselho Especial de Justiça, constituído pelo juiz federal da Justiça Militar ou juiz federal substituto da Justiça Militar, que o presidirá, e por 4 (quatro) juízes militares, dentre os quais 1 (um) oficial-general ou oficial superior.

II - Conselho Permanente de Justiça, constituído pelo juiz federal da Justiça Militar ou juiz federal substituto da Justiça Militar, que o presidirá, e por 4 (quatro) juízes militares, dentre os quais pelo menos 1 (um) oficial superior.

Art. 17. Os Conselhos Especial e Permanente funcionarão na sede das Auditorias, salvo casos especiais por motivo relevante de ordem pública ou de interesse da Justiça e pelo tempo indispensável, mediante deliberação do Superior Tribunal Militar.

Art. 18. Os juízes militares dos Conselhos Especial e Permanente são sorteados dentre oficiais de carreira, da sede da Auditoria, com vitaliciedade assegurada, recorrendo-se a oficiais no âmbito de jurisdição da Auditoria se insuficientes os da sede e, se persistir a necessidade, excepcionalmente a oficiais que sirvam nas demais localidades abrangidas pela respectiva Circunscrição Judiciária Militar.

Art. 19. Para efeito de composição dos conselhos de que trata o art. 18 desta Lei nas respectivas circunscrições judiciárias militares, os comandantes de Distrito Naval, Região Militar e Comando Aéreo Regional organizarão, trimestralmente, relação de todos os oficiais em serviço ativo, com os respectivos postos, antiguidade e local de ser-

viço, que deverá ser publicada em boletim e remetida ao juiz competente.



A Lei Federal n. 8.457/1992 estruturou a Justiça Militar da União em doze circunscrições judiciárias (auditorias), distribuídas em todo o território nacional. O art. 2º estabelece:

Art. 2º Para efeito de administração da Justiça Militar em tempo de paz, o território nacional divide-se em doze Circunscrições Judiciárias Militares, abrangendo:

- a) a 1ª - Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo;
- b) a 2ª - Estado de São Paulo;
- c) a 3ª - Estado do Rio Grande do Sul;
- d) a 4ª - Estado de Minas Gerais;
- e) a 5ª - Estados do Paraná e Santa Catarina;
- f) a 6ª - Estados da Bahia e Sergipe;
- g) a 7ª - Estados de Pernambuco, Rio Grande do Norte, Paraíba e Alagoas;
- h) a 8ª - Estados do Pará, Amapá e Maranhão;
- i) a 9ª - Estados do Mato Grosso do Sul e Mato Grosso;
- j) a 10ª - Estados do Ceará e Piauí;
- l) a 11ª - Distrito Federal e Estados de Goiás e Tocantins;
- m) a 12ª - Estados do Amazonas, Acre, Roraima e Rondônia.



Vale a pena salientar que a Justiça Militar da União possui uma estrutura para atuação em tempo de paz e em tempo de guerra.

## 2.2. Justiça Militar Estadual

Diferentemente da JMU, a Justiça Militar Estadual (JME) não possui competência ampla e plena para julgar qualquer pessoa que seja sujeito ativo do crime militar.

A JME possui competência restrita para processar e julgar o policial e o bombeiro militar quando estes forem os sujeitos ativos dos delitos militares previstos na lei militar, ou seja, não possui competência para julgar militares das Forças Armadas nem civis que cometam crime militar, mesmo que em concurso com os militares dos Estados.

A Justiça Militar Estadual possui, ainda, competência para conhecer as ações judiciais contra atos disciplinares (matéria cível) aplicados pela administração das Instituições Militares Estaduais (IME).

Salienta-se que a JME não possui competência para processar e julgar os militares estaduais que praticarem crimes dolosos contra a vida, em que as vítimas sejam civis.

Tal afirmativa encontra supedâneo no parágrafo quarto do art. 125 da CRFB/88:

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo



ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

A JME está dividida em duas instâncias de jurisdição. A primeira instância possui dois órgãos: os Conselhos de Justiça (Especial e Permanente) e os juizes de Direito do Juízo Militar (Titular e Substituto). A segunda instância é formada pelo Tribunal de Justiça Militar (TJM) ou pelo Tribunal de Justiça do Estado.

A segunda instância da JME, nos Estados cujo efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes, é exercida pelo TJM, nos Estados que o criaram, ou pelo próprio Tribunal de Justiça do Estado, naquelas unidades federativas cujo efetivo militar seja inferior a vinte mil integrantes ou que não criaram o TJM, nos termos do art. 125, §3º, da CRFB/88:

§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

Em especial, a Justiça Militar de Minas Gerais, foi criada por meio da Lei Estadual n. 226, de 9 de novembro de 1937, compondo-se, inicialmente, de um Juiz Auditor e dos Conselhos Especial e Permanente de Justiça. A instalação efetiva ocorreu em outubro de 1939, tendo como primeira sede uma sala da então Força Pública de Minas Gerais.

Como naquela época (1937) não havia um órgão especializado de segunda instância, o então Tribunal Criminal do Estado, atual Tribunal de Justiça, fazia o papel recursal (SANTOS, 2013).

Em 1946, por meio do Decreto-Lei n. 1.630, de 15 de janeiro de 1946, foi criado em Minas Gerais o Tribunal Superior de Justiça Militar (atual Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais), com sede na capital mineira, como órgão de jurisdição especializada em segunda instância. A composição inicial contava com três juizes, sendo dois militares e um civil, sendo os militares o Coronel Edson Neves e o Coronel Américo de Magalhães Goes e o juiz civil o Dr. Polycarpo de Magalhães Viotti.

Em Minas Gerais, o art. 184 da Lei Complementar n. 59/2001 (Lei de Organização Judiciária de MG) prevê que:

Art. 184. A Justiça Militar Estadual, com jurisdição no território do Estado de Minas Gerais, é constituída, em 1º grau, pelos Juizes de Direito do Juízo Militar e pelos Conselhos de Justiça, e, em 2º grau, pelo Tribunal de Justiça Militar.

Art. 184-A. Compete à Justiça Militar processar e julgar os militares do Estado nos crimes militares definidos em Lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao Tribunal de Justiça Militar decidir sobre a perda do

posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Parágrafo único. Compete aos Juizes de Direito do Juízo Militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência do Juiz de Direito, processar e julgar os demais crimes militares.

Apenas três Estados da Federação criaram Tribunais de Justiça Militar, sendo eles: Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul. Nos demais, o Tribunal de Justiça funciona como grau recursal das auditorias militares instaladas (SANTOS, 2013).

Em Minas Gerais, a estrutura do Tribunal de Justiça Militar (TJM) é a seguinte, de acordo com art. 186 LC 59/2001-MG:

Art. 186. O Tribunal de Justiça Militar, com sede na Capital e jurisdição em todo o território do Estado de Minas Gerais, compõe-se de sete membros, dentre eles três Juizes oficiais da ativa do mais alto posto da Polícia Militar e um Juiz oficial da ativa do mais alto posto do Corpo de Bombeiros Militar do Estado, integrantes de seus respectivos quadros de oficiais, e três Juizes civis, sendo um da classe dos Juizes de Direito do Juízo Militar e dois representantes do quinto constitucional.

Parágrafo único. Os Juizes oficiais e os integrantes do quinto constitucional são nomeados por ato do Governador do Estado, e o da classe dos Juizes de Direito do Juízo Militar é promovido, alternadamente, por antiguidade e merecimento, por ato do Presidente do Tribunal de Justiça.

Em todas as Unidades da Federação, foram criadas e instaladas as auditorias militares (primeira instância), com jurisdição para processar e julgar os militares dos Estados quando do cometimento do crime militar definido em lei (SANTOS, 2013).

Como apresentado, a primeira instância é formada pelos Conselhos de Justiça (Especial e Permanente) e pelo Juiz de Direito do Juízo Militar.

O Conselho Especial de Justiça (CEJ) é um órgão colegiado (escabinato ou escabinado) formado por um Juiz de Direito do Juízo Militar (juiz civil) e quatro oficiais Juizes Militares.

A presidência do Conselho Especial cabe ao Juiz de Direito. Os demais Juizes Militares serão sorteados de uma lista especial encaminhada à Auditoria, devendo, necessariamente, ser mais antigos que o réu e acompanhar o processo até a prolação da sentença.

O art. 209 da LC n. 59/2001-MG prevê:

Art. 209. O oficial escolhido para compor Conselho de Justiça fica dispensado de qualquer outra função ou obrigação militar durante o período de sua convocação, devendo seu comandante ou oficial ao qual estiver subordinado observar e respeitar essa disposição.



Parágrafo único. Os Juízes Militares sorteados trimestralmente para compor o Conselho Permanente de Justiça ficarão à disposição da Justiça Militar.



O CEJ possui competência para processar e julgar os oficiais das instituições militares estaduais (IMEs) quando forem sujeitos ativos de crime militar tipificado, exclusivamente, na lei penal militar e as praças que tenham cometido o mesmo crime ou crime conexo, em concurso com o oficial.

Em Minas Gerais, o art. 203 da LC 59/2001 estabelece:

§ 1º Os Conselhos Especiais de Justiça são constituídos por um Juiz de Direito do Juízo Militar, que exerce a sua presidência, e por quatro Juízes Militares, sendo um oficial superior de posto mais elevado que o dos demais Juízes, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade de posto, e de três oficiais com posto mais elevado que o do acusado, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade de posto.



O Conselho Permanente de Justiça (CPJ) recebe esse nome devido ao fato de os Juízes Militares ficarem à disposição da JME, após o sorteio efetuado pelo Juiz de Direito do Juízo Militar, por um período de três meses, prestando jurisdição em todos os processos submetidos à sua apreciação.

O CPJ é um órgão colegiado (escabinato/escabinado) formado por um Juiz de Direito do Juízo Militar (juiz civil) e quatro oficiais Juízes Militares.

A presidência do Conselho Permanente de Justiça cabe ao Juiz de Direito do Juízo Militar, e os demais Juízes Militares serão sorteados, devendo, necessariamente, um deles ser Oficial Superior.

É o que se depreende da leitura do parágrafo segundo do art. 203 da LC n. 59/2001 - MG: “§ 2º - Os Conselhos Permanentes de Justiça são constituídos por um Juiz de Direito do Juízo Militar, que exerce a sua presidência, por um oficial superior e por três oficiais de posto até Capitão, das respectivas corporações.”.

O CPJ possui competência para processar e julgar as praças das IMEs quando forem sujeitos ativos de crime militar tipificado, exclusivamente, na lei penal militar (CPM – Decreto-Lei n. 1.001/69).

Na LC n. 59/2001-MG, a competência dos Conselhos está assim definida:

Art. 204-A. Os Conselhos de Justiça têm as seguintes competências:

- I - o Conselho Especial de Justiça, a de processar e julgar os oficiais nos crimes militares definidos em Lei, exceto os cometidos contra civis;
- II - o Conselho Permanente de Justiça, a de processar e julgar as praças, nestas incluídas as praças especiais, nos crimes militares definidos em Lei, exceto os crimes militares cometidos contra civis.

§ 1º O Conselho Permanente de Justiça funcio-

nará durante três meses consecutivos, contados da data de sua constituição.

§ 2º Se, na convocação para composição dos Conselhos de Justiça, estiver impedido de funcionar algum dos Juízes, será sorteado outro oficial para substituí-lo.

§ 3º Por acúmulo de serviço, o Tribunal de Justiça Militar poderá convocar Conselhos Extraordinários de Justiça, que funcionarão com um Juiz de Direito do Juízo Militar, quatro juízes militares, escolhidos na forma do art. 209 desta Lei Complementar, um Defensor Público e um Promotor de Justiça, dissolvendo-se os conselhos logo após o julgamento dos processos enumerados no edital de convocação.

Art. 205. Os Conselhos Especiais ou Permanentes funcionarão nas sedes das Auditorias, salvo casos especiais, por motivo relevante de ordem pública ou de interesse da Justiça, e pelo tempo indispensável, mediante deliberação do Tribunal de Justiça Militar.



Há, ainda, previsão da instalação dos Conselhos Extraordinários, caso haja grande demanda judicial, como, por exemplo, elevado índice de prescrições. A determinação de sorteio e convocação de Conselhos Extraordinários cabe ao Tribunal de Justiça Militar, conforme prevê o parágrafo terceiro do art. 204-A da LC n. 59/2001:

Art. 204. [...]

§ 3º Por acúmulo de serviço, o Tribunal de Justiça Militar poderá convocar Conselhos Extraordinários de Justiça, que funcionarão com um Juiz de Direito do Juízo Militar, quatro juízes militares, escolhidos na forma do art.

209 desta Lei Complementar, um Defensor Público e um Promotor de Justiça, dissolvendo-se os conselhos logo após o julgamento dos processos enumerados no edital de convocação.



O Juiz de Direito do Juízo Militar possui, ainda, competência para processar e julgar singularmente os delitos militares praticados contra civis e as ações ajuizadas contra atos disciplinares aplicados pela administração militar ao militar estadual.

Essa afirmativa está insculpida no parágrafo quinto do art. 125 da Carta Magna:

Art. 125 [...]

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.



O art. 199 da LC n. 59/2001 de Minas Gerais prevê as seguintes competências:



Art. 199. Compete ao Juiz de Direito Titular do Juízo Militar:

I - processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares, inclusive os mandados de segurança;

II - expedir avisos e portarias necessários ao regular andamento das atividades da Secretaria pela qual responde na condição de Juiz de Direito Titular;

III - exercer a presidência dos Conselhos de Justiça, Especial ou Permanente, nos demais crimes militares previstos no Código Penal Militar e nas Leis Especiais Militares;

IV - decidir sobre recebimento de denúncia, adiamento de denúncia, pedido de arquivamento de processo e devolução de inquérito ou de representação;

V - relaxar, nos casos previstos em lei, por meio de despacho fundamentado, a prisão que lhe for comunicada por autoridade militar estadual encarregada de investigações policiais;

[...]



Por fim, cabe salientar que, em cada estado-membro da Federação, deve-se observar o conteúdo da Lei de Organização Judiciária Estadual, pois poderá conter estrutura e ritos específicos.

### 3. CONCLUSÃO

O presente artigo é meramente informativo, não tendo a pretensão de ser uma doutrina completa acerca do tema, porém trouxe de maneira detalhada a estrutura da Justiça Militar Estadual e da União para que o estudante do Direito ou os apreciadores da “caserna” possam ter uma fonte alternativa de pesquisa.

### REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao código penal militar*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Globo, 1980.

BARRICHELLO NETO, Luiz Augusto. *Sentença penal*. Disponível em: [www.jusbrasil.com.br/topicos/32144412/luiz-augusto-barrichello-neto](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/32144412/luiz-augusto-barrichello-neto). Acesso em: 3 ago. 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRAGA, Thiago Alves. *Redação da sentença cível*. Santa Catarina: Didática, 2013.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 10 maio 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal Brasileiro. Brasília, 1940. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal Brasileiro. Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.457, de 4 de setembro de 1992*. Dispõe sobre a organização e competência da Justiça Militar da União. Brasília. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 24 jul. 2016.

ROTH, Ronaldo João. *Temas de direito militar*. São Paulo: Suprema, 2004.

SANTOS, Edywan Dias dos. *Direito processual penal*. 2. ed. São Paulo: Suprema Cultura, 2010.

SANTOS, Gilmar Luciano. *Direito para a prática policial*. Belo Horizonte: Bigráfica, 2009a.

SANTOS, Gilmar Luciano. *Negociação em ocorrências policiais de alta complexidade*. Belo Horizonte: Bigráfica, 2009b.

SANTOS, Gilmar Luciano. *Prática forense para o juiz militar*. Belo Horizonte: INBRADIM, 2013.

SANTOS, Gilmar Luciano. *Estrutura analítica do voto do juiz militar*. Belo Horizonte: INBRADIM, 2018.

#### Gilmar Luciano Santos

Coronel da ativa da PMMG. Bacharel em Direito. Bacharel em Ciências Militares. Especialista em Direito Público. Especialista em Gestão Estratégica de Segurança Pública. Especialista em segurança pública. Mestre em Administração. Professor do Curso de pós-graduação em Direito Militar da Escola Judicial Militar do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais.





Foto: freepik

# Reinterpretação funcionalista teleológica do instituto do estado de necessidade exculpante do Código Penal Militar

**Danilo Emanuel Barreto de Oliveira**

## INTRODUÇÃO

Os agentes das forças armadas e auxiliares de segurança pública são expostos às mais diversas situações de perigo no desempenho de seus deveres e atividades. Não raras vezes, nessas situações, o militar acaba tendo de sacrificar um bem jurídico com o propósito de proteger um outro.

Diante da questão que se impõe, Estado e sociedade esperam que o agente dê o devido desfecho ao caso, ponderando pela manutenção do bem mais estimado pela ordem jurídica. Permitem-lhe até que cometa fato típico se preciso for, pois a proteção do interesse jurídico mais relevante justifica a prática de comportamento típico e nada mais reflete que a ocorrência de um estado de necessidade excludente de ilicitude, previsto pelo art. 43 do Código Penal Militar (CPM).

Mas o que ocorre se o militar escolhe pelo indevido desfecho? Se sacrifica bem jurídico mais valioso para o ordenamento por meio da prática de um injusto penal?

O Código Penal Militar (CPM) lhe possibilita ainda mais uma tábua de salvação: o estado de necessidade excludente de culpabilidade (também conhecido como estado de necessidade exculpante), esse previsto pelo art. 39<sup>1</sup> do aludido diploma. O instituto tem a importante função, na teoria do

delito, de orientar ao aplicador da lei penal quais injustos cometidos em situação de perigo não devem ser criminalmente sancionados.

Mas por qual razão o estado de necessidade permite a exclusão da culpabilidade se um injusto penal é praticado? Como interpretar os requisitos desse instituto de modo a possibilitar o cumprimento de sua função na teoria do delito? Essas questões demandam respostas satisfatórias que preservem o instituto de uma aplicação despropositada.

Uma proposta consistente que busca esclarecer essas questões e funcionalizar o Direito Penal (DP) é a perspectiva funcionalista teleológica, de Claus Roxin (1997). O autor busca atingir esse objetivo por meio de métodos dedutivo e indutivo de reinterpretação dos institutos da teoria do delito. Para tanto, realiza uma síntese de valorações político-criminais (método dedutivo) em conjuntos de casos concretos (método indutivo), considerando, sobretudo, a prevenção do delito como função da pena (GALVÃO, 2013, p. 170).

O presente artigo, a partir das contribuições teóricas do funcionalismo teleológico de Roxin, busca realizar uma reinterpretação da *ratio* e dos requisitos de configuração do estado de necessidade exculpante, com o objetivo de responder às

<sup>1</sup> Estado de necessidade, com excludente de culpabilidade. Art. 39. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.





perguntas acima suscitadas e contribuir com a funcionalização do instituto no DP brasileiro.

## CONTEÚDO TELEOLÓGICO COMO *RATIO* DA EXCULPAÇÃO

A primeira questão que o artigo busca responder é: por qual razão o estado de necessidade permite a exclusão de culpabilidade se um injusto penal é praticado?

A exposição de motivos do projeto que deu origem ao CPM apresenta tímida explicação (BRASIL, 1969, p. 2), indicando ser a razão da exculpação por estado de necessidade a inexigibilidade de conduta diversa daquela cometida. Apoiou-se na premissa acolhida por grande parte da doutrina, que entende ser a exigibilidade de conduta diversa a causa que fundamenta a reprovação da culpabilidade (ROXIN, 1998, p. 60).

Ocorre que a teoria da ponderação de bens estabelecida pela figura do estado de necessidade justificante, do art. 43 do CPM, parece justamente estabelecer uma exigibilidade jurídica quanto a uma conduta que sacrifique um bem jurídico quando contraposto a outro de maior importância, por um estado de perigo. O não cabimento do estado de necessidade justificante contradiz o argumento acolhido pela comissão quanto à inexistência de exigibilidade de conduta diversa para o caso do estado de necessidade exculpante.

Aquele que atua em estado de necessidade excludente da culpabilidade, diferentemente do que ocorre para a figura justificante, não contribui para a preponderância de um bem jurídico mais valioso ou importante para o Estado ou para a sociedade. O contrário acontece.

O tipo exculpante modela a situação de um conjunto de situações de perigo nas quais o sujeito escolhe justamente por uma solução contrária às prioridades e exigências do Estado e da sociedade. Aquele que para salvar-se de grave perigo à sua integridade física mata terceiro, por exemplo, salva bem jurídico cujo sacrifício era, sim, para o ordenamento penal, razoável exigir-se (ROXIN, 1997, p. 896).

A inexigibilidade como *ratio* de exculpação do estado de necessidade, segundo o autor, não implica criação normativa, mas sim renúncia à norma, pois o conteúdo da exigibilidade só pode ser desvendado única e exclusivamente a partir do caso concreto, e não em decorrência de uma significação normativa (ROXIN, 1998, p. 60). A exculpação por estado de necessidade resta, dessa forma, como um instituto sem razão consistente para sua existência em um DP funcional.

A disfunção do argumento da inexigibilidade faz com que Roxin ofereça uma alternativa para reinterpretarmos a *ratio* da exculpação por estado de necessidade (ROXIN, 1997, p. 895 e ss). O autor sustenta a posição de que não se deixa de punir o estado de necessidade exculpante, em decorrência de uma falta de exigibilidade de conduta diversa quanto ao fato por ele amparado, mas sim pelo fato de que, em que pese haja reprovabilidade da conduta pelo ordenamento, não se faz necessária a aplicação de pena à situação descrita pelo tipo exculpante (ROXIN, 1997, p. 897).

Roxin (1997, p. 897) defende haver uma impropriedade

lingüística na nomenclatura do instituto. A “culpabilidade”, no sentido estrito da expressão, compreendida como “capacidade de acessar a norma e poder agir de outro modo”, subsiste nas situações de estado de necessidade exculpante, ainda que eventualmente seja reduzido o poder de agir de outro modo (ROXIN, 1997, p. 897).

A expressão “culpabilidade”, como existente na rubrica do art. 39 do CPM, deve ser compreendida, segundo o autor, como uma culpabilidade em sentido amplo; uma categoria jurídica mais abrangente da teoria do delito, cuja terminologia mais adequada é “responsabilidade jurídico-penal” (ROXIN, 1997, p. 897). O conteúdo dessa categoria abrange, além da culpabilidade em sentido estrito, as necessidades preventivas da pena.

As necessidades preventivas da pena decorreriam da posição de Roxin, de que a pena, como mais um dos institutos do DP, deve ser funcionalizada para cumprir com a missão de proteção subsidiária de bens jurídicos (ROXIN, 1997, p. 84). Essa proteção seria alcançada não com uma pena de finalidade voltada à retribuição do mal do delito com o mal da punição, ou à expiação de condutas criminosas, mas sim voltada a uma finalidade de prevenção de novos delitos e, conseqüentemente, de proteção de bens jurídicos (ROXIN, 1997, p. 95 e ss). Essa prevenção pode ocorrer tanto mediante atuações voltadas para o sujeito que tenha cometido algum delito, denominadas, conjuntamente, como prevenção especial (ROXIN, 1997, p. 85-89), quanto mediante ações voltadas para a comunidade frente a esse sujeito, tratadas, conjuntamente, como prevenção geral (ROXIN, 1997, p. 89-93).

A assunção de que a pena possui finalidades preventivas enseja a conclusão de que, se determinada conjuntura fático-jurídica prescinde de prevenção, resta sem função, estando, por conseguinte, inviabilizada a aplicação de pena.

Essa compreensão permite que Roxin conecte as teorias do delito e da pena, justamente por meio da categoria “responsabilidade jurídico-penal”, ou culpabilidade em seu sentido amplo, como será a partir de agora compreendida. A *ratio* do estado de necessidade exculpante deriva, segundo esse raciocínio, da normatização de um juízo de ausência de necessidade de prevenção da pena. Para o sistema jurídico-penal brasileiro, essa normatização ocorre justamente para os casos que se ajustem à descrição contida no art. 39 do CPM.

A ausência de necessidade preventiva consiste no “conteúdo teleológico” que serve como razão para a existência do estado de necessidade exculpante (ROXIN, 1997, p. 896 e ss). A atuação amparada pelo instituto, portanto, afasta a responsabilidade jurídico-penal, ou, como a previsão do art. 39 estabelece, a culpabilidade, compreendida em seu sentido amplo (ROXIN, 1997, p. 897).

Esse conteúdo não só se demonstra alternativa mais consistente para se compreender a diferença entre as figuras justificante e exculpante do e.n, mas também por conseguir explicar as distinções entre injustos impuníveis e puníveis em estado de perigo, feitas pelo art. 39 do CPM.

Um fato que contempla todos os requisitos estabelecidos pelo art. 39 do CPM não é punido em razão de um juízo normativo quanto à falta de necessidade de pena. As exceções puníveis, como a autoprovocação antecedente de perigo ou a não



evitação do perigo, ao contrário da hipótese de exculpação, consistem em casos para os quais subsistem necessidades preventivas, sejam gerais, como a motivação sociopedagógica e a manutenção da ordem pacífica contrárias àqueles comportamentos, sejam específicas, como a cessação da autoprovocação de perigo ou a correção que evite injustos evitáveis.

## REINTERPRETAÇÃO DOS REQUISITOS DO ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE

A segunda questão que o artigo intenciona solucionar é: como interpretar os requisitos desse instituto de modo a possibilitar o cumprimento de sua função na teoria do delito?

A substituição da inexigibilidade de conduta diversa pelas necessidades preventivas da pena, como *ratio* da exculpação por estado de necessidade, faz surgir a necessidade de se re-interpretar o conteúdo dos requisitos previstos na redação do art. 39 do CPM, procedendo com considerações sobre as necessidades preventivas de aplicação de pena, quando necessário.

### a) Existência de um perigo certo e atual a um bem jurídico

O instituto do art. 39 do CPM, para a exclusão da culpabilidade em seu sentido amplo, tem como requisito, para a incidência da exculpação, que o injusto protetivo se dê em meio a uma situação de perigo certo e atual a um bem jurídico.

O termo “perigo” é um conceito ainda carente de maior delimitação no DP (ROXIN, 1997, p. 676). O seu significado, sem grandes prejuízos, pode ser inicialmente compreendido como um aumento das chances de ocorrência de lesão a um bem juridicamente protegido (GALVÃO, 2013, p. 303). Essa simples delimitação, contudo, demanda certas complementações para melhor funcionalização desse requisito.

Um primeiro ponto de atenção para a devida compreensão da noção do significado normativo de perigo refere-se à intensidade do aumento de chances. Esse aumento, ao mesmo tempo que não deve ser compreendido como mero incremento insignificante de possibilidade, também não deve ter sua compreensão restringida tão somente a um incremento que torne altamente provável a ocorrência de lesão (ROXIN, 1997, p. 902).

Um evento que caracterize, por exemplo, probabilidade de 10% de chance de morte a um sujeito não deve ser menos-prezado para fins de configuração do que se compreende pelo termo “perigo”. Eventuais limitações ao sacrifício de bens jurídicos de igual ou superior importância, em casos como esse, subsistem não em razão da inexistência do perigo, mas pelo fato de ser razoável exigir-se conduta diversa frente a um perigo pouco intenso, como suportá-lo, por exemplo (ROXIN, 1997, p. 902).

Outro ponto de atenção para a devida compreensão do significado de perigo refere-se à perspectiva de momento e do critério de como deve ser interpretada e aferida a existência do aumento de chances de lesão.

A questão acerca da perspectiva do momento para a aferi-

ção do perigo tem razoável consenso doutrinário (ROXIN, 1997, p. 677) e jurisprudencial (STM, Ap. 7000045-57.2021.7.00.0000, Rel. Min. Artur Vidigal de Oliveira, j. 22/04/2021, p. 10/05/2021), no sentido de que essa deve ocorrer por um juízo *ex ante*, isto é, em uma perspectiva anterior ao fato. Isso ocorre pela simples razão de que o perigo é um pressuposto à atuação por estado de necessidade exculpante. A aferição que se faz projetada ao momento do fato, quanto à existência do estado de necessidade, só pode ser devidamente feita se se concluir, ainda que equivocadamente, por um juízo positivo anterior quanto à existência de um perigo dirigido a um bem juridicamente protegido, diante do fato analisado.

O critério para a aferição quanto à existência de um perigo, por sua vez, não apresenta consenso na literatura. Parte do setor doutrinário, como Schaffstein, utiliza-se de um *standard* normativo, isto é, abstrações mentais que idealizam um personagem com atributos e capacidades medianas, de semelhante posição social ao sujeito relacionado ao episódio cotejado (ROXIN, 1997, p. 677). Assim, a aferição quanto à existência de um perigo afirmada por um soldado de infantaria depende da emulação mental e abstrata de um “soldado de infantaria mediano”, de modo a confrontar se essa figura abstrata mediana também percebe determinada situação como um perigo.

Outro segmento doutrinário, como o de Günther Jakobs, por exemplo, compreende que a aferição acerca da existência do perigo deve ser feita não por meio de uma abstração mental de um *standard* normativo, mas sim por meio de um juízo realizado por um *expert* na aferição de perigos correspondentes ao tema contemplado (ROXIN, 1997, p. 678). A aferição quanto à existência de um perigo relacionado a fogo ou incêndio, por exemplo, deve decorrer do juízo proferido por um bombeiro, ainda que o sujeito envolvido na situação cotejada não seja um bombeiro.

Fernando Galvão conclui pela inexistência de um critério preciso que possa ser aplicado a todos os casos, entretanto propõe solução funcional ao dilema (GALVÃO, 2013, p. 303-304): situações que demandam conhecimento técnico podem ser resolvidas por meio do critério de aferição do risco por um *expert*, e situações relacionadas à experiência ordinária das relações sociais podem ser aferidas pelo próprio julgador. Um complemento interessante à posição de Galvão é a possibilidade de se utilizar a abstração mental de Schaffstein para aqueles casos em que a capacidade de percepção do juiz se apresente manifestamente superior à capacidade do sujeito envolvido no eventual perigo analisado. Essa solução respeitaria a capacidade de acesso à norma do autor em questão.

A origem do perigo é indiferente, podendo esse provir de forças da natureza, de coisas ou de pessoas (ROXIN, 1997, p. 903). São exemplos, nesse sentido: inundações e tempestades, de perigos provenientes da natureza; desabamento de prédios, casas e estruturas, de perigos provenientes de coisas; e ataques advindos de reações epiléticas ou de desdobramentos involuntários provenientes de adequada legítima defesa real contra terceiro, de perigos provenientes de pessoas.

Uma vez delimitados seus aspectos básicos, é necessário lembrar que nem todo perigo possibilita uma atuação em estado de necessidade exculpante, mas tão somente o “perigo





certo e atual”. Duas relações sintagmáticas se estabelecem em relação ao perigo: “certo” e “atual”.

A expressão “atual” enseja discussão doutrinária que dedica esforços no sentido de delimitar o alcance da expressão. Assis Toledo (1994, p. 181), Rogério Greco (2015, p. 380), Basileu Garcia (GRECO, 2015, p. 380) e Aníbal Bruno (1967, p. 395) compreendem estar abrangido, na compreensão de perigo atual do estado de necessidade, também o perigo iminente.

Roxin (1997, p. 903) vai ainda mais adiante e defende uma interpretação bastante extensiva quanto à referência “perigo atual”. Sua compreensão entende estarem abrangidos, pela expressão “perigo atual”, períodos de tempo substancialmente maiores que uma “imediate atualidade”. Nessa extensão, em “perigo atual” estariam enquadradas situações de perigo iminente e de perigo de rápida conversão.

O perigo iminente refere-se, segundo Roxin, à situação de uma duradoura grande chance de ocorrência de lesão a um bem juridicamente protegido, como, por exemplo, a situação de um edifício abalado que apresenta grandes chances de desmoronar a qualquer momento. Ainda que se passem meses, para Roxin, o perigo persistirá sendo atual (ROXIN, 1997, p. 903). O perigo de rápida conversão, por sua vez, consiste em uma potencialidade de perigo, que, a despeito de não existir efetivamente, possui a potencialidade de converter-se tão rapidamente em dano, que se admite reação frente à potencialidade de perigo antecipadamente (ROXIN, 1997, p. 903).

Os tribunais brasileiros apresentam excessiva flexibilidade em relação à aceitação do perigo iminente, sem maiores reflexões a respeito das qualidades “atual” e “iminente” (STM, Ap. 7000016-12.2018.7.00.0000, Rel. Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, j. 03/05/2018, p. 21/05/2018). Nesse sentido, parecem alinhar-se às posições que estabelecem uma interpretação extensiva quanto ao significado da expressão “perigo atual”.

Galvão (2018, p. 386-387), Cezar Bittencourt (2012, p. 409) e Frederico Marques (GRECO, 2015, p. 380), mais atidos à relevância significativa das palavras, defendem interpretação literal, de modo a não estar compreendido, na ideia de perigo atual, aquele que é iminente. Galvão (2018, p. 386-387), nesse sentido, esclarece o fato de que o próprio legislador estabelece diferença significativa entre as expressões “atual” e “iminente”, como ocorre nas previsões de legítima defesa do CP (art. 25) e do CPM (art. 44), que possuem ambos os vocábulos.

Apresentamo-nos favoráveis a essa interpretação. O conceito de perigo já abrange uma ideia de iminência, justamente compreendida no aumento de chances de um dano ocorrer, isto é, em uma iminência do dano. A iminência do perigo significa, nesse sentido, a iminência de uma iminência, o que já faz nascer dúvidas quanto à qualidade da iminência do dano.

A redação do art. 39 do CPM parece não permitir espaço para interpretações mais extensivas, na medida em que, junto à expressão “atual”, traz também a expressão “certo”. A iminência da iminência de uma lesão seguramente não faz jus à redação “perigo certo e atual”, presente no dispositivo.

A maior flexibilização quanto à compreensão da expressão não só ultrapassa suas próprias delimitações, mas ameaça a efetividade de outros requisitos para a configuração do estado de necessidade exculpante, como a “inevitabilidade” (do peri-

go ou da lesão), ou ainda a ausência de “razoável exigência de conduta diversa”. O exemplo do edifício abalado, nesse caso, é claro ao mostrar que a flexibilização da referência “perigo atual” não se converte em uma maior funcionalidade do estado de necessidade, mas sim em uma estranha situação de necessidade perene, contraditória aos requisitos já mencionados do estado de necessidade exculpante.

A proteção subsidiária de bens jurídicos certamente é prejudicada se aceitarmos a tese de que a expressão “perigo atual” abrange em seu significado também a ideia de perigo iminente. A compreensão mais restritiva da expressão não só é mais acurada, do ponto de vista literal, bem como atende melhor às necessidades preventivas gerais da pena, sobretudo quanto à motivação socio-pedagógica de aprendizado à sociedade, no sentido de se evitar o sacrifício de bens jurídicos mais importantes em situações evitáveis ou autoprovocadas.

## **b) Proteção de bem jurídico próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição**

O instituto do art. 39 do CPM, para a exclusão da culpabilidade em seu sentido amplo, demanda que o bem jurídico protegido na situação de necessidade seja do sujeito que pratica o injusto ou de pessoa a quem esteja ligado por estreitas relações de parentesco ou de afeição. Essa restrição contraria a vaga ideia de inexigibilidade de conduta diversa como razão de exculpação. A mesma conduta pode ser exculpada ou não, haja vista que a inexigibilidade não figura como *ratio* de exculpação.

O conteúdo teleológico das necessidades de prevenção de pena consegue, de maneira mais satisfatória, explicar por qual razão existe a restrição de um círculo privilegiado de pessoas para possível configuração do estado de necessidade exculpante. Essa delimitação existe, segundo Roxin (1997, p. 909), porque o injusto do sujeito, quando dirigido à proteção dele ou desse grupo de pessoas a ele relacionado, é geralmente percebido com uma maior compreensão pública, de modo que se faz defensável, sobretudo por um ponto de vista preventivo-geral, uma indulgência do sistema normativo ao fato.

A permissão da ocorrência de injustos dirigidos à proteção de bens jurídicos desse círculo “privilegiado” é, inclusive, sucedânea, também, da teoria dos fins, que persiste válida para o estado de necessidade exculpante. Nesse sentido, ainda que haja a prática de injusto penal, pode-se compreender que esse é dirigido a fins reconhecidos pelo Estado, como a observância de deveres de proteção à família (art. 226 da Constituição Federal – CF/1988) e de proteção ao cônjuge (art. 1.566 do Código Civil – CC), por exemplo.

A compreensão sobre esse círculo de pessoas para uma adequada aplicação do instituto demanda que interpretemos, além da óbvia referência à pessoa do próprio sujeito, a extensão da referência do art. 39 do CPM: “pessoa a quem (o sujeito) está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição”.

A construção “estreitas relações de parentesco” conta com certa imprecisão, na medida em que a redação do dispositivo não esclarece se o critério deve ser compreendido do ponto de vista estritamente legal, biológico, ou ainda de um ponto de



vista mais restritivo, em que também se exija estreito vínculo social (de modo que, além do parentesco civil ou biológico, seja exigida também uma convivência em “comunidade doméstica”).

Ainda que exista também a expressão “estreita relação de afeição”, alternativa que amplia o círculo de pessoas abrangido pelo art. 39 do CPM, o exercício de compreensão acerca do significado da extensão da referência relativa à estreita relação de parentesco se faz necessária, sobretudo se considerarmos as situações em que um parente de grau próximo ao sujeito não tem com esse qualquer vínculo social.

O CP parece oferecer disposição que faz preferência por um círculo mais estreito de relações de parentesco que aquele previsto pelo CC. A disposição em questão é aquela de seu art. 181, II, por meio da qual se estabelece, segundo a doutrina, uma “imunidade penal de caráter social” (GALVÃO, 2013, p. 142). O círculo de pessoas com estreitas relações de parentesco com o sujeito é formado, de acordo com essa interpretação, pelos ascendentes e descendentes, de parentesco civil ou natural. Essa disposição, na ausência de outra mais específica, pode servir como orientação normativa para a apreciação da referência “estreitas relações de parentesco”.

A expressão “estreitas relações de afeição” complementa o conteúdo do círculo de pessoas possivelmente protegido pelo estado de necessidade exculpante. O seu conteúdo, de acordo com a funcionalização proposta por Roxin, abrange, no mínimo, três espécies de relações.

Por estreitas relações de afeição, podem ser compreendidas aquelas relações de um sujeito com pessoas que, apesar de não serem legalmente caracterizadas como seus parentes, com aquele estabelecem relações semelhantes àquelas de estreito parentesco. Esse é o caso, por exemplo, de cônjuges e companheiros entre si, na constância do vínculo (ROXIN, 1997, p. 909).

Outro conjunto de relações que pode ser compreendido como uma “estreita relação de afeição” é aquele formado entre um sujeito e parentes ou pessoas que com esse compartilham de contínua convivência (ROXIN, 1997, p. 909). Esse é o caso dos parentes, como irmãos, tios e sobrinhos, e de agregados que compartilham da mesma habitação, por exemplo.

Por fim, um outro conjunto de relações que pode ser compreendido por “estreita relação de afeição” é aquele formado entre um sujeito e uma outra pessoa que, apesar de não conviverem continuamente em um mesmo espaço, estabelecem entre si especial relação de amizade (ROXIN, 1997, p. 909-910).

A compreensão da expressão “estreita relação de afeição”, a despeito das possibilidades supracitadas, deve comportar algumas limitações, a fim de se evitar uma indiscriminada aplicação do estado de necessidade exculpante. O círculo de estreita afeição deve observar o critério funcional que o orienta, qual seja, a ausência de necessidade de pena, sobretudo em razão da comoção pública que possibilita a indulgência estatal.

O critério de valor de “maior comoção pública”, apontado por Roxin, para depreendermos a ausência de necessidade preventivo-geral de aplicação de pena, certamente não ocorre em razão de quaisquer relações, como as de colegas de farda,

colegas de uma prática desportiva, aluno e professor, amigos de partido, vizinhos ou colegas de profissão, etc. A qualificação de “estreita relação de afeição” deve exigir algo além de um trato social sustentado pela simpatia, ou de contatos limitados a determinados âmbitos da vida (ROXIN, 1997, p. 910).

Da mesma forma, também não estariam incluídas, dentro do círculo de relações de que trata o art. 39 do CPM, aquelas unilaterais, como aquelas entre fã e ídolo ou ainda de amor “platônico” ou não correspondido (ROXIN, 1997, p. 910). Essas relações, além de perigarem um afrouxamento interpretativo da referência “estreita relação de afeição”, dificilmente suscitariam maior comoção popular, capaz de permitir a indulgência do Estado à realização de injustos penais.

### c) Não provocação do perigo pelo próprio sujeito

A redação do art. 39 do CPM somente autoriza a exculpação por estado de necessidade quando quem realiza o injusto protetivo não tenha provocado o perigo ao bem jurídico que pretenda salvar. Essa restrição é mais ampla do que aquela prevista pelo estado de necessidade justificante do art. 24 do Código Penal comum, por exemplo, que inviabiliza a justificacão tão somente nos casos de produção voluntária do perigo (GALVÃO, 2013, p. 305-306). O tipo exculpante, em uma interpretação literal, parece não se aplicar aos casos em que o sujeito tenha provocado, ainda que involuntariamente, o perigo.

Uma maior dificuldade de acesso ao estado de necessidade exculpante é compreensível do ponto de vista sistemático, na medida em que diferentemente de sua faceta justificante, a solução performada nesse estado de necessidade não coincide com as prioridades do Estado e da sociedade. A restrição, contudo, não deve alcançar toda e qualquer produção de perigo, sob pena de ameaçar a funcionalidade do instituto de proteger subsidiariamente bens jurídicos e separar, entre os injustos, aqueles que desnecessitam de aplicação de pena.

Quem, por exemplo, agindo conforme o Direito, causa efetivo aumento de chances de lesão a bem jurídico próprio ou de terceiro, não pode ser, em razão disso, excluído da possibilidade de recorrer à exculpação por estado de necessidade. Esse é o caso, por exemplo, da pessoa que noticia a uma autoridade competente a existência e a estruturação de uma milícia. Essa ação pode aumentar a chance de lesão a bens jurídicos seus, ao aumentar a chance de ocorrer alguma represália, por exemplo.

Se, nessa situação de perigo à integridade física, a noticiante vem a praticar falso-testemunho ou algum outro injusto em situação de necessidade, não pode, sob a restrição da autoprovocação de um perigo, ter-lhe, de plano, afastado o amparo do estado de necessidade exculpante (ROXIN, 1997, p. 917). No ordenamento brasileiro, inclusive, essa atuação poderia ser justificada pelo instituto da legítima defesa.

A restrição da autoprovocação do perigo não deve ser interpretada, portanto, literalmente. Em razão disso, dois recursos provenientes da teoria do delito são propostos por Roxin como filtros para a interpretação da autoprovocação de perigo idônea ao afastamento do estado de necessidade exculpante:





a inadequação social e a previsibilidade conjunta do perigo e da situação de necessidade (ROXIN, 1997, p. 917-918).

O primeiro recurso serve ao filtro para o juízo de provocação de perigo proveniente de pessoas. A acessibilidade ao estado de necessidade exculpante, de acordo com esse raciocínio, permanecerá intacta ao sujeito, ainda que esse provocasse perigo proveniente de pessoas, se essa provocação ocorrer em decorrência de um comportamento socialmente adequado (ROXIN, 1997, p. 917). Esse raciocínio dá conta de manter a acessibilidade do estado de necessidade a situações como a exemplificada acima.

O segundo recurso seria mais apropriado ao perigo proveniente de coisas e da natureza. O recurso da adequação social não possui adequada capacidade de rendimento para situações de perigo provenientes de coisas e natureza, pois pode servir como restrição que limita excessivamente atividades que, embora não reproduzam a habitual ordinariade da convivência social, são dirigidas a uma razão suficiente de proveito social, como a atividade inventiva (em relação a coisas) ou as atividades de excursão e exploração à natureza (em relação à natureza).

Um critério mais adequado para a aferição da provocação de perigos provenientes da natureza e de coisas deve ser diferente. Um critério defendido por Roxin é o da previsibilidade conjunta do perigo e da situação de necessidade (ROXIN, 1997, p. 917-918). Esse raciocínio permite o acesso ao estado de necessidade exculpante naquelas situações em que, apesar de o perigo ser previsível, a situação de necessidade não o seja.

Roxin ilustra o critério apresentado por meio do exemplo de uma excursão náutica perigosa empreendida por um sujeito e uma pessoa. Se, a despeito de perigos previsíveis, como o da forte correnteza das águas aonde fará a excursão, o sujeito leva consigo colete salva-vidas devidamente revisado e esse, na situação de perigo de forte correnteza, surpreende o sujeito, apresentando defeitos imprevisíveis, a alternativa do amparo pelo estado de necessidade exculpante deve manter-se disponível ao sujeito (ROXIN, 1997, p. 918). Eventual restrição quanto à acessibilidade do estado de necessidade em casos como esse implicaria uma espécie de responsabilização objetiva pelo perigo provocado, o que não é coerente com todo o resto da teoria do delito.

O contrário ocorre quando o sujeito, intencional ou negligentemente, deixa seu colete salva-vidas em casa. Esse fato, somado àquele de a excursão náutica ser sabidamente perigosa, ocasiona situação em que não só o perigo da excursão é previsível, mas também o é a situação de necessidade de não levar o colete salva-vidas próprio, dado o perigo.

Assim, a previsibilidade conjunta do perigo e da situação de necessidade é condição razoável e suficiente ao afastamento da possibilidade de amparo ao estado de necessidade exculpante a esse sujeito, que, em decorrência da forte correnteza e da falta de colete próprio, toma o colete do amigo para se salvar de situação de necessidade, entregando o amigo à morte (ROXIN, 1997, p. 918).

Esses critérios, na falta de uma restrição expressa a um alance exagerado da expressão “provocação do perigo”, trazem substancial funcionalidade do instituto ao DP, em sua tarefa

de proteção subsidiária de bens jurídicos. Além disso, mantém sintonia com o conteúdo teleológico da *ratio* de exculpação, seja pela falta de necessidade preventiva especial, em decorrência da motivação tão somente protetiva do injusto, seja pela falta de necessidade preventiva geral, pelo fato de a provocação do perigo ter ocorrido em situação de adequação social ou sem a previsibilidade conjunta do perigo e da situação de necessidade.

#### d) Inevitabilidade do perigo

Outro requisito necessário para a configuração do estado de necessidade exculpante, segundo o art. 39 do CPM, é de que o perigo que gera a situação de necessidade não deve ser de outro modo evitável pelo sujeito que realiza o injusto protetivo. Esse requisito tem a função de impedir o acesso ao estado de necessidade naquelas situações em que, apesar de o perigo não ser provocado pelo sujeito, é por ele aceito.

Isso acontece porque o instituto não significa uma indulgência completa quanto ao perigo, mas sim uma opção político-criminal de indulgência a determinados injustos protetivos, desde que decorrentes de uma legítima situação de perigo. A provocação ou a aceitação de perigo evitável inviabiliza a exculpação, pois tais comportamentos devem ser desestimulados pela pena, subsistindo, assim, necessidade preventivo-geral dessa.

O requisito da inevitabilidade do perigo deve ser, contudo, interpretado com cuidado, pois, assim como o requisito da não provocação, a sua interpretação literal restringe exageradamente o âmbito de aplicação do art. 39 do CPM.

A maioria dos perigos é de algum modo evitável, principalmente se tomarmos como causa desse, com a mesma valoração, qualquer condição anterior sem a qual o perigo não teria sido gerado. A inevitabilidade em relação aos antecedentes causais do perigo retira quase todo o conteúdo do tipo exculpante e reflete uma visão que ignora que a realidade humana é inexoravelmente repleta de riscos e perigos.

A necessidade de exculpação por estado de necessidade decorre justamente de perigos que de algum modo não foram evitados. Se esses perigos fossem evitados, não haveria a necessidade do sacrifício injusto. A exculpação decorre, justamente, da já existência de um perigo ao bem jurídico ao qual se pretenda proteger.

A inevitabilidade, em razão disso, deve ser interpretada restritivamente, impedindo que sua extensão significativa macule quase que por completo a acessibilidade ao estado de necessidade. O termo “evitar” compreende, entre os seus sinônimos, termos de menor amplitude significativa, como “escapar”, “evadir” e “fugir”, que se dirigem, não à evitação de uma potencial situação, mas à evitação de uma situação já existente.

Esse recorte interpretativo restritivo permite interpretar a inevitabilidade não como a eliminação das causas de um perigo, mas sim como a eliminação do perigo em si, uma vez já manifestado. O requisito da inevitabilidade fica, dessa forma, muito mais relacionado à evitação da situação de necessidade ou do fato necessitado, relativos ao estado de necessidade exculpan-



te, como é possível deprender das doutrinas de Roxin (1997, p. 903 e ss) e Galvão (2013, p. 306-307), respectivamente.

A nossa visão se aproxima à interpretação restritiva do requisito que o corresponda à inevitabilidade da situação de necessidade, dado um perigo já existente. Essa abordagem deve servir como parâmetro para a aplicação do estado de necessidade exculpante. Essa inevitabilidade, como um juízo negativo da evitabilidade, não deve ser absoluta, pois a interpretação quanto à evitabilidade da situação de necessidade deve levar em conta tão somente os modos reconhecidos e admitidos pelo Direito.

Assim delimitado o requisito, resta claro que, quando houver um modo possível e conforme o Direito de se evitar a situação de necessidade, dado um perigo existente, não caberá a exculpação por estado de necessidade

É exemplo de situação evitável, segundo Roxin, o cenário em que, diante de um perigo exagerado e inadmissível para a integridade física de um militar em serviço, esse deixa de se socorrer a possível via de reclamação ou apelo capaz de evitar a situação de necessidade e prefira por desertar (ROXIN, 1997, p. 903-904).

A aferição quanto à inevitabilidade deve ser sopesada com considerações quanto à razoabilidade de exigência de conduta diversa, nos casos em que a situação de necessidade só pode ser evitada de um modo conforme o Direito que implique ao sujeito evidentes desvantagens jurídicas.

Se, no exemplo referente ao militar em serviço citado logo acima, o militar só puder evitar a situação de necessidade suportando punição administrativa, esse modo de evitação da situação de necessidade não deve ser levado em conta para a eventual constatação quanto à evitabilidade. A razão para tanto, segundo Roxin, reside na vedação de comportamento contraditório por parte do Estado.

O dispositivo do estado de necessidade exculpante, criado pelo Estado para distinguir fatos praticados para a proteção de bens jurídicos em situação de necessidade, não pode limitar o acesso do sujeito ao estado de necessidade exculpante, considerando o perigo evitável, quando o modo de evitação implicar sacrifício ilegítimo de um bem jurídico. Como defende o autor, isso significaria dar com uma mão (possibilidade do estado de necessidade) para tirar com a outra (exigir que o indivíduo necessariamente sofra desvantagens ilegítimas) (ROXIN, 1997, p. 905).

#### **e) Sacrifício de bem jurídico alheio, ainda que de maior importância ao bem jurídico protegido, com intenção de agir em conformidade com a exculpação legal**

O tipo exculpante permite que ocorra a exculpação por estado de necessidade quando ocorra, em decorrência de um perigo, a realização de um injusto protegendo um bem jurídico, e atacando outro, ainda que este seja de maior importância que aquele. O que se autoriza aqui, ao contrário do estado de necessidade justificante, é que a ponderação de bens ameaçados pelo perigo seja solucionada pelo sujeito de maneira diversa daquela esperada pelo Estado.

A fórmula utilizada como requisito para configuração da

exculpação por estado de necessidade brasileiro é bastante abrangente e não traz consigo limitações quanto às espécies de bens jurídicos que legitimam uma atuação sob o amparo do instituto. A solução dada pelo sujeito deve ser, entretanto, sopesada em termos de ponderação dos bens jurídicos expostos ao perigo, sobretudo com o auxílio do requisito da necessidade de que não seja razoável a exigência de conduta diversa.

O bem jurídico protegido pode ser tanto da própria pessoa que realiza o injusto protetor quanto de outra pessoa, desde que observada a regra do círculo de pessoas próximas ao sujeito por estreitas relações de parentesco ou de afeição. Quanto à pessoa detentora do bem jurídico atacado pela conduta em estado de necessidade, o dispositivo do art. 39 do CPM não estabelece qualquer restrição além de que a pessoa do bem jurídico atacado seja diversa daquela que pratica a conduta. Essa redação ampla permite, por exemplo, que os bens jurídicos protegidos e atacados sejam de uma mesma pessoa, desde que essa não se confunda com o sujeito que realiza o injusto protetivo.

O tipo exculpante estabelece, ainda, por meio da referência “para proteger”, que o injusto amparável pelo estado de necessidade deve ser praticado com o elemento subjetivo voltado ao salvamento de um bem jurídico em situação de necessidade. Isso evita que atuações guiadas por motivações predominantemente delitivas possam ser exculpadas. Essa restrição evita, também, a possibilidade de alegação de um estado de necessidade, única e exclusivamente, sobre as bases objetivas da existência de uma situação de necessidade e da aferição, a *posteriori*, da proteção de um bem jurídico. Nesse sentido, se faz, portanto, imprescindível a necessidade do motivo, isso porque há necessidades preventivas, geral e especial, de se punirem indivíduos que sacrifiquem bens jurídicos sem prévia motivação legítima.

A alegação de atuação por estado de necessidade exculpante, presentes os requisitos objetivos, segundo Roxin, deve contar com certa presunção de existência do elemento subjetivo (ROXIN, 1997, p. 911). Essa presunção, em uma interpretação funcional, caminha de acordo com as regras probatória e de tratamento do princípio da presunção de inocência, bem como reconhece a dificuldade de se provar o elemento subjetivo, sobretudo em ações tomadas sob um contexto de perigo.

A necessidade de uma atuação dirigida a um salvamento não corresponde a uma exigência de que a motivação tenha surgido de impulsos especialmente nobres, nem de que o salvamento seja a finalidade única ou predominante do sujeito. Roxin exemplifica que um salvamento injusto, guiado não pelo afeto, mas pela vontade de não parecer covarde, não deve impedir a aplicação do estado de necessidade exculpante, pois, ainda que o impulso de motivação não seja nobre, de qualquer forma a motivação foi finalisticamente dirigida ao salvamento de um bem jurídico em situação de necessidade (ROXIN, 1997, p. 911).

#### **f) Exigibilidade irrazoável de conduta diversa**

O art. 39 do CPM estabelece que um injusto voltado à proteção de um bem jurídico em detrimento de outro só é ampa-





rável pela exculpação por estado de necessidade se não lhe for razoável exigir conduta diversa.

O requisito da exigibilidade irrazoável de conduta diversa não deve ser confundido com a ideia de inexigibilidade. O sistema normativo pátrio deixa claro, sobretudo por meio da figura justificante do estado de necessidade, que abraça a teoria da ponderação de bens, isto é, que o sacrifício do bem jurídico de menor relevo é a solução exigível pelo Estado. Dizer que a exculpação por estado de necessidade surge em função da inexigibilidade de conduta diversa é, por essa razão, um equívoco.

O estado de necessidade exculpante serve justamente para flexibilizar a solução jurídico-penal empregada a determinados injustos que contrariem a exigibilidade de conduta diversa. O que se requer, portanto, não é que o julgador faça um exame quanto à suposta inexigibilidade de conduta diversa, mas sim que afira se essa exigibilidade, ainda que presente no injusto, demonstra-se irrazoável.

Essa referência serve como elemento normativo, que, sob o prisma funcionalista teleológico, tem a função de permeabilizar a figura da exculpação por estado de necessidade com juízos quantitativos e qualitativos de proporcionalidade quanto à conduta empregada. A ideia de irrazoabilidade não traz consigo um critério exato quanto à delimitação da fronteira entre o razoável e o irrazoável, mas sua interpretação conjugada com outras referências do sistema normativo permite-nos estabelecer situações de maior ou menor razoabilidade.

Um primeiro juízo, de caráter qualitativo, que se demonstra relevante para uma interpretação quanto à razoabilidade de conduta diversa exigível é a existência de uma posição jurídica especial (ROXIN, 1997, p. 913-915). A existência de obrigações e deveres especiais de um sujeito frente à coletividade é capaz de dificultar o acesso desse ao estado de necessidade exculpante, justamente por ser ainda mais razoável exigir-lhe a proteção do bem jurídico de maior importância.

Um exemplo do exposto diz respeito a cargos públicos. A existência de certas obrigações e deveres especiais de um agente público frente à coletividade, por exemplo, gera expectativas jurídicas quanto a uma maior suporte a perigos específicos, e portanto, menor razoabilidade de um policial, frente a perigos de violência, ou de um bombeiro, frente a perigos de incêndio, optar por uma conduta diversa àquela exigível pelo Estado.

Esse maior rigor quanto à expectativa de conduta diversa exigível de posições jurídicas especiais não deve ser absoluto, devendo observar algumas limitações. A maior exigibilidade de suporte a perigos e atuação conforme o Direito deve limitar-se ao âmbito do papel profissional ou social desempenhado por aquele garante (ROXIN, 1997, p. 914).

Assim, Roxin exemplifica que a maior razoabilidade de exigência de suporte a perigos de saúde não subsiste ao médico, em situações alheias ao exercício de sua profissão, como no caso em que esse resulta vítima de um naufrágio (ROXIN, 1997, p. 914).

Também não deve haver maior expectativa de conduta diversa, mesmo em relação aos sujeitos que ocupem posições jurídicas especiais, nos casos em que o sacrifício de bens jurídicos

importantes como a vida, a integridade física e a liberdade, por exemplo, for altamente provável. Desse modo, não se deve esperar que o policial abra mão de sua vida em situações nas quais a perda dessa é resultado certo ou altamente provável (ROXIN, 1997, p. 914). O Direito, nesse sentido, pode exigir que um policial suporte perigos razoáveis decorrentes de sua profissão, mas é irrazoável exigir-lhe o sacrifício consciente de sua própria vida.

Outra limitação que importa refletirmos se refere à (ir)razoabilidade quanto à exigência de conduta justa daquele que ostenta posição jurídica especial frente a perigos que ameaçam bens jurídicos daqueles que pertencem ao seu círculo de estreitas relações de parentesco e afeição.

Roxin compreende que, nessas situações, deve haver maior rigor quanto à expectativa de conduta diversa exigível a injustos (ROXIN, 1997, p. 915). Entendemos, todavia, ser irrazoável exigir de um bombeiro, por exemplo, que, em uma situação de inundação que exponha a risco de morte, de um lado, seu pai, e, de outro, duas pessoas desconhecidas, dê preferência a essas últimas tão somente em decorrência de um dever especial de conservação do maior número de vidas. Eventual solução injusta preferente a uma pessoa de estreita relação de parentesco ou afeição certamente contaria com a mesma comoção popular que permite a indulgência do Estado aos demais casos de estado de necessidade exculpante, e a existência da posição jurídica especial não parece ser condição bastante para impedir, de plano, a possibilidade da exculpação.

A interpretação de Roxin conclui, também, pela inviabilidade da exculpação por estado de necessidade na situação em que um parente salve um sujeito que ostente posição jurídica especial de enfrentamento ao perigo. O autor defende a ideia de que o bom funcionamento dos dispositivos normativos estabelecidos para proteger a coletividade exige que não só quem tenha o dever de suportar o perigo cumpra com seu dever, mas que pessoas com estreita relação de parentesco ou afeição a esse sujeito também tenham em consideração a posição jurídica especial desse (ROXIN, 1997, p. 915).

Apresentamo-nos, da mesma forma, contrários a essa conclusão. Se, por um lado, não é razoável exigir que um bombeiro em exercício da profissão sacrifique a vida de seu pai para conseguir salvar a vida de outras duas pessoas, diante de um perigo de afogamento causado por uma inundação; de outro lado, é ainda menos razoável exigir que o pai desse bombeiro prefira a vida de dois estranhos frente à vida de seu filho, tão somente pelo fato de esse ser bombeiro e ostentar posição jurídica especial frente a perigos provenientes de uma inundação.

Um segundo juízo, de caráter quantitativo, refere-se à desproporção entre o bem jurídico protegido e o injusto causado (ROXIN, 1997, p. 905). Esse sopesamento parte do postulado da teoria dos fins, que estipula a necessidade de observância dos meios e condutas adequadas à consecução de um fim reconhecido pelo Estado.

A consideração desse critério na ocasião de aferimento da razoabilidade em se exigir conduta diversa sustenta a posição de que, ainda que o sistema normativo admita a exculpação por estado de necessidade, essa não deve servir como salvo-conduto à realização de injustos que ignorem, por completo,



alguma relação de proporcionalidade entre o bem jurídico protegido e o bem jurídico sacrificado.

Sob esse juízo, podemos admitir a exculpação em situações de necessidade, a depender das particularidades do caso concreto, de um homicídio de uma pessoa em proteção a um grave dano à integridade física de outra, ou até mesmo o homicídio de mais de uma pessoa em proteção a uma vida. Por outro lado, a realização de um homicídio para a evitação de danos corporais facilmente recuperáveis ou a matança de inúmeros para o resguardo de uma vida dificilmente implicam condutas cuja exigibilidade de conduta diversa é considerada irrazoável.

Esse juízo de proporcionalidade não deve se limitar a uma ponderação quanto à proporcionalidade dos bens jurídicos conjurados, mas deve estender-se ao perigo que gera a situação de necessidade. Desse modo, quão mais remotas forem as chances de conversão de um perigo em resultado danoso, mais razoável será a exigência de conduta diversa ao sacrifício injusto de um bem jurídico.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estado de necessidade exculpante reverbera o caráter funcional da teoria do delito. Denota que essa, para além de uma construção teórica voltada à legitimação do poder punitivo estatal, reconhece a humanidade do militar, que, como qualquer outra pessoa, é sujeito dotado de um juízo individual, e que nem sempre reflete a expectativa coletiva consubstanciada pelo ordenamento, quando diante de situações de perigo.

O funcionalismo teleológico, diante dessa realidade, demonstra-se capaz de ofertar contribuições para a funcionalização do instituto para o D.P. brasileiro. O conteúdo teleológico das necessidades preventivas de pena permite ao intérprete compreender por qual razão certos fatos diante das circunstâncias mencionadas, apesar de injustos, não devem ser criminalmente sancionados.

Por derradeiro, contribui também para a legitimação do discurso jurídico penal, pois, ao afastar fórmulas vazias e munir o instituto exculpante com conteúdos e critérios normativos, consegue dirigir a mais importante ferramenta do controle social formal aos casos que realmente precisam de sua intervenção.

## REFERÊNCIAS

- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: editora 34, 2011. 383 p.
- BITTENCOURT, Cezar. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 17 ed, 2012. p. 409.
- BRASIL. *Exposição de Motivos do Código Penal Militar*: Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: [http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpm\\_penal\\_militar.pdf](http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpm_penal_militar.pdf). Acesso em: 25 mar. 2021.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal: Parte geral*, t.1. Rio de Janeiro: Forense. 1967.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense. 2006.
- GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Teoria do crime militar*. Belo Horizonte: 2ª ed: D'Plácido, 2018.
- \_\_\_\_\_. *Direito Penal: Teoria do crime militar*. Belo Horizonte: 1ª ed: D'Plácido, 2013.
- GRECO, Rogerio. *Curso de direito penal: parte geral*. 18 ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito penal: parte geral*. 17 ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito penal: parte geral*. 13 ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2011.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Tradução de Santiago Mir Puig e Francisco Munos Conde. Barcelona: Bosch. 1981. v. 1. e 2.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1.
- ROXIN, Claus. *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*. Madrid. Instituto Editorial Reus S.A., 1ª Ed. 1998.
- \_\_\_\_\_, Claus. *Derecho Penal: Parte General Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1ª Ed. 1997.
- TAVARES, Juarez. *Direito penal da negligência: uma contribuição à teoria do crime culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- \_\_\_\_\_, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva. 1991.

**Danilo Emanuel Barreto de Oliveira**

Mestrando em Direito Penal, pela UFMG. Estagiário de Pós-Graduação no TJM-MG





## Pós-graduandos em Direito Militar da Escola Judicial Militar visitam o Comando de Policiamento Especializado da Polícia Militar de Minas Gerais



No início do primeiro semestre letivo de 2021, os alunos do curso de pós-graduação em Direito Militar ministrado pela Escola Judicial Militar (EJM) do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais realizaram uma visita técnica ao Comando de Policiamento Especializado (CPE) da Polícia Militar de Minas Gerais. A visita foi programada como parte das atividades da disciplina Direito Processual Penal Militar e foi organizada e viabilizada pelo professor da disciplina, Edmar Pinto de Assis, com o acompanhamento do coordenador da pós-graduação, desembargador Fernando Galvão. Fazem parte da turma de pós-graduação em Direito Militar os assessores e assistentes dos magistrados de primeiro e segundo graus do TJMMG. A visita objetivou aproximar os discentes da realidade vivenciada pelos jurisdicionados da Justiça Militar estadual e estabelecer uma relação entre a teoria do direito penal militar e do direito processual penal militar e a prática advinda das atividades de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública.

Participaram da visita, além dos discentes, o idealizador do evento, professor Edmar Pinto de Assis, o coordenador do curso, desembargador Fernando Galvão, e o professor Renato Bretz, responsável pela disciplina Direito Processual Civil.

Os visitantes foram recebidos pelo comandante do Policiamento Especializado, Cel Olímpio Garcia Pereira Júnior, e assistiram ao lançamento de turno da ROTAM. Após receber o anúncio da tropa formada, o Cel Olímpio pediu ao pós-graduando Cel QOR Antônio Luiz Silva, o mais antigo oficial presente, autorização para lançar as viaturas do turno. O gesto é uma forma de demonstrar deferência para com aqueles que, já tendo cumprido a missão, representam muito para as novas gerações. O pós-graduando Cel QOR José Sebastião Aguilar foi

homenageado pelo comandante Olímpio por ter sido, enquanto comandante do Batalhão ROTAM, o idealizador e o responsável por implantar o espaço onde hoje é o CPE. As formalidades demonstram que as Instituições Militares cultuam valores de respeito que se protraem no tempo. Em seguida, os alunos assistiram a uma apresentação dirigida pelo comandante Cel Olímpio, que explanou, de forma sucinta, sobre as atividades de cada batalhão do Comando Especializado.

Os alunos passaram por estandes onde puderam conhecer as características das práticas desempenhadas pelo Batalhão de Operações Policiais Especiais (BOPE), pelo Batalhão de Rondas Táticas Metropolitanas (ROTAM), pelo Regimento de Cavalaria, pelo Batalhão de Choque e pelo Batalhão de Guardas e participaram de dinâmicas e simulações de ocorrências que foram preparadas pelos oficiais do Comando de Policiamento Especializado. Os alunos tiveram, ainda, a chance de ter contato com os equipamentos utilizados pela PMMG para o cumprimento de sua missão.

O curso de pós-graduação em Direito militar está inserido nos objetivos da EJM de aperfeiçoar continuamente os quadros de pessoal do Tribunal de Justiça Militar e visa fornecer ferramentas para que os servidores possam operar em processos cíveis e criminais, na Justiça Militar, de maneira cada vez mais qualificada, com base na promoção dos Direitos Humanos.

A EJM é credenciada como parte do sistema estadual de educação e o curso de Especialização em Direito Militar foi concebido especificamente para o Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais.





Lançamento de turno – Destaque para o Cel Olímpio com os pós-graduandos Cel Aguilar e Cel Antônio Luiz



Cel Olímpio profere palestra sobre atividades do CPE



Pós-graduandos participam de simulação de abordagem do Batalhão ROTAM em área aberta



## Justiça Militar de Minas Gerais unifica seu quadro de servidores

A Justiça Militar de Minas Gerais passou a ter seu quadro de servidores de primeira e segunda instâncias unificado pela Lei n. 23.755, de 6 de janeiro de 2021. A partir dessa unificação, todos os servidores do órgão passam a pertencer a um quadro único denominado Quadro de Pessoal dos Servidores da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais.

O Quadro de Cargos de Provedimento Efetivo dos Servidores da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais passa, assim, a ser integrado por três principais agrupamentos de cargos: cargos perma-

mentes, cargos que serão extintos com a vacância e aqueles que serão transformados com a vacância. Tantos os cargos de provimento efetivo quanto os cargos de provimento em comissão foram organizados dentro dessas três principais categorias.

A importância da medida se reflete em uma organização mais homogênea e na distribuição mais equânime do quadro de pessoal entre a primeira e segunda instância da Justiça Militar de Minas Gerais.

## TJMMG recebe visita do ministro do STM



Na tarde do dia 1º/02, o presidente do TJMMG, desembargador Fernando Armando Ribeiro, recebeu a visita do vice-presidente do Superior Tribunal Militar, ministro José Barroso Filho. Também estiveram presentes o corregedor da Justiça Militar de Minas Gerais, desembargador Rúbio Paulino Coelho, o chefe de gabinete do



STM, Marcelo de Oliveira Mendonça, e a diretora de secretaria do STM, Aline Oliveira de Souza.

Na visita, o ministro José Barroso Filho foi agraciado com uma placa contendo o brasão institucional do TJMMG.

## TJMMG coloca em produção consulta processual unificada

O Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais colocou em produção seu novo sistema unificado de consulta processual, que foi desenvolvido pela Gerência de Informática do Tribunal.

Com a unificação da consulta processual, advogados, jurisdicionados e toda a comunidade interessada poderá acompanhar os andamentos de feitos criminais e cíveis em um só lugar, ainda

que distribuídos em plataformas diferentes, facilitando o acompanhamento das partes. O desembargador presidente do TJMMG, Fernando Armando Ribeiro, frisou a importância dos investimentos em tecnologia como forma direta de melhora da prestação jurisdicional.

## Tecnologia em pauta

O presidente do TJMMG, desembargador Fernando Armando Ribeiro, recebeu a visita da nova corregedora da Polícia Militar mineira, Cel PM Silma Regina Gomes da Rocha Oliveira.

Acompanharam a visita, que ocorreu em no dia 8/2, o Cel Cláudio Márcio Pogianelo, diretor da Diretoria de Tecnologia e Sistemas da PMMG (DTS) e o Ten Cel Adilson Leonardo Costa, chefe da Assessoria Técnica do Sistema Integrado de Defesa Social (ATSIDS), quando apresentaram uma proposta para parceria de desenvolvimento de software visando aprimorar a comunicação e o trâmite de documentos entre as instituições, bem como a integração com os sistemas processuais do TJMMG.



## TJMMG recebe visita do presidente da Escola Nacional da Magistratura

O desembargador Caetano Levi Lopes, diretor-presidente da Escola Nacional da Magistratura (ENM), instituição responsável por orientar a atuação das demais Escolas da Magistratura no País, visitou o TJMMG na tarde do dia 24/02 e foi recebido pelo presidente do Tribunal, desembargador Fernando Armando Ribeiro, e pelo diretor da Escola Judicial Militar (EJM), desembargador James Ferreira.

A Escola Nacional da Magistratura (ENM), órgão vinculado à Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), oferece cursos de especialização e aperfeiçoamento cultural, jurídico e humanístico no Brasil e no exterior. A ENM é uma entidade que busca o aprimoramento dos sistemas de seleção, formação e aperfeiçoamento de magistrados.



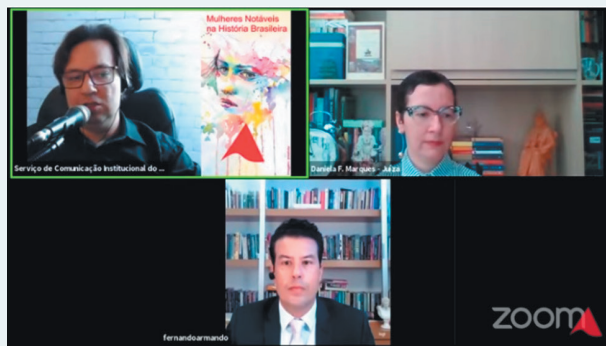
## Comandante-geral da PMMG recebe homenagem do TJMMG

Em 1º/03, o presidente do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, desembargador Fernando Armando Ribeiro, recebeu a visita do coronel Rodrigo Sousa Rodrigues, comandante-geral da Polícia Militar de Minas Gerais, para tratar de assuntos institucionais.

Na oportunidade, o desembargador Fernando Armando Ribeiro homenageou o cel. Rodrigo, entregando-lhe uma placa do TJMMG com os dizeres: “A Justiça Militar, organismo integrante dos quadros do Poder Judiciário do Estado, é, sem dúvida, um dos pontos mais altos na formação e na estrutura da nossa organização política. Esta casa tem uma tradição de austeridade, de cultura e de integridade. Desde a sua organização até os dias de hoje, são décadas de notável contribuição ao aprimoramento da ordem jurídica, social e humana de nosso Estado.”, proferidos por Tancredo Neves, em 1984.



## Palestra Mulheres Notáveis na História Brasileira



O Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais promoveu, a palestra **Mulheres Notáveis na História Brasileira**. O evento, realizado em consonância com a Resolução CNJ n. 255/2018, que instituiu a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário ocorreu em 17/03, na modalidade *on-line*.

O evento teve como palestrante a Dra. Daniela de Freitas Marques, Juíza de Direito do Juízo Militar da Justiça Militar de Minas Gerais, e, como moderador, o desembargador Fernando Armando Ribeiro, presidente do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, e lançou um olhar sobre as mulheres marcantes na história brasileira e o impacto de suas vidas e de suas escolhas na política e no direito.

## Palestra sobre saúde mental no TJMMG

Na semana em que se comemorou o Dia Mundial da Saúde (07/04), o TJMMG promoveu a palestra virtual “Saúde mental em tempos difíceis”, no canal do YouTube do órgão.

No cenário atual de pandemia, crise e isolamento, percebemos na sociedade o agravamento de quadros de depressão, ansiedade, entre outras formas de sofrimento mental, o que dá ao tema importância fundamental e necessidade de prevenção ativa.

A palestra, ministrada pelo Capitão Marcos Flávio Queiroz Brescia, psicólogo da Polícia Militar de Minas Gerais, trouxe reflexões sobre como o momento que estamos atravessando afeta o nosso bem-estar emocional e discutiu estratégias para o desenvolvimento de resiliência frente aos desafios. O desembargador Rúbio Paulino Coelho, presidente do Comitê Gestor Local de Atenção Integral à Saúde de Magistrados e Servidores, atuou como moderador.



## Cerimônia de posse no STM

Tomou posse, no dia 17/03, o novo presidente do Superior Tribunal Militar (STM), o ministro Luis Carlos Gomes Mattos, e o vice-presidente do STM, o ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

O ministro Luis Gomes Mattos é general de Exército e ocupa uma das cadeiras destinadas à Força Terrestre no Superior Tribunal Militar, desde 2011. Já o ministro Péricles ocupa, desde 2016, a única cadeira destinada ao Ministério Público Militar. O presi-

dente do TJMMG, desembargador Fernando Armando Ribeiro, participou da solenidade. A cerimônia ocorreu às 15h, no Plenário do STM, apenas com a participação dos ministros que tomaram posse e de seus familiares. Os outros ministros da Corte bem como autoridades convidadas participaram do evento por meio da plataforma Zoom.

## Mantida norma sobre transgressão disciplinar de deserção aplicável a militares de MG

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou constitucionais dispositivos do Estatuto dos Militares de Minas Gerais (Lei estadual n. 5.301/1969), acrescidos pela Lei Complementar mineira n. 95/2007, que tratam da transgressão disciplinar de deserção. Na sessão virtual concluída em 26/3, foi julgada improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5707, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT).

A Corte acompanhou o voto da relatora, ministra Cármen Lúcia, que explicou que a deserção é a conduta praticada pelo militar de ausentar-se de sua unidade ou do local onde deveria permanecer, sem licença prévia. Sua consumação ocorre após o oitavo dia da ausência e sujeita o infrator à instauração de processo administrativo-disciplinar. A conduta descrita na lei mineira como transgressão disciplinar é a mesma explicitada no artigo 187 do Código Penal Militar e, para a relatora, reflete os mesmos

elementos do tipo penal. Carmen Lúcia também assinalou que a doutrina e a jurisprudência reconhecem a natureza permanente dessa conduta, que, embora se constitua a partir do nono dia de ausência, persiste enquanto perdurar o afastamento. Por isso, o transgressor submete-se à lei vigente na data em que se reapresentar ou for capturado e, a todo momento, se renovam a ação transgressora e a incidência da lei, sem que isso represente desrespeito ao princípio de irretroatividade da lei penal. Na parte referente ao pedido de declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, da Súmula n. 8 do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, que confere natureza permanente à transgressão disciplinar de deserção, a ministra julgou incabível a ação, com fundamento na jurisprudência do STF sobre a impropriedade da instauração do controle abstrato de constitucionalidade de súmula de tribunal.

## Justiça Militar de Minas Gerais – uma das pioneiras na gravação de atos processuais

No dia 30/03, o Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, por unanimidade, recomendação dirigida a todos os tribunais do país para que passem a gravar integralmente os atos processuais, sejam virtuais ou presenciais. A medida tem como foco alavancar a efetividade dos procedimentos judiciais.

A Justiça Militar mineira realiza, desde o ano de 2012, a gra-

vação de audiências, no intuito de garantir o registro e a disponibilização dos atos processuais em formato digital.

Com o sistema eproc, os vídeos das sessões de julgamento já ficam integralmente disponíveis às partes, juntamente com as respectivas atas das audiências, contribuindo para maior celeridade e efetividade processuais.

## TJMMG disponibiliza atendimento pelo Balcão Virtual

A partir de dia 16 de abril de 2021, o Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais passou a disponibilizar o atendimento por videoconferência denominado Balcão Virtual. A medida segue as orientações da Resolução n. 372/2021 do Conselho Nacional de Justiça.

Os interessados terão acesso ao atendimento por videoconferência por meio da plataforma Zoom, a ser acessada mediante

agendamento por meio do link específico para cada unidade judiciária, disponibilizado no portal do TJMMG.

O Balcão Virtual funciona das 12 às 18 horas, não excluindo a possibilidade do atendimento presencial. Para o atendimento, o advogado deverá apresentar ao atendente do Balcão Virtual a carteira da OAB; e a parte, documento com foto.



## 1ª reunião dos corregedores da Justiça Militar da União e dos estados

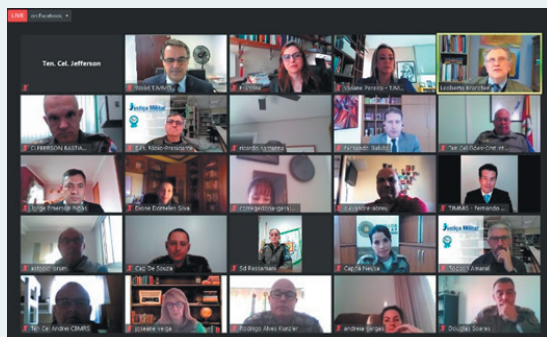
A Corregedoria do Superior Tribunal Militar (STM) realizou, no último dia 20, a primeira reunião dos corregedores da Justiça Militar da União e dos Estados, por videoconferência.

Na ocasião, a Justiça Militar mineira foi representada pelo seu corregedor, desembargador Rúbio Paulino Coelho. Entre os assuntos debatidos, destacam-se a Resolução n. 349 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a criação do Centro de Inteligên-

cia do Poder Judiciário, a Lei Geral de Proteção de Dados, as metas e diretrizes estratégicas das corregedorias estabelecidas pelo CNJ.

Ao final, o ministro Péricles encerrou o encontro, ressaltando a importância de promover ações para o fortalecimento das corregedorias dos tribunais de Justiça Militar perante o CNJ e vínculo com as demais corregedorias do Poder Judiciário.

## TJMMG participa de live sobre Justiça Restaurativa



No dia 11 de junho, o Tribunal de Justiça Militar do Rio Grande do Sul (TJMRS) realizou a live “Projeto de Justiça Restaurativa na JME: perspectivas e possibilidades”. A atividade foi organizada pela Comissão de Estudos para Implantação da Justiça Restaurativa na JMERS e teve como palestrante o desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Leoberto Brancher. O magistrado é um dos pioneiros nos estudos e implantação da Justiça Restaurativa no Brasil.

Participaram, pelo TJMMG, o desembargador Fernando Armando Ribeiro (presidente) e o desembargador Fernando Galvão da Rocha.

## Publicado Planejamento Estratégico 2021-2026 do TJMMG

O Pleno do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais aprovou o Planejamento Estratégico do órgão para o período 2021-2026, por meio da Resolução n. 245, de 14 de junho de 2021.

O plano estratégico possui 23 indicadores vinculados aos objetivos estratégicos e contempla 49 ações estratégicas a serem desenvolvidas no período proposto, com a possibilidade de revisão anual.

Para a elaboração do seu Planejamento Estratégico 2021-2026, o TJMMG contou com o apoio de consultoria especializada e constituiu grupo focal composto por 15 servidores, coordenado pelo Núcleo de Estatística, Gestão Estratégica e Ambiental (Nege), presidido pelo vice-presidente do TJMMG e presidente do Nege, desembargador Osmar Duarte Marcelino.

## Corregedor da Justiça Militar de Minas Gerais prestigia comemoração dos 213 anos do STM



Em 1º/09 o Superior Tribunal Militar (STM) realizou a cerimônia de entrega da Ordem do Mérito Judiciário Militar (OMJM). A solenidade é a ocasião em que a corte comemora, anualmente, a data de sua criação, ocorrida em 1º de abril de 1808, por Alvará com força de Lei assinado pelo príncipe regente Dom João.

O desembargador Rúbio Paulino Coelho, corregedor da Justiça Militar de Minas Gerais, esteve presente no evento, representando o presidente do TJMMG, desembargador Fernando Armando Ribeiro.



## TJMMG institui o seu programa de integridade

O TJMMG instituiu, por meio da Resolução n. 244, de 19/05/2021, o seu programa de integridade. O programa do TJMMG está totalmente alinhado ao do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), que se tornou referência no assunto no cenário nacional, colocando o Poder Judiciário mineiro em posição de destaque.

No âmbito da Justiça Militar, a implementação do programa de integridade visa estabelecer na Instituição um conjunto de ferrementas, políticas e ações, a fim de promover a conduta ética

e de prevenir atos de corrupção, de maneira que a atuação dos seus agentes esteja em conformidade com as leis e com a ética.

Por pautar a integridade como princípio basilar, o Tribunal de Justiça Militar, antes mesmo de instituir seu programa de integridade, já tinha se tornado membro da Rede Mineira de Integridade, cujos membros atuam de maneira colaborativa e coletiva, buscando a difusão da cultura íntegra e ética, tanto na Administração Pública quanto nas relações entre o setor público e a sociedade.

## Justiça Militar inaugura novas salas de videoaudiência

Foram inauguradas cinco novas salas de videoaudiência da Justiça Militar de Minas Gerais. As salas de videoaudiência são parte de um projeto que é fruto do Acordo de Cooperação Técnica celebrado com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Com a iniciativa, há redução de gastos, evita-se o deslocamento de militares e jurisdicionados para a sede da Justiça Militar em Belo Horizonte, além de se aumentar a eficiência e promover a celeridade na prestação jurisdicional.

O desembargador presidente do TJMMG, Fernando Armando

Ribeiro, e o coordenador do projeto, desembargador Sócrates Edgard dos Anjos, representaram o TJMMG nas solenidades de inauguração, que ocorreram por videoconferência, através da plataforma Zoom, em razão da pandemia da covid-19.

As novas salas de videoaudiência foram inauguradas nas seguintes comarcas: Patos de Minas, Varginha, Patrocínio, Uberaba e Lavras. Atualmente o TJMMG conta com 18 salas de videoaudiência.

## Presidente do TJMMG participa da solenidade de 110 anos do CBMMG



O presidente do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, desembargador Fernando Armando Ribeiro, participou na manhã da terça-feira, 31/08, da solenidade de comemoração dos 110 anos do Corpo de Bombeiros Militares de Minas Gerais. Na solenidade, presidida pelo comandante-geral do CBMMG, coronel Edgard Estevo da Silva, estiveram presentes o governador Romeu Zema; o vice-governador Paulo Brant; o procurador-geral do estado, Jarbas Soares Júnior e o secretário nacional de Segurança Pública Nacional, Carlos Renato Paim. Também marcaram presença o procurador-geral do estado; chefes das forças armadas estaduais; representantes do alto escalão da Justiça Estadual e Militar; secretários de estado; deputados, comandantes das Forças de Segurança e outras autoridades.

## Desembargador do TJMMG é homenageado pela ABRAMMIL

O desembargador do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais James Ferreira Santos foi condecorado na 40ª Cerimônia da Academia Brasileira de Medalhística Militar (Abrammil), recebendo a medalha e o diploma "Grau Comendador da Abrammil", em solenidade que ocorreu no dia 27/08, no auditório do Clube de Aeronáutica, na cidade do Rio de Janeiro. A comenda homenageia personalidades dando reconhecimento aos atos meritórios que tenham prestado para a integração, união e defesa da sociedade brasileira.



## Desembargadores do TJMMG se reúnem com ministro do STF



O presidente do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, desembargador Fernando Armando Ribeiro, e o corregedor da Justiça Militar de Minas Gerais, desembargador Rúbio Paulino Coelho, se reuniram, por videoconferência, no dia 24/08 com o ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, para tratar de assuntos institucionais.

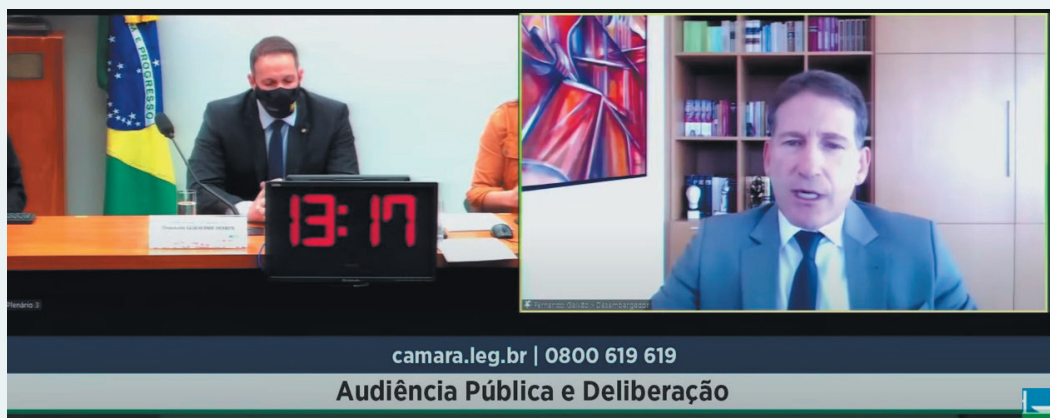
Gilmar Mendes é ministro do Supremo Tribunal Federal desde 20 de junho de 2002, tendo presidido a corte entre 2008 e 2010 e sendo o atual decano do STF (membro mais antigo).

## 2º Seminário Jurídico de Direito Militar do Nordeste de Minas

O Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais participou do **2º Seminário Jurídico de Direito Militar do Nordeste de Minas**, que ocorreu virtualmente, nos dias 31/05 e 1º/06, e foi promovido pela 15ª Região de Polícia Militar em parceria com a Universidade AlfaUnipac.

O evento teve, como palestrantes, os magistrados do TJMMG desembargador James Ferreira Santos, diretor da Escola Judicial Militar, desembargador Fernando Galvão da Rocha e a juíza Daniela de Freitas Marques.

## Desembargador do TJMMG profere palestra na Câmara dos Deputados



O desembargador do TJMMG Fernando Galvão da Rocha, proferiu, a convite do presidente da Subcomissão Especial para Assuntos Penais da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados, deputado Guilherme Derrite, uma palestra na Audiência Pública do dia 17 de agosto da Câmara

dos Deputados em Brasília. A subcomissão analisa mudanças nas legislações penal e processual penal, e a Audiência Pública foi convocada para debater a Parte do Código Penal relativa aos Crimes contra a Administração Pública.



## Desembargadores do TJMMG realizam visita ao superintendente adjunto do Mejud

Em 23/08, os desembargadores Fernando Armando Ribeiro, Presidente do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, e Fernando Galvão da Rocha, Presidente da Comissão Permanente de Memória da Justiça Militar, realizaram uma visita ao superintendente adjunto do Museu da Memória do Judiciário Mineiro (Mejud), desembargador Marcos Henrique Caldeira Brant, em seu gabinete na sede do TJMG. Também esteve presente no encontro o secretário especial da presidência do TJMMG, Frederico Braga Viana. A reunião teve como pauta a renovação de parceria entre as instituições visando a preservação da Memória da Justiça Militar no contexto do Memorial do Judiciário Mineiro.



## Presidente do TJMMG recebe a Medalha Lyda Monteiro da Silva



O presidente do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, desembargador Fernando Armando Ribeiro, recebeu a Medalha Lyda Monteiro da Silva das mãos do presidente da Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais (CAA/MG), Dr. Luís Cláudio Chaves. A comenda é considerada uma alta honraria concedida pela instituição a importantes personalidades do estado que se destacam em seus campos de atuação, na busca de uma sociedade mais justa e igualitária. A solenidade de entrega ocorreu no dia 11/08 na sede da OAB/MG.



## REPRESENTAÇÃO PARA PERDA DA GRADUAÇÃO

**Processo PJe n. 0800008-59.2019.9.13.0000**

**Referência:** Processo n. 0000143-72.2017.9.13.0001

**Relator:** Des. Fernando Galvão da Rocha

**Revisor:** Des. James Ferreira Santos

**Representante:** Ministério Público do Estado de Minas Gerais

**Representado:** Paulo Gutierrez Almeida de Moraes

**Defensora Pública:** Adriana Newmann Franca (MADEP 177)

### EMENTA

REPRESENTAÇÃO PARA PERDA DA GRADUAÇÃO – REPRESENTADO JÁ EXCLUÍDO DAS FILEIRAS DA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS (PMMG) EM VIRTUDE DE DECISÃO PROFERIDA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR – A ATUAL IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA NÃO JUSTIFICA SUA NÃO IMPOSIÇÃO – CRIME DE PECULATO FURTO – NOCIVIDADE E INCONVENIÊNCIA DE MANUTENÇÃO DO REPRESENTADO NAS FILEIRAS DA PMMG – REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

**Processo eproc n. 2000118-23.2020.9.13.0000**

**Referência:** Processo n. 0001702-92.2016.9.13.0003

**Relator:** Des. Sócrates Edgard dos Anjos

**Revisor:** Des. Fernando Galvão da Rocha

**Representante:** Ministério Público do Estado de Minas Gerais

**Representado:** Carlos Henrique dos Santos

**Advogado(a/s):** Carlos Henrique Batista Junior (OAB/MG 091153) e outro(a/s)

### EMENTA

REPRESENTAÇÃO PARA PERDA DA GRADUAÇÃO – ART. 305, CPM – EXTRATO DE REGISTROS FUNCIONAIS FAVORÁVEL – GRAVIDADE DO DELITO E CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE FOI PRACTICADO – INCOMPATIBILIDADE – MOTIVOS QUE JUSTIFICAM A SUA EXCLUSÃO DAS FILEIRAS DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS – PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

- Militar condenado a pena superior a 02 (dois) anos de reclusão, por crime de concussão, embora apresente um extrato de registros funcionais bom, demonstra incompatibilidade para com as funções de um policial militar e conseqüentemente evidencia que não possui condições de continuar integrando as fileiras da Corporação castrense.

- Representação julgada procedente.

**Processo eproc n. 2000019-53.2020.9.13.0000**

**Referência:** Processo n. 0001876-10.2016.9.13.0001

**Relator:** Des. Osmar Duarte Marcelino

**Revisor:** Des. Sócrates Edgard dos Anjos

**Representante:** Ministério Público do Estado de Minas Gerais

**Representado:** João Pedro Oliveira Silva

**Advogados:** Carlos Galvão Neto (OAB/MG 106114) e outros

### EMENTA

PROCESSO DE PERDA DA GRADUAÇÃO – AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO – COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL PARA O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DA AÇÃO QUANTO AOS MILITARES ESTADUAIS – PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO – CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO – DELITO QUE, ALÉM DE GRAVE, SE REVELOU INFAMANTE À INSTITUIÇÃO E À SOCIEDADE – PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

## APELAÇÃO

**Processo n. 0000168-11.2019.9.13.0003**

**Relator:** Juiz Fernando Armando Ribeiro

**Revisor:** Juiz Rúbio Paulino Coelho

**Apelantes:** Antônio Silvío Duarte Filho (1)

Cássio dos Santos Pinheiro (2)

Davi Lopes Brocanelli (3)

**Advogado(a/s):** Daniel Rodrigo Fins de Oliveira Santos (OAB/MG 172793) (3)

Edilson Fiuza Magalhães (OAB/MG 124631) (1)

Priscila Martins Dias (OAB/MG 163409) (2)

**Apelado:** Ministério Público do Estado de Minas Gerais

### EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL – PRELIMINAR DE DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA – PREJUDICIALIDADE – MÉRITO – CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE – PROVAS SUFICIENTES – PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – CONDENAÇÕES MANTIDAS – RECURSOS NÃO PROVIDOS.





Rua Tomaz Gonzaga, 686 – Bairro de Lourdes  
Belo Horizonte (MG) – CEP 30180-140  
Telefone: (31) 3274-1566 - [www.tjmmg.jus.br](http://www.tjmmg.jus.br)



**Tribunal de Justiça Militar  
do Estado de Minas Gerais**