

“ ENTRE

REVISTA DA UNICORP

ASPAS ”

10ª EDIÇÃO

“
ENTRE
REVISTA DA UNICORP
ASPAS
”

Outubro 2023

ENTRE REVISTA DA UNICORP ASPAS

ISSN 2179-1805

CONSELHO EDITORIAL E CIENTÍFICO

Conselho de Artigos Jurídicos

Desembargador João Augusto Alves de Oliveira Pinto
Presidente

Desembargador Geder Luiz Rocha Gomes
Vice-Presidente

Juiz de Direito Icaro Almeida Matos
Juiz Auxiliar Especial da Presidência I – Magistrados

Juíza de Direito Rita de Cássia Ramos de Carvalho
Juíza Auxiliar Especial da Presidência II – Assuntos Institucionais

Juiz de Direito Paulo Roberto Santos de Oliveira
Coordenador Geral da Universidade Corporativa – UNICORP

Juiz de Direito Ricardo Augusto Schmitt, Juíza de Direito Patrícia Cerqueira Kertzman Szporer, Juíza de Direito Cláudia Valéria Panetta Pereira,
Juiz de Direito Adrianno Espindola Sandes, Juiz de Direito Gustavo Teles Veras Nunes, Juiz de Direito Pablo Stolze Gagliano,
Juiz de Direito Marcelo José Santos Lagrota Félix

Conselho de Boas Práticas do Judiciário

Marcus Vinícius Fernandes dos Santos
Secretário-Geral da Universidade Corporativa – UNICORP

Pedro Lúcio Silva Vivas
Secretário de Planejamento e Orçamento

Viviane da Anunciação Souza
Diretora de Primeiro Grau

Luciana de Oliveira Monteiro
Assessora de Gabinete de Desembargador.

COMPOSIÇÃO DA UNICORP

DIRETOR GERAL
Des. Mário Albiani Júnior

VICE-DIRETOR
Des. José Aras

COORDENADOR-GERAL
Juiz Paulo Roberto Santos de Oliveira

SECRETÁRIO-GERAL
Dr. Marcus Vinícius Fernandes

CAPA
Assessoria de Comunicação do PJBA

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA
Assessoria de Comunicação do PJBA

5ª Avenida do CAB nº 560, anexo 2, 5ª andar, CEP 404425-060 - Salvador - Bahia
Tel: (71) 3483-3811 / 3819 | www.tjbajus.br/unicorp | unicorp@tjbajus.br

Entre aspas: revista da Unicorp / Tribunal de Justiça do Estado da
Bahia – ano.1, n.1, (abr.2011) – Salvador: Universidade
Corporativa do TJBA, 2011-

Anual.
ISSN: 2179-1805.

1. Direito – periódicos. 2. Estudos interdisciplinares –
periódicos. I. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. II. Universidade
Corporativa do TJBA.

CDD: 340.05
CDU: 34

Ficha catalográfica elaborada pela Coordenação de
Bibliotecas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia



UNICORP

UNIVERSIDADE CORPORATIVA TJBA

CARTA AO LEITOR

Prezado Leitor e Prezada Leitora,

É com grande satisfação que apresentamos a 10ª edição da Revista Entre Aspas. Nesta edição, estamos orgulhosos de apresentar uma seleção de 14 artigos cuidadosamente escolhidos, abordando temas jurídicos contemporâneos e boas práticas que refletem as tendências e desafios atuais no campo da justiça.

Nosso compromisso institucional de promover o conhecimento jurídico e incentivar a disseminação de boas práticas no sistema de justiça permanece como a base fundamental desta revista. Queremos destacar e enaltecer o compromisso e o apoio institucional do Presidente Desembargador Nilson Soares Castelo Branco, cuja sólida formação acadêmica e profundo entendimento da ontologia jurídica têm sido um farol a guiar a divulgação do conhecimento jurídico e aprimorar a eficácia da prestação jurisdicional.

Estendemos nossos agradecimentos a todos os autores e autoras que contribuíram para esta edição, compartilhando suas perspectivas e expertise para lançar luz sobre os temas cruciais que enfrentamos.

Nesta edição, exploramos os “Diálogos contemporâneos de justiça” através de três tópicos centrais:

- Função social da posse e a Regularização Fundiária: Analisamos como a posse de terras se relaciona com a justiça social e como a regularização fundiária desempenha um papel crítico na garantia dos direitos dos cidadãos.
- Standard probatório e valoração da prova no âmbito do processo penal: Examina-se a importância da prova no sistema penal e como a sua avaliação adequada é essencial para a justiça ser eficaz e justa.
- Justiça 4.0 - Inovação e Efetividade na Realização da Justiça: Exploramos as transformações tecnológicas e as inovações que estão moldando o sistema de justiça e como elas podem ser aproveitadas para melhorar sua efetividade.

Estamos confiantes de que os artigos selecionados nesta edição proporcionarão *insights* valiosos e inspirarão discussões significativas entre nossos leitores e nossas leitoras. Agradecemos por fazerem parte da comunidade que torna a Revista Entre Aspas um veículo de excepcional conhecimento jurídico.

Esperamos que desfrutem da leitura desta edição e que ela contribua para o aprofundamento do entendimento das complexidades da justiça contemporânea. Reiteramos nosso compromisso em promover a excelência no campo jurídico e esperamos contar com a sua contínua participação e contribuições nas próximas edições.

Desejamos a todos e a todas uma excelente leitura!

Salvador, Bahia, Outubro de 2023.

DES. MÁRIO ALBIANI ALVES JÚNIOR

Diretor-Geral
da Unicorp

DES. JOÃO AUGUSTO ALVES DE OLIVEIRA PINTO

Presidente do Conselho Editorial
e Científico da Revista Entre Aspas

SUMÁRIO

ARTIGOS CONVIDADOS

**NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO TRAZIDO PELO
ARTIGO 1.228, §§ 4º E 5º DO NOVO CÓDIGO CIVIL 13**
CÍCERO DANTAS BISNETO

**A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO INSTRUMENTO
DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA EM FAVELAS 30**
CLÁUDIA FRANCO CORREA | IRINEU CARVALHO DE OLIVEIRA SOARES

O STANDARD PROBATÓRIO DO JUÍZO DE DELIBAÇÃO 48
FABIANO PIMENTEL

**A REURB, A LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA E OS ASSENTAMENTOS
URBANOS INFORMAIS: VELHOS DESAFIOS E
NOVAS PERSPECTIVAS 61**
LUCAS REGO SILVA RODRIGUES | ROSIMARE SILVA DE JESUS

**STANDARDS DE PROVA EM UM PROCESSO
PENAL DEMOCRÁTICO 80**
LUIZ AUGUSTO COUTINHO

**LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO A LA LUZ
DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD 99**
TERESA AGUADO-CORREA

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, RECONHECIMENTO DE PESSOAS
E ERROS JUDICIAIS: CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA NOVA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 130**
ROGERIO SCHIETTI CRUZ

**PARA ENTENDER O QUE É O BARD
(E O QUE ELE NÃO É) 151**
SEBÁSTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO | LUÍZA GUIMARÃES CAMPOS
BATISTA GOMES

OS RISCOS DA IMPORTAÇÃO AUTOMÁTICA E EMERGENCIAL DE STANDARDS PROBATORIOS ESTRANGEIROS E O RACIOCÍNIO JUDICIAL DESVIADO	168
--	------------

THIAGO TURBAY FREIRIA

ARTIGOS SELECIONADOS

O TELETRABALHO COMO FERRAMENTA DE IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA 4.0 NA BAHIA	189
--	------------

ADIANE JAQUELINE NEVES DA SILVA OLIVEIRA | GEISA CRISTINA LEMOS SANTOS SOUSA

JUSTIÇA 4.0 E A HUMANIZAÇÃO DO ATENDIMENTO NA ERA DIGITAL - CONFLITO “APARENTE” ENTRE A DIGNIDADE DA PESSOA E A TECNOLOGIA: NOVOS DESAFIOS PARA A CIÊNCIA JURÍDICA MODERNA	207
---	------------

MARIA JOSÉ OLIVEIRA E SILVA

A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NA AMAZÔNIA LEGAL: GOVERNANÇA DE TERRAS, MARCOS LEGAIS E PPCDAM 2023	219
---	------------

RICHARD MARTINS TORSIANO | TAFFAREL PEREIRA MARQUES

A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DE TÍTULOS DE CDRU E CUEM EM LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA NA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA	239
--	------------

LEONARDO RIBEIRO DA SILVA | PAULO SÉRGIO LIMA SALES FRANCO

ROSIMARE SILVA DE JESUS

A TRANSPARÊNCIA NA ATIVIDADE DA VARA JUDICIÁRIA: NECESSIDADE DE PRESTAR CONTAS À SOCIEDADE	248
---	------------

MARCELO DE OLIVEIRA BRANDÃO

CONVIDADOS



“

**NATUREZA JURÍDICA
DO INSTITUTO TRAZIDO
PELO ARTIGO 1.228, §§ 4º E 5º
DO NOVO CÓDIGO CIVIL**

”

CÍCERO DANTAS BISNETO

NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO TRAZIDO PELO ARTIGO 1.228, §§ 4º E 5º DO NOVO CÓDIGO CIVIL¹

CÍCERO DANTAS BISNETO²

Sumário: 1 Introdução. 2 Teoria da posse trabalho. 3 Teoria do usucapião coletivo. 4 Teoria da desapropriação. 4.1 Desapropriação judicial. 4.2 Desapropriação indireta. 4.3 Desapropriação especial. 5 Teoria da alienação judicial. 6 Teoria da exceção substancial. 7 Proposta.

1 Introdução

O estudo da natureza jurídica é fase obrigatória e imprescindível na análise de um instituto. O direito, na acepção de disciplina autônoma e sistemática, depende, para fins de organização do pensamento, da estruturação de classificações. Desse modo, o conhecimento pode tornar-se produtivo e eficiente, servindo aos seus desideratos por meio da promoção dos meios adequados à sua concretização (Mello, 2004, p.344).

Cada bloco de situações do fenômeno jurídico, semelhantes em sua estrutura, recebe uma denominação correlata, rotulando-se, destarte, a sua natureza jurídica. Esta, mero enunciado linguístico, pode guardar uma noção complexa de intrincados elementos agregados configuradores do instituto (Mello, 2004, p.344). A natureza das figuras jurídicas pode ser fixada pelo direito positivo de forma prévia e antecipada, tratando a legislação de agrupá-las ou estabelecendo critérios para a sua organização. Ocorre que, em diversas oportunidades, a lei não reúne em um mesmo bloco certas realidades, restando ao estudioso o trabalho de realizar essa aglutinação. Deve, para tanto, tomar como referência dados do direito positivado, classificando institutos que apresentem caracteres e traços em comum (Mello, 2004, p.344-345).

Não se deve esquecer, contudo, que a tarefa organizacional constitui processo convencional, havendo liberdade para que sejam aglutinados blocos de situações, sem que tal ato resulte, necessariamente, em um conceito errôneo (Mello, 2004, p.347-348).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2004), de forma concisa e elucidativa, tece considerações acerca desse fenômeno:

Se a lei não demarca previamente o plexo de normas assim isoladas debaixo de um termo unitário, os doutrinadores o fazem; mas é evidente que, em tal caso, ao seccionarem, dentro da totalidade das situações normatizadas pelo direito positivo, por um dado conjunto, procedem segundo critérios próprios, por isso mesmo variáveis de autor para autor. Quer-se dizer: as combinações que podem adotar nesta operação de associar efeitos de direito são muito variadas, resultando daí diferentes noções [...] Sem embargo, os dissídios

1 Republição de artigo publicado na Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 86, p.187-214, jul./dez. 2017.

2 Juiz de Direito do Estado da Bahia. Ex-Procurador do Estado de São Paulo. Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

doutrinários ocorrentes travar-se-ão dentro de uma área limitada porque há alguns pontos de referência que circunscrevem de algum modo o campo aonde vão se ferir as controvérsias. (Mello, 2004, p.346).

O que deve prevalecer, pois, é a busca pelo conceito útil, mostrando-se inteiramente vã a procura pela definição tida como verdadeira. Qualquer formulação conceitual, pois, deve-se pautar por um critério de funcionalidade.

A tentativa de se alcançar um conceito universalmente aceito é notada sobretudo entre os juristas, correspondendo ao que se denominou de teoria essencialista. Assim, a linguagem humana seria capaz de designar com exatidão a realidade, alcançando a essência, o substrato dos fenômenos. De acordo com esse pensamento, apenas uma definição deveria cravar determinada situação.

Tércio Ferraz Jr. (2001), discorrendo sobre a linguagem no âmbito jurídico, explana as razões da busca por uma compreensão universal:

Os juristas sempre cuidam de compreender o direito como um fenômeno universal. Nesse sentido, são inúmeras as definições que postulam esse alcance. Não é o caso de reproduzir-se numa série, certamente inacabada, os textos que ensaiam esse objetivo. Não só juristas, mas também filósofos e cientistas sociais mostram preocupações semelhantes. Há algo de humano, mas sobretudo de cultural nessa busca. A possibilidade de se fornecer a essência do fenômeno confere segurança ao estudo e à ação. Uma complexidade não reduzida a aspectos uniformes e nucleares gera angústia, parece subtrair-nos o domínio sobre o objeto. Quem não sabe por onde começar sente-se impotente e, ou não começa, ou começa sem convicção. (Ferraz Jr., 2001, p.34).

O presente trabalho, portanto, não tem a ilusória pretensão de encerrar os debates ou trazer à baila um enquadramento que se considere universalmente aceito, mas tem por escopo buscar a maior efetividade ao novo instituto positivado nos parágrafos 4o e 5o do novo Código Civil. Destarte, o parâmetro utilizado aqui será o da máxima eficácia social atribuída à novel figura jurídica.

Impende-se registrar que pululam, no meio acadêmico, diversas teorias explicativas da natureza jurídica da nova forma de aquisição da propriedade. Os autores se digladiam na busca do melhor conceito, não havendo consenso em nenhum dos aspectos relacionados a essa nova figura. A polêmica e a incerteza constituem a tônica da análise dos parágrafos alhures referidos.

Passemos a analisar, então, as correntes mais defendidas pela doutrina nacional.

2 Teoria da posse trabalho

Duas teorias marcaram, definitivamente, o estudo sobre a posse, tendo grande repercussão na edição dos códigos modernos. Savigny e Ihering, analisando meticulosamente os escritos romanos, chegaram a conclusões diversas em relação ao fenômeno possessório. Faz-se imperioso o relato, ainda que em apertada síntese, vez que escapa ao objeto em estudo, das duas correntes propostas.

Savigny, contando com apenas 24 anos de idade, estabeleceu suas premissas no Tratado da Posse, datado de 1803. Seu pensamento repercutiu em todo o mundo, sentindo-se

a sua forte influência mesmo nos dias hodiernos, quando já consagrada a doutrina oposta. Para o autor, a posse seria constituída por dois elementos essenciais: o *corpus* e o *animus* (Gomes, 2005, p.31-32).

O primeiro, fator de ordem material, traduzir-se-ia no poder físico sobre a coisa, pressupondo a apreensão. Necessária, portanto, a relação exterior entre a pessoa e a res. Este elemento apartado, contudo, mostrava-se insuficiente para a configuração da posse. O *corpus* sem o *animus* ensejaria mera detenção, fenômeno esse denominado de *naturalis* possessão, incapaz de produzir efeitos jurídicos. O elemento anímico, então, consistiria na vontade de ter a coisa como sua, desprezando qualquer poder jurídico de terceiros. Agrupados os dois fatores, estaria-se diante da chamada posse civil (Gomes, 2005, p.32-33).

A doutrina subjetiva defendida por Savigny foi cedendo espaço, paulatinamente, à teoria objetiva esposada por Ihering. O mesmo utilizou o critério da utilização econômica da coisa para conceituar a posse como exteriorização da propriedade. A mera apreensão material da res conjugada com o elemento volitivo apresentou-se, segundo o autor, insuficiente para abarcar todas as relações possessórias, incidindo somente sobre aquelas em que os bens devem ser guardados. O *animus domini* estaria inserido no conceito de *corpus*, já que o possuidor estaria agindo como se fosse o proprietário da coisa, levando-se em conta sempre a destinação econômica do objeto (Gomes, 2005, p.36).

Necessária se faz, para melhor compreensão do tema, a transcrição *ipsis litteris* do exemplo expendido pelo próprio Ihering:

Suponhamos dois objetos que se achem reunidos no mesmo lugar, uns pássaros seguros por um laço num bosque, ou num solar em construção, os materiais, e ao lado uma cigarreira com cigarros; o mais ignorante dos homens sabe que será culpado de um furto se tirar os pássaros ou alguns materiais, mas nada tem a temer se tirar os cigarros; qual a razão desse modo diferente de proceder? Com relação à cigarreira, cada qual dirá: perdeu-se; deu-se isso contra a vontade do proprietário, e torna-se a pô-lo em relação com a coisa, dizendo-se-lhe que foi encontrada; com relação aos pássaros e aos materiais, sabe-se que a posição em que se acham tem sua causa em uma disposição tomada pelo proprietário; estas coisas não poderão ser encontradas, porque não estão perdidas: seriam roubadas. (Gomes, 2005, p.36).

O Código Civil de 2002 adotou, em suas linhas gerais, a teoria de Ihering, sofrendo, entretanto, influência dos pensamentos de Savigny. De todo o exposto, constata-se que a posse deve ser conceituada, então, como o exercício, em consonância com a sua função econômica, de algum dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.196).

Parte da doutrina, em razão do que dispõe o parágrafo único do art. 1.242 do atual Código Civil, passou, diante de certas circunstâncias, a qualificar a posse, acrescentando-lhe o signo trabalho. Surge, assim, a denominada posse *pro labore* ou posse trabalho. Ao puro e simples exercício de algum dos poderes inerentes à propriedades deveria agregar-se a realização de investimentos de interesse social e econômico, fundido-se os elementos num só instituto autônomo e conceitualmente bem delimitado (Diniz, 2004, p.198).

Rodolfo Pamplona Filho, em concurso com Camilo de Lelis Colani Barbosa, erige a posse trabalho ao patamar de teoria explicativa da natureza jurídica do novo instituto, baseando-se nos estudos realizados pela eminente Professora Maria Helena Diniz. Nessa esteira, criticam o posicionamento da autora, aduzindo que a referida expressão não condensa toda a estrutura de requisitos imaginada pelo legislador (Barbosa; Pamplona Filho, 2005).

Não podemos, entretanto, concordar que esse foi o posicionamento adotado pela ilustre escritora, visto afirmar esta, de forma categórica, que o desiderato do novel Código Civil foi a de configurar “uma desapropriação judicial pela posse qualificada; pois ante a colisão do direito de propriedade com o princípio da função social da propriedade, privilegiou o segundo” (Diniz, 2004, p.198).

Pretendeu-se, em verdade, por meio da nomenclatura posse trabalho, apenas qualificar um dos elementos integrantes do novo instituto, sendo desnecessário afirmar, em virtude da transcrição acima realizada, que a autora não teve por finalidade precípua abordar todos os caracteres da figura jurídica por meio da referida expressão. Nesse diapasão, concebe a sua natureza jurídica como sendo a de desapropriação judicial.

É cediço que impossível se torna condensar nessas duas expressões todo o arcabouço de elementos positivados pelo legislador. O pagamento de indenização, condição de validade para a aquisição da propriedade, restaria excluído do conceito, revelando, assim, a inutilidade do mesmo para tratar da original figura jurídica.

3 Teoria da usucapião coletiva

Alguns autores, capitaneados por Carlos Alberto Dabus Maluf, sustentam que o novo instituto nada mais é do que uma forma diferenciada e original de usucapião, cujos requisitos estão elencados nos parágrafos 4º e 5º do art. 1.228 da Lei Civil.

O autor, criticando severamente o dispositivo legal, assevera que:

As regras contidas nos §§4º e 5º abalam o direito de propriedade, incentivando a invasão de glebas urbanas e rurais, criando uma forma nova de perda de propriedade, mediante o arbitramento judicial de uma indenização, nem sempre justa e resolvida a tempo, impondo dano ao proprietário que pagou os impostos que incidiram sobre a gleba [...] tal forma de usucapião aniquila o direito de propriedade previsto na Lei Maior, configurando-se um verdadeiro confisco, pois, como já dissemos, incentiva a invasão de terras urbanas, subtrai a propriedade de seu titular. (Monteiro, 2003, p.86)

Para combatermos a tese exposta, que nos parece equivocada, tentaremos indicar os traços característicos e os elementos essenciais desta figura, diferenciando-o da insculpida pelo art. 1.228 do CC/02.

À primeira vista, o mencionado dispositivo parece trazer uma nova espécie de usucapião. Isso porque as condições impostas pela lei ao novo instituto e à *usucapio* em muito se assemelham. Assim é que considerável número de pessoas, possuindo de forma ininterrupta e de boa-fé, havendo realizado obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante, pode adquirir imóvel consistente em extensa área.

Ocorre que o seu parágrafo 5º alude à justa indenização devida ao proprietário em razão da perda da propriedade. A usucapião, contudo, é forma gratuita de aquisição de propriedade (Barbosa; Pamplona Filho, 2005).

Poder-se-ia argumentar que o legislador possui liberdade suficiente para estabelecer os critérios e condições para a sua utilização, não restando descaracterizado, por este motivo, o instituto. Assim como o Estatuto da Cidade (Lei no 10.257/2001) inovou ao reger a usucapião especial coletiva, nada obstará que o Código Civil incorporasse novos requisitos como o pagamento de justa indenização.

O adimplemento de valor pecuniário, contudo, não se compatibiliza com a figura da usucapião. De acordo com os ensinamentos de Orlando Gomes, o instituto sob análise “favorece o possuidor contra o proprietário, sacrificando a este com a perda de um direito que não está obrigado a exercer” (Gomes, 2005, p.187).

No mesmo sentido, Benedito Silvério Ribeiro (2003) anota que:

Mas considerados os direitos do cidadão, em especial no âmbito da propriedade, desde que presentes os requisitos daquele que está na posse mansa, pacífica e incontestada pelo legítimo proprietário, titular do domínio, a sua negligência acarreta um sacrifício do particular, em favor do bem comum, isto é, ao possuidor que trabalha a terra ou a ela se ligue, produz riqueza e é útil na sociedade. (Ribeiro, 2003, p.165).

Os trechos acima transcritos aludem a um sacrifício do proprietário negligente em face do possuidor que utiliza o imóvel em consonância com a sua função social. Ora, não há se falar em penalização ou sacrifício por parte do proprietário quando este terá direito a uma justa indenização, valendo a sentença como título para o registro de imóveis apenas depois de pago o preço. Assim, um dos fundamentos da usucapião, o da preterição e da perda do proprietário inerte e moroso não se coaduna com o instituto trazido pelo art. 1.228.

Não é por outro motivo que, analisando-o em um contexto histórico, não se entrevê qualquer menção à exigência de adimplemento de pecúnia³.

O pagamento de justo preço não é, e nunca foi, elemento configurador da figura da usucapião, vez que se trata de forma gratuita de aquisição de propriedade, não ensejando qualquer ônus ao adquirente (Barbosa; Pamplona Filho, 2005).

Eduardo Cambi, entretanto, em dissonância com o quanto aqui defendido, vislumbrou semelhanças entre as formas de usucapião trazidas pela Constituição Federal de 1988, pelo Estatuto da Cidade, pelo Código Civil de 2002 e a originária forma de perda da propriedade do art. 1.228. Aduzindo tratar-se de usucapião coletivo, teceu as seguintes considerações:

[...] instituto jurídico novo e autônomo, cuja diferença essencial, em relação aos imóveis urbanos, está no tamanho, por extrapolar os 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), previstos no art. 183 da CF, para a usucapião especial. Além disso, o novo Código Civil vai além da Lei nº 10.257/2001, pois estende o instituto aos imóveis rurais, não contemplados no Estatuto da Cidade. (Cambi, 2000, p.38).

Ao argumento da não onerosidade da usucapião deve se agregar outro de cunho sistêmico. É cediço que, em uma codificação, os dispositivos se estruturam de modo a formar um todo organizado, facilitando, deste modo, a interpretação e aplicação das normas.

Não é por outro motivo que as diversas formas de aquisição da propriedade imóvel encontram-se encartadas no capítulo II do livro III do Código Civil de 2002. As distintas espécies de usucapião foram disciplinadas na Seção I do referido capítulo, havendo, até mesmo, regras de cunho geral, cujos efeitos se estendem a todas as formas de usucapião trazidas na seção. Assim é que, exemplificativamente, o art. 1.243 preceitua que o “possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores [...]”.

3 A análise histórica aprofundada da figura da usucapião foge ao corte epistemológico do presente artigo. É certo, porém, que o pagamento de justo preço nunca constituiu, desde tempos remotos, pressuposto necessário para a configuração do instituto. Também assim no direito alienígena. Para um estudo aprofundado do tema conferir o minucioso trabalho de Ribeiro (2003, p.165).

Ora, fosse a intenção do legislador criar uma nova forma de usucapir, teria adicionado novo artigo à Seção I do capítulo concernente à aquisição da propriedade imóvel, integrando-o às normas gerais que cuidam da matéria. Ao revés, optou por regular a novel figura jurídica nas disposições preliminares referentes à propriedade, demonstrando tratar-se de instituto ímpar, diverso do usucapião.

Distintos os seus fundamentos e modos de operacionalização, insustentável se torna defender a identidade entre os dois institutos, marcados por características e traços bastante discrepantes.

4 Teoria da desapropriação

Dentre as incontáveis teorias que surgiram no meio jurídico tencionando explicar a natureza jurídica da novel figura, destaca-se, sem sombra de dúvida, a da desapropriação. Autores como Maria Helena Diniz e Nelson Nery Júnior abraçaram abertamente essa posição.

Ocorre que, entre os que esposam essa tese, há aqueles que propugnam pela utilização da expressão desapropriação judicial. Outros, por seu turno, aduzem tratar-se de desapropriação indireta. Como não poderia deixar de ser, há os que defendem, ainda, a configuração de um *tertium genus* de perda da propriedade, qual seja, o da desapropriação especial.

Antes de ingressarmos na análise de cada teoria individualmente considerada, obrigatório se faz traçar, de forma sucinta, os contornos da figura jurídica.

A desapropriação constitui forma originária de aquisição da propriedade, não estando a sua causa vinculada a qualquer título jurídico anterior. Tem força autônoma e suficiente para gerar o título constitutivo da propriedade. Bastante, portanto, a manifestação de vontade do Poder Público e o respectivo pagamento de justa indenização para que o bem seja expropriado (Mello, 2004, p.764).

Em regra, as desapropriações são realizadas em proveito das pessoas jurídicas de Direito Público ou de pessoas de Direito Privado delegatárias ou concessionárias de serviço público. Nada impede, contudo, que sejam, em caráter excepcional, postas em prática em favor de entidades privadas, desde que desempenhem atividades consideradas de interesse público. O que se veda é a desapropriação em benefício de interesses eminentemente privados (Mello, 2004, p.770).

Segundo as lições de José Afonso da Silva (2003), o instituto pode ser entendido como:

[...] limitação que afeta o caráter perpétuo da propriedade, porque é meio pelo qual o Poder Público determina a transferência compulsória da propriedade particular, especialmente para o seu patrimônio ou de seus descendentes, o que só pode verificar-se por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição (art. 5º, XXIV), que são as desapropriações-sanção por não estar a propriedade urbana ou rural cumprindo a sua função social, quando, então, a indenização se fará mediante título da dívida pública ou da dívida agrária (arts. 182 e 184). (Silva, 2003, p.280).

Há que se falar, pois, em duas espécies de desapropriação no ordenamento jurídico pátrio. A primeira, prevista no art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, prevê o pagamento de prévia e justa indenização em dinheiro nos casos de necessidade ou utilidade pública, ou

interesse social. A segunda hipótese vem regulada pelos arts. 182 e 184 da *Lex Legum*, sendo o pagamento efetuado por meio da emissão de títulos da dívida pública resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas (Silva, 2003).

Aqueles que defendem a natureza jurídica expropriante encontram guarida normativa no inciso XXIV do art. 5º da Lei Maior. A atual codificação estaria disciplinando, assim, mais uma hipótese de desapropriação por interesse social. A matéria é regulada pela Lei nº 4.132, de 10/09/1962, que dispõe:

Art. 2º Considera-se de interesse social: I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico. (Brasil, 1962).

Enquanto procedimento, o ato de desapropriação se desenrola em duas fases. Na declaratória, o Poder Público manifesta a intenção de adquirir compulsoriamente um bem determinado e o submete ao jugo de sua força expropriatória. O estágio executório, por sua vez, consiste na prática de atos tendentes a concretizar a anterior declaração de vontade (Mello, 2004, p.770).

4.1 Desapropriação judicial

Pode-se afirmar tranquilamente que a tese da desapropriação judicial é a que conta com maior número de adeptos na doutrina brasileira. Podem-se citar, dentre outros, Mônica Aguiar, Maria Helena Diniz e Glauco Gumerato Ramos. A denominação encontra respaldo ainda nos ensinamentos de Miguel Reale (*apud* Aguiar, 2003), supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, o qual afirmou tratar-se de “uma nova via de desapropriação, instituto que não deve ser entendido como prerrogativa exclusiva dos poderes Executivo ou Legislativo”.

Em que pese a eminência dos autores que defendem a referida tese, a expressão desapropriação judicial não pode vingar.

É cediço na doutrina e na jurisprudência pátria que os poderes competentes para manifestar a declaração de utilidade pública são o Executivo e o Legislativo, este atuando em função meramente administrativa. Assim é que o art. 2º do Decreto-lei nº 3.365/41 dispõe: “Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados, pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios” (Brasil, 1941).

Na mesma esteira, o seu art. 8º proclama: “O Poder Legislativo poderá tomar a iniciativa da desapropriação, cumprindo, neste caso, ao Executivo, praticar os atos necessários à sua efetivação” (Brasil, 1941).

Por melhor que tenha sido a intenção do legislador ao tentar disciplinar uma nova forma de desapropriação, a sua aplicação nestes termos não encontra agasalho no ordenamento jurídico vigente (Gagliano, 2003), uma vez que a CF/88 atribuiu à lei a função de estabelecer o procedimento da desapropriação por interesse social (art. 5º, XXIV), encontrando-se regulada atualmente pelo Decreto-lei 3.365/41 e a Lei 4.132/62.

Não bastasse isso, aceitando-se a teoria da desapropriação judicial, incontáveis problemas de ordem prático-processual seriam descortinados, não havendo qualquer dispositivo legal para tratar da matéria.

Assim, indaga-se, por exemplo, qual dos entes estatais deveria arcar com o pagamento da indenização? Mônica Aguiar (2003) afirma que, em se tratando de imóveis rurais, a

entidade competente seria a União. Caso o imóvel estivesse sitiado em zona urbana, sobre o Município recairia o ônus.

Com a devida vênia, esse posicionamento poderia acarretar numerosas dificuldades de cunho orçamentário e financeiro aos entes estatais, deixando indefinidas diversas situações por impossibilidade de pagamento, ante a situação econômica deficitária de diversos Municípios. Pertinente, neste ponto, a crítica realizada por Pablo Stolze Gagliano (2003):

Atribuir-se a obrigação indenizatória a uma das entidades federativas, sem previsão legal a respeito, afigura-se, em nosso sentir, inviável, mormente em se tratando dos Municípios brasileiros, que já se encontram em situação econômica desesperadora, não havendo, ademais, previsão constitucional específica em face desse novo instituto. (Gagliano, 2003).

Glauco Gumerato Ramos (2006), em estudo intitulado “Contributo à dinâmica da chamada desapropriação judicial: diálogo entre constituição, direito e processo”, propõe a instituição, por meio da criação de lei específica, de procedimento especial para a melhor operacionalização e aplicação da figura jurídica. Parece entender, deste modo, ser inexequível a utilização do instituto sem prévia regulamentação legal, visto que a sua aplicação poderia ensejar o desrespeito a princípios constitucionais processuais.

Concordamos em parte. É digna de encômios a percepção de que a responsabilidade dos entes estatais solidariamente com os possuidores pelo pagamento da indenização só seria possível com previsão expressa de lei. De outro lado, porém, esperar a boa vontade do legislador no sentido de regulamentar a matéria não nos afigura ser a melhor solução. É função do intérprete, ao analisar a norma, retirar a máxima eficácia do texto de lei.

Diante dos argumentos postos, constata-se a total inviabilidade da utilização do instituto nos moldes preconizados por grande parte da doutrina pátria.

4.2 Desapropriação indireta

A desapropriação indireta consiste no apossamento ilegal e abusivo de um imóvel por parte do Poder Estatal, integrando-o ao patrimônio público, sem a verificação dos ritos e formalidades legais do procedimento expropriatório, cabendo ao lesado recorrer às vias judiciais para ser integralmente indenizado (Ramos, 2006, p.387-388).

Baseados neste conceito, parcela doutrinária tem vislumbrado a possibilidade de o antigo proprietário ingressar em juízo com uma pretensão indenizatória com o desiderato de ser ressarcido pelos danos que haja sofrido em virtude da ação arbitrária do ente estatal. É a posição, por exemplo, de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (2006)⁴, para quem o desapossamento pela posse trabalho, nas circunstâncias do CC, art. 1.228, §4o, deve propiciar o pagamento de justa indenização.

Embora defensável, a tese nos parece pouco factível. Em um primeiro plano, cabe-nos tecer a mesma crítica exarada quando do estudo da teoria da desapropriação judicial.

4 Os autores, em verdade, esposam a tese de que se trata de desapropriação judicial, realizada pelo juiz, em ação reivindicatória, na qual, ao acolher a defesa dos réus que exercem posse-trabalho, fixa na sentença a justa indenização que deve ser paga por eles, réus, ao proprietário. Ocorre que sustenta ainda que nada “impede que o proprietário ingresse com ação judicial pretendendo indenização em virtude de haver sido desapossado do imóvel por meio da posse-trabalho, nas circunstâncias do CC, art. 1228, § 4o. Nesse caso, sua pretensão (desapropriação judicial indireta), fundada no direito de propriedade (reivindicatória que se resolve em perdas e danos)” (Nery Jr; Nery, 2006, p.592-593).

Não há sequer previsão legal que atribua aos entes estatais, em especial aos Municípios e à União, a obrigação pelo adimplemento de justo preço em razão de um hipotético ato expropriatório. Tal entendimento poderia trazer ainda consequências nefastas como a desorganização financeira das referidas entidades, uma vez que se tornariam responsáveis pelo pagamento de elevados valores, que dificilmente estariam abrangidos pelos deficitários orçamentos estatais.

Há de se lembrar ainda que a doutrina e jurisprudência pátrias têm recriminado de forma veemente a ocupação irregular de terrenos particulares pelo Poder Público, de modo que não parece razoável tenha o legislador infraconstitucional autorizado tal forma de proceder.

Comentando o instituto, Hely Lopes Meirelles tece ácida crítica:

A desapropriação indireta não passa de esbulho da propriedade particular e como tal não encontra apoio em lei. É situação de fato que vai se generalizando em nossos dias, mas que a ela pode opor-se o proprietário até mesmo com interditos possessórios. Consumado o apossamento dos bens e integrados no domínio público, tornam-se, daí por diante, insuscetíveis de reintegração ou reivindicação, restando ao particular espoliado haver indenização correspondente, da maneira mais completa possível [...]. (Meirelles, 1990, p.498).

A Lei Complementar no 101, datada de 04 de maio de 2000, estabelecendo normas sobre as finanças públicas, preceitua, em seu art. 46, que é “nulo de pleno direito ato de desapropriação de imóvel urbano expedido sem o atendimento do disposto no § 3o do art. 182 da Constituição, ou prévio depósito judicial do valor da indenização” (Brasil, 2000).

Ora, vedada está, portanto, a desapropriação irregular e à margem da lei pelo Poder Público, que deve respeitar o requisito da anterioridade da indenização, sob pena de flagrante violação ao texto constitucional. A figura da desapropriação indireta traz como corolário lógico o perdimento do bem por parte do proprietário, sem que este aufera, previamente, o justo valor a que tem direito.

Vê-se, assim, que a referida teoria não possui sustentação constitucional e legal, pelo que deve ser prontamente rechaçada.

4.3 Desapropriação especial

Rodolfo Pamplona Filho e Camilo Colani Barbosa (2005) propugnam pela utilização da expressão desapropriação especial em face das inúmeras peculiaridades do instituto. Aduzem, em apertada síntese, que o termo desapropriação judicial não é adequado, já que ao Poder Judiciário não cabe a iniciativa da ação, tampouco o pagamento da justa indenização. Acabam por adotar, deste modo, uma espécie de teoria eclética.

Parece-nos, contudo, que a discussão cinge-se ao aspecto meramente terminológico, não havendo, na proposta apresentada, alteração substancial em relação àquelas já discutidas no presente trabalho. Assim é que o Município, em se tratando de imóvel localizado no perímetro urbano, arcaria com o ônus do adimplemento da obrigação. A União, por sua vez, em virtude do que dispõem os arts. 184 e 186 da Constituição Federal, deveria responsabilizar-se pelo pagamento quando se tratasse de imóvel rural (Barbosa; Pamplona Filho, 2005).

Nesse caso, como a ação reivindicatória se processa ordinariamente na Justiça Estadual, os autos seriam remetidos para a Justiça Federal para a devida execução. Invocam,

para tanto, o disposto no art. 486 da Consolidação das Leis do Trabalho (Barbosa; Pamplona Filho, 2005).

As críticas alhures exaradas, quando do exame das teorias da desapropriação judicial e indireta, aplicam-se perfeitamente à tese ora analisada. A falta de previsão legal e a carência de recursos e planejamento orçamentário impedem que os entes estatais sejam responsabilizados pelo pagamento da justa indenização.

A verdade é que a aplicação analógica do art. 486 da CLT pouco ou nada resolve. Carrega os mesmos vícios e erros apresentados pelas teorias anteriores, deixando de lado a discussão central relativa à competência para adimplir a obrigação trazida pelo §5o do art. 1.228. Mostra-se, portanto, insuficiente para aclarar os diversos problemas concernentes à aplicação do instituto.

5 Teoria da alienação judicial

Donaldo Armelin defende tratar-se da figura da alienação judicial, regulada pelos arts. 1.113 a 1.119 do Código de Processo Civil. Segundo o autor, o novo instituto:

[...] não pode ser considerado uma forma especial de usucapião porque prevê, como condição para a transferência do domínio, o pagamento do preço judicial fixado; não corresponde a uma desapropriação, pois nele não intervém o Estado efetuando o pagamento da justa indenização fixada pelo juiz; não pode ser considerada uma compra e venda, vez que inexistente acordo de vontades. Em verdade, assume ele a figura de alienação judicial, decorrente da atuação do império estatal balizado por princípios constitucionais que respaldam a propriedade privada. (Armelin *apud* Diniz, 2004, p.201-202).

Conquanto não se possa negar que haverá uma alienação judicial forçada do imóvel objeto da reivindicação, tal constatação não é suficiente para indicar a natureza jurídica do instituto. A venda compulsória do imóvel constitui mero *iter* procedimental, não podendo servir como paradigma para o estudo da figura jurídica.

A alienação forçada constitui apenas a consequência lógica do exercício do direito por parte dos possuidores. Tomando a consequência pela causa, o autor relega a segundo plano a questão fulcral para a definição da natureza jurídica do instituto, qual seja, a da análise dos elementos essenciais para a configuração da novel figura jurídica.

A venda compulsória do imóvel se traduz em simples modo de concretização do direito exercido pelos confinantes do terreno. É por meio dela que a coisa efetivamente passará às mãos dos ocupantes reivindicados. A natureza do instituto, contudo, permanece obscura, uma vez que o autor se preocupou muito mais com as possíveis consequências jurídicas extrínsecas de sua aplicação do que com as características que o tornam peculiar.

6 Teoria da exceção substancial

Fredie Didier Júnior (2004, p.639), embora reconheça não ser essa a posição dominante na doutrina, defende tratar-se de uma hipótese de exceção substancial.

Em que pese a originalidade da teoria, o entendimento esposado não merece vingar. Exceção é termo plurissignificativo na ciência jurídica, podendo ser estudado nos

sentidos pré-processual, processual e material ou substancial. Na primeira acepção, pode ser entendida como o direito abstrato de defesa. Em sentido processual, nada mais é do que o meio pelo qual o demandado se defende em juízo, ou seja, o exercício real do direito de defesa. Pode-se restringir ainda mais o seu alcance para dizer que exceção seria uma espécie de matéria que não pode ser conhecida e examinada *ex officio* pelo juiz (Didier Jr., 2004, p.355).

No sentido substancial, exceção é contradireito, uma pretensão que se exerce em contraposição à eficácia de outro direito ou de outra pretensão, neutralizando-os (Miranda, 1955, p.4). É a lei material que irá indicar os casos em que uma pretensão é apta a impedir ou retardar a eficácia de outra pretensão. Também denominada defesa de mérito, a exceção substancial não visa, de modo algum, a declarar a inexistência, invalidade ou a ineficácia da pretensão (Didier Jr., 2004, p.356). Tem por escopo apenas encobrir-lhe a eficácia, visto que não pode subsistir em face de outra pretensão que impede a ocorrência dos seus efeitos (Miranda, 1955, p.3).

Não se deve confundir, portanto, a alegação de exceção material com as de nulidade, anulabilidade, rescisão, resolução ou resilição. Como bem anota Pontes de Miranda, essas defeituosidades:

[...] não são exceções; são espécies de não validade e espécies de cor-
tabilidade vertical (*rescindere*) ou resolução (resolução, resilição), ou
simplesmente de extinção. Exceção é outra coisa. A exceção não ataca o
ato jurídico, nem o direito em si mesmo. Exatamente, o fim da exceção
é fazer-se atender, ainda mesmo a despeito da existência, validade,
ou irrevocabilidade, ou irremediabilidade, ou irremediabilidade do ato
jurídico. Se, também, há nulidade, anulabilidade, ou rescindibilidade,
ou resolubilidade, ou resiliabilidade, é outra questão. (Miranda, 1955, p.3)

Do mesmo modo, exceção e ineficácia não se misturam, possuindo conceitos nitidamente distintos. A exceção substancial não nega a eficácia do direito; ao revés, apenas encobre os seus efeitos, impedindo-os de atuar temporal ou definitivamente. Não há, portanto, a negação do direito ou da pretensão a que exceção se opõe. Sequer a sua eficácia é contestada. A *exceptio* funciona, em verdade, como uma barreira a impedir a irradiação dos efeitos de direito ou pretensão (Miranda 1955, p.4).

Não há que se baralhar, ainda, a oposição de exceção substancial com a alegação de existência de direito real ou relação jurídica pessoal, como a de locação, em face de titular do domínio. Pontes de Miranda (1955, p.9-10), lembra que muitos juristas chegaram a nominar tais alegações de “exceções não substantivas”, com receio de admitir a existência de direitos reais ou pessoais que pudessem excluir a pretensão do proprietário ou de outro titular do direito real.

A exceção exercida, por exemplo, pelo usufrutuário e pelo usuário visa a não somente encobrir a eficácia do direito de propriedade, mas negá-lo, elidi-lo:

Em verdade, porém, o proprietário não pode reivindicar contra tais
titulares de direito real: os direitos reais são direitos com sujeitos
passivos totais e excluem, no que é conteúdo seu, a pretensão do
proprietário; não se excepciona. Assim, a alegação do réu de que
é usufrutuário, credor pignoratício ou anticrético, ou usuário, é
defesa: ou o autor o admite, ou não a admite; o juiz tem de julgar
improcedente a ação de reivindicação contra o titular de direito
real, que não pretendia negar o direito do proprietário, nem alienou

o bem do usufruto. Não é a posse que ele invoca, é o direito real. A eficácia desse não encobre a do direito de propriedade; elide-a, nega-a, exclui-a, no que se lhe tirara. Não basta, para que haja exceção, que não se negue: é preciso que se encubra a eficácia de outro direito, mas cabe que se negue se só se trata de negar exceção, porque excetuar é exercer direito. Quem nega vai além da exceção, inclusive nega existir a exceção ou ter sido exercida. (Miranda, 1955, p.18-19).

O instituto trazido pelo art. 1.228 do Código Civil deve ser examinado, nesse particular, à luz dos argumentos acima expendidos.

Dispõe o § 4º do supracitado artigo que, pago o preço referente à justa indenização devida ao proprietário, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

O registro, de acordo com o sistema de transcrição adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, tem o condão de operar a transferência da propriedade. É por meio dele que se adquire o domínio sobre a coisa. Neste sentido, Orlando Gomes:

O objetivo foi alcançado com a instituição de um registro público no qual devem ser assentadas obrigatoriamente, para que valham, todas as transmissões da propriedade dos bens imóveis, permitindo a quem quer que seja saber a quem pertencem. Nele, faz-se o registro de todo título translativo da propriedade de qualquer imóvel a fim de que a transferência se opere [...]. (Gomes, 1983, p.125).

Ora, adquirindo os possuidores a propriedade do imóvel litigioso, não há se falar na existência de mero provimento declaratório que encobre a eficácia do direito de propriedade do reivindicante. O registro do título não só barra os efeitos oriundos do direito de sequela como transmite o domínio aos ocupantes do terreno, elidindo a pretensão reivindicatória do autor. O direito de propriedade, portanto, deixa de existir para o reivindicante.

Caso se tratasse de exceção substancial, a sua oposição traria como único efeito a ineficácia da pretensão do demandante de reaver a coisa, vez que apenas os efeitos da pretensão reivindicatória restariam encobertos. Ocorre que, com o registro do imóvel, há a transferência do direito, possibilitando aos possuidores dispor juridicamente do bem. Assim é que, acaso desejem, podem até mesmo realizar a alienação do terreno, ato impensável em se tratando de mero encobrimento eficaz.

A teoria desenvolvida pelo mestre baiano tem o mérito incontestável, porém, de lançar as primeiras luzes na escuridão que pairava sobre a doutrina pátria, identificando a existência de um contradireito.

7 Proposta

Da análise das diversas teorias investigadas, ímpar no ordenamento pátrio, constata-se que muitas são as divergências entre os doutrinadores. Não há consenso em nenhum aspecto, o que dificulta enormemente o trabalho de construção de uma tese realista e factível.

Parte da doutrina, porém, percebendo a grave distorção realizada pela maioria esmagadora dos estudiosos, os quais insistem em encaixar o novo instituto nas tradicionais figuras da usucapião e da desapropriação, centra o foco na atuação dos possuidores, aos quais é aberta a possibilidade de optar pela devolução do terreno ou pagamento do justo preço.

O ministro Teori Albino Zavascki, em artigo intitulado *A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto de Código Civil*, começa a delinear os contornos de uma nova teoria:

Todavia, comparações à parte, o que o novo instituto faculta ao juiz não é desapropriar o bem, mas sim converter a prestação devida pelos réus, que de específica (de restituir a coisa vindicada) passa a ser alternativa (de indenizá-la em dinheiro). Nosso sistema processual prevê várias hipóteses dessa natureza, notadamente em se tratando de obrigações de fazer e de obrigações de entregar a coisa. [...] Solução em tudo semelhante, atribuindo ao juiz a possibilidade de converter prestação específica em alternativa – e cuja constitucionalidade não é posta em questão – é dada pelo novo Código no parágrafo único do art. 1.255, nos casos em que alguém edifica ou planta em terreno alheio. Nesses casos, diz o dispositivo, ‘se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou adquirirá a propriedade do solo, mediante indenização fixada judicialmente, se não houver acordo’. Como se vê, é situação assemelhada à do referido §4º: lá como aqui, converte-se a prestação específica de restituir a coisa em prestação alternativa de repô-la em dinheiro. (Zavascki, 2002, p.853-854).

De fato, o sistema civil brasileiro traz algumas hipóteses que muito se assemelham ao disposto no art. 1.228 do CC/2002. O próprio artigo 1.255, citado pelo autor, traz disposição que faculta àquele que plantou ou edificou em terreno alheio, respeitados os demais requisitos legais, optar pela devolução ou pela alienação compulsória do referido bem.

Não é por este motivo que se deve restringir o instituto à figura da alienação judicial. Esta, como já foi dito, configura mero *iter* procedimental, não se confundindo de maneira alguma com o direito exercido pelos possuidores. A venda compulsória constitui, nesse caso, apenas o modo de concretização de direito previsto em lei.

Trata-se, em realidade, de uma hipótese de contradireito.

O conceito de contradireito não deve ser aqui entendido na mesma acepção em que é empregado por Pontes de Miranda ao discorrer sobre as exceções substanciais. Não se trata de mero encobrimento eficaz, mas da possibilidade de eliminação do direito de propriedade do autor por meio do pagamento de justa indenização. Diz-se que é um contradireito, nesse caso, no sentido de constituir um poder de destruição dirigido a outro direito⁵, uma vez que o poder dominial do reivindicante não restará incólume; ao revés, deixará de existir em virtude da pretensão exercida pelos possuidores.

Distingue-se, nesse particular, o contradireito exercido pelos possuidores do instituto da exceção substancial, que também é espécie de contradireito.

Assim como na hipótese prevista no parágrafo único do art. 1.255 do Código Civil, os possuidores, em caso de exercerem o direito, adquirirão a propriedade⁶, elidindo o domínio

5 Eduardo J. Couture (1999, p. 60), esmiuçando a norma do § 202 do Código Civil alemão, alude a uma sistematização em que a “objeção” aparece como conceito genérico, “que abrange duas formas particulares de oposição: por um lado, as objeções denegatórias do direito, que tendem a demonstrar que o direito do autor não existe, por não ter nascido ou por se ter extinguido; e, por outro lado, as exceções (Einrede), que tendem a anular o direito do demandante e que se apresentam como verdadeiros contradireitos em oposição com os seus” (Couture, 1999, p.60).

6 Na aplicação do instituto sob comento, deve-se ter em vista também a disponibilidade de recursos e a possibilidade de pagamento por parte dos ocupantes da terra. O magistrado, no caso concreto, levará em consideração, no momento de se aferir o montante a ser desembolsado, não só o valor do imóvel, mas também a capaci-

do autor que, em razão da sua inércia, suportará os prejuízos advindos da perda do terreno. Tanto é assim que o art. 1.228, em seu § 5º, alude expressamente ao registro do imóvel em nome dos ocupantes.

A alegação do direito, contudo, restringe-se aos casos em que o proprietário se vale da ação reivindicatória ou possessória para reaver a coisa. Glauco Gumerato Ramos, apesar de sustentar tratar-se de uma espécie de desapropriação judicial, também acredita não ser possível o ajuizamento de ação autônoma com o fito de se pleitear o direito:

Com já foi dito, não será possível aos possuidores o exercício autônomo de pretensão buscando a desapropriação judicial, já que essa forma de intervenção na propriedade privada requer a instauração de juízo petitório pelo proprietário reivindicante. Com efeito, uma vez instaurada a ação reivindicatória em face dos possuidores que exerceram posse-trabalho nos termos do §4º do art. 1.228, e pretendendo eles a aquisição do imóvel por lhe terem dado função social, ser-lhes-á lícito formular pedido em face do autor reivindicante pleiteando a desapropriação judicial, obstando a perda da posse em decorrência da reivindicação. [...] Insista-se uma vez mais, que os possuidores enquadrados nos termos do §4º do art. 1.228 não têm direito autônomo e independente à desapropriação judicial, o que só ocorrerá diante do surgimento do interesse processual ocasionado pela pretensão reivindicatória do autor proprietário [...]. (Ramos, 2006, p.386-387).

Com efeito, o art. 1.228 condicionou o exercício do direito por parte dos possuidores de converter a prestação que, de específica (de restituir a coisa vindicada) passa a ser alternativa (de indenizá-la em dinheiro) (Zavascki, 2002, p.853-854), ao ajuizamento da ação reivindicatória ou possessória.

Mais uma vez se constata clara diferença entre o instituto sob análise e a exceção substancial. Como bem adverte Pontes de Miranda (1955, p.16), a “exceção pode ser exercida tanto em juízo quanto fora dele. [...] A exceção é *res in iudicium deducta*, se há processo; se não há, opõe-se cá fora, na vida extrajudicial”. O contradireito sob estudo, por sua vez, somente pode ser alegado em face de uma pretensão reivindicatória ou possessória posta em juízo.

Por fim, diz-se que o direito a ser exercido pelos possuidores é potestativo, uma vez que independe de qualquer atuação por parte do reivindicante para que se aperfeiçoe (Farias, 2005, p.7-8).

Leoni Lopes de Oliveira explica:

Os direitos potestativos são aqueles em que se atribui ao seu titular o poder de produzir, mediante sua exclusiva declaração de vontade,

dade financeira dos possuidores. Assim é que nem sempre a quantia paga corresponderá exatamente ao valor que o terreno possui no mercado imobiliário. Neste sentido, o Enunciado 240 da III Jornada de Direito Civil –CJF/STJ – dispõe: “A justa indenização a que alude o parágrafo 5o, do art. 1.228, não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios”. A análise do caso concreto deve ser feita a partir de uma perspectiva civil-constitucional, respeitados os princípios da função social da propriedade e da dignidade da pessoa humana. Voltar o foco para o possuidor-trabalhador nos parece ser a única maneira realizar os objetivos fundamentais da República encetados na Constituição Federal, quais sejam: garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos. Perdem sentido assim as críticas em relação a uma suposta inviabilidade do instituto face aos poucos recursos de que geralmente dispõem os possuidores, já que os mesmos devem contribuir em valor proporcional aos seus respectivos patrimônios.

a modificação ou extinção de uma relação jurídica, com efeitos jurídicos em relação ao outro ou outros sujeitos da relação jurídica. Nos direitos potestativos os sujeitos que assumem a situação jurídica subjetiva passiva não têm, como nos direitos subjetivos, uma situação de obrigação, mas estão submetidos a admitir os efeitos produzidos em decorrência da exclusiva manifestação de vontade do titular do direito potestativo. (Farias, 2005, p.7).

Os ocupantes que possuíram de forma ininterrupta extensa área, por mais de cinco anos e com boa-fé, além de terem realizado, em conjunto ou separadamente, obras ou serviços de relevante valor social ou econômico podem adquirir a propriedade do reivindicante pela simples declaração de vontade de seus membros, desde que pago o valor da justa indenização.

O respeito aos pressupostos legais, por meio da utilização da propriedade em consonância com a sua função social, credencia os possuidores a escolherem entre devolver o imóvel ao seu primitivo proprietário ou adquiri-lo mediante o pagamento de indenização justa. A esse direito não pode ser opor o reivindicante, restando inócua qualquer ação sua visando a impedir a aquisição da propriedade.

Podemos afirmar, portanto, que o novel instituto regulado pelo art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil, traz uma nova espécie de contradireito, em virtude de suas peculiaridades que o distingue dos demais institutos suscitados pela doutrina. Cabe aos possuidores, neste caso, decidir sobre a devolução do imóvel ou o exercício do contradireito ao qual não poderá se opor o reivindicante.

Referências

AGUIAR, Mônica. A Desapropriação Judicial no Novo Código Civil. **Mundo Jurídico**, abril 2003. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 20.out.2006.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Compreendendo os Novos Limites à Propriedade: Uma Análise do art. 1.228 do Código Civil Brasileiro. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 2, n. 9, p. 73-93, nov./dez. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6725>. Acesso em: 03.out.2006.

BRASIL, **Lei no 4.132, de 10 de setembro 1962**. [Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação]. Brasília: Presidente da República, 10 set. 1962.

BRASIL. **Decreto-lei no 3.365, de 21 de junho de 1941**. [Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública]. Rio de Janeiro: Presidente da República, 21 de junho de 1941.

BRASIL. **Lei Complementar no 101, de 04 de maio de 2000**. [Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências]. Brasília: Presidente da República.

CAMBI, Eduardo. Aspectos Inovadores da Propriedade no Novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: PADMA, 2000.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Trad: Benedito Giacobini. Campinas: RED Livros, 1999.

DIDIER JR., Fredie. **Direito Processual Civil**. v.1, 18. ed. Salvador: JusPODIVM, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito das Coisas. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil – Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Controvérsias constitucionais acerca do usucapião coletivo. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 42-47, abr./maio 2006. Disponível em: <http://jusunline.visaonet.com.br>. Acesso em: 6 ago. 2006.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: Direito das Coisas. 37. ed., revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMOS, Glauco Gumerato. Contributo à Dinâmica da Chamada Desapropriação Judicial: Diálogo entre Constituição, Direito e Processo. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. **Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual**. Salvador: JusPODIVM, 2006.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v. I, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZAVASCKI, Albino Teori. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

“

**A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO
INSTRUMENTO DA REGULARIZAÇÃO
FUNDIÁRIA EM FAVELAS**

”

CLÁUDIA FRANCO CORREA
IRINEU CARVALHO DE OLIVEIRA SOARES

A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO INSTRUMENTO DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA EM FAVELAS

POSSESSION OF A SOCIAL FUNCTION AS A TOOL OF ENABLER LAND IN SLUMS

CLÁUDIA FRANCO CORREA¹
IRINEU CARVALHO DE OLIVEIRA SOARES²

Sumário: 1 Introdução. 2 Posse – um conceito em construção. 3 Função social da posse. 4 Conclusão.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo refletir sobre a função social da posse a partir de uma argumentação teórica quanto ao acesso ao direito de moradia no Brasil, com atenção especial a regularização fundiária em favelas. A ausência de reconhecimento jurídico-estatal dessa forma de ocupação domiciliar excluem seus habitantes ao acesso a uma moradia digna e oficial, levando em consideração que mais de 10 milhões de brasileiros habitam em favelas no Brasil. Neste aspecto não há mais espaço hermenêutico para se vislumbrar a posse como uma mera exteriorização da propriedade, na medida em que é por meio da posse despida da propriedade formal que milhões de brasileiros afirmam a sua dignidade pela via do trabalho e da moradia. Desta forma, a posse vem sendo consolidada como eficaz instrumento na realização do direito de morar de classes menos favorecidas economicamente, o que pode ser verificado pela grande quantidade de dispositivos legais que concedem a posse um caráter de propiciadora de nuances do princípio da dignidade da pessoa humana e da própria cidadania.

Palavras-chave: função social da posse; direito de moradia; favela.

1 Doutora e Mestre em Direito pela UGF/RJ. Pós-Doutora em Antropologia Urbana pela UERJ. Pós-doutoranda em Serviço Social pela PUC/Rio. Professora Adjunta de Direito Civil da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professora e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Veiga de Almeida - PPGD/UVA. Líder do grupo de pesquisa reconhecido pelo DGP/CNPq e certificado pela UVA: Direito à cidade e cidadania Urbana. Integrante do Instituto de Ciência e Tecnologia - Instituto de Estudos Comparativos em Administração de Conflitos (INCT-InEAC). Membro da Comissão Especial de Direito Urbanístico e Direito Imobiliário - CDUDI OAB/RJ. Membro titular da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro - Faperj. Advogada com experiência nas áreas de Direito Civil, com foco no Direito de Família, Direito imobiliário e Direito Fundiário. Autora, entre outras obras, do livro: Controvérsias: entre o Direito de Moradia em favelas e o Direito de Propriedade imobiliária na cidade do Rio de Janeiro - o “Direito de Laje” em questão, que obra inovadora sobre o tema no Brasil. Autora de diversos artigos científicos sobre Direito Urbanístico, Direito Imobiliário e Direito Civil Contemporâneo. CV: <http://lattes.cnpq.br/6184818136194219>

2 Doutor e Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF). Pós-doutorando em Direito e Negócios pela Universidade Federal Fluminense (PPGDIN/UFF). Professor e Coordenador Adjunto do Curso de Direito do Centro Universitário São José (UniSJ). Coordenador de Pesquisa e Iniciação Científica do Curso de Direito do Centro Universitário São José (NPIC/UniSJ). Professor e Coordenador de Pesquisa do Curso de Direito da Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio. Membro do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (LAFEP/UFF). Advogado com experiência nas áreas de Direito Civil e Empresarial, com foco em dissolução parcial e mediação de conflitos. Secretário da Comissão Especial de Direito da Pequena e Média Empresa da OAB/RJ (2022 – Atual). CV: <http://lattes.cnpq.br/9690267141366482>

ABSTRACT

This paper aims to reflect on the social function of possession from a theoretical argument about the right of access to housing in Brazil, with special attention to land regularization in slums. The lack of legal recognition juridical-state of this form of household exclude its residents access to a decent home and official, considering that more than 10 million Brazilians living in slums in Brazil. In this respect there is no more space hermeneutic to glimpse the possession as a mere manifestation of the property, as it is through the possession stripped of formal property that millions of Brazilians affirm their dignity through work and housing. Thus, possession has been consolidated as an effective instrument in the realization of the right to live in economically disadvantaged classes, which can be verified by the large amount of legal devices that grant possession of a character nuances pledge of the principle of human dignity human and citizenship itself.

Keyword: social function of possession; right to housing; slums

1 Introdução

A Constituição da República de 1988 exigiu dos operadores do direito uma nova mirada sobre os institutos jurídicos clássicos do direito civil e com o regime das titularidades não foi diferente. A funcionalidade apresenta-se como um imperativo de interpretação e aplicação do direito. O que não cumprir função social perderá a densidade axiológica e a própria tutela do ordenamento jurídico, seja o poder familiar, o contrato, o crédito, a propriedade e, com toda certeza, a posse.

Efetivamente não há mais espaço hermenêutico para se vislumbrar a posse como uma mera exteriorização da propriedade, na medida em que desde sempre é por meio da posse despida da propriedade formal que milhões de brasileiros afirmam a sua dignidade pela via do trabalho e da moradia.

Estudar os direitos das coisas ou direitos reais, onde topograficamente se localiza a Posse no Código Civil Brasileiro, é permitido sentir, na atualidade, uma gama significativa de reflexões, seja no campo da Sociologia, seja, por derradeiro, no campo jurídico. Aquela visão de que o direito aplicado (o que denominamos de norma) deveria estar dissociado de uma observância mais atenta de como a sociedade encara a própria norma, e mesmo de como a sociedade necessita de sua aplicação, percebe-se, está fadada ao mais completo esvaziamento. Em boa hora, consideráveis números de juristas perceberam a necessidade de exequibilizar o entrosamento do legal com o fato, de um ir e vir hermenêutico, como observa Geertz³ (2006, p. 253). Urge, portanto, uma sensibilidade etnográfica no Direito, sem que isso comprometa as instituições jurídicas, mas apenas contribua com uma releitura mais dinâmica e interativa do direito pelas suas práticas. O direito é, antes de tudo, um saber local, e como tal deve ser respeitado. Este respeito deve ser dirigido, imperiosamente, aos seus destinatários, que não devem ser encarados apenas como tutelados que, não raro, encontram-se distantes da feitura da estrutura normativa. Na realidade, os destinatários são, antes de tudo, atores atuantes que constroem o “mundo jurídico”. O Direito não pode ser - e não é - apenas um conjunto de normas, regulamentos e princípios. O Direito é, acima de tudo, uma forma

3 Clifford James Geertz foi um antropólogo estadunidense, professor emérito da Universidade de Princeton, em Nova Jérsei, nos Estados Unidos. Seu trabalho no “Institute for Advanced Study” de Princeton se destacou pela análise da prática simbólica no fato antropológico. Foi considerado, por três décadas, o antropólogo mais influente nos Estados Unidos.

de conceber a realidade. A grande questão é definir de que forma as instituições jurídicas devam criar um sentido de justiça a partir da tradução dessa concepção.

Os chamados direitos reais não poderiam estar dissociados dessa percepção, principalmente quando definimos tal categoria de direitos como o complexo de normas que regulam as relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pela pessoa (Beviláqua, 1946, p.11), ou seja, é dentro do universo da apropriação, uso e gozo de bens que estaremos cingindo nosso rumo ao estudarmos direitos reais. Dentro desse universo encontram-se grandes interesses envolvidos, mas não indicaremos, nesse ponto, apenas questões meramente mercadológicas ou econômicas. Na realidade, nesse contexto é que se possibilitará a viabilização de outros direitos, categorizados inclusive como superiores, como, por exemplo, o direito de moradia, modalidade constitucional de direito social, como veremos posteriormente.

De modo específico, a relevância do estudo em tela se revela ainda mais impressionante quando nos deparamos com o direito de propriedade, direito este com *status* bem diferenciado das outras categorias de direitos reais, possuindo valor simbólico jurídico e social com grandes implicações. Apesar dessa valorização dada ao direito de propriedade, não se pode olvidar que ele vem sofrendo inúmeras transformações jurídicas, seja na lei, seja na prática jurisprudencial ou na própria doutrina. Todo esse hemisfério de transformações se dá por vários motivos, mas um se revela de modo especial: o fato social mudou!

A sociedade (à qual se dirige a norma) produziu uma versão diferente daquilo em que, até então, se baseava a lei. O resultado trouxe uma nova verdade: a propriedade não é mais o que era e não pode ser encarada como um direito absoluto, pelo simples fato de que a própria sociedade passou a acordar que não mais o seria, pois “o fato” se apresenta quando uma determinada situação é analisada com uma coerência razoavelmente comum e passa a ser vista como realidade. A propriedade, por diversas razões, passou a ser concebida por motrizes sociais diferentes de outrora. Por consequência, o “direito de propriedade” passou também a ser concebido diferentemente e, por conseguinte, a posse.

Quando se pontua “direito de propriedade”, a tendência é alocá-lo como direito subjetivo, na cadência do Código Civil brasileiro, pois encerra uma situação jurídica em que todos têm dever de abstenção e, ao ser violado o direito, nasce para o seu titular uma pretensão imediata. Dentro desse direito encontramos faculdades que vão possibilitar o seu exercício. E é justamente no seu exercício que podemos notar inúmeras transformações, principalmente quando enfocamos, nesse campo, o valioso mecanismo da função social. É nessa linha que o presente trabalho assume contornos econômicos, políticos, sociais e jurídicos com alta significação, implicados e correlacionados ao valioso Instituto da Posse.

Em síntese: a história comprova a necessidade de adaptabilidade de novos paradigmas a velhos institutos que possibilitem “espargir sobre a codificação civil nuanças sociais que marcam a contemporaneidade no Brasil” (Gomes, 2008, p. 9).

Nesse patamar, conectar a posse como instrumento viabilizador de um direito social tão significativo como a moradia, em especial em conglomerados habitacionais precários, é, sobremaneira, relevante, principalmente quando observamos que na atualidade, segundo dados oficiais do IBGE do censo de 2010, aproximadamente 11.500.000 de pessoas vivem em habitações precárias, espalhadas em 6.629 favelas no Brasil.

Os dados mais que impressionam, considerando que, embora, o direito à moradia esteja estabelecido no artigo 6º da Carta Magna atual como direito social (Brasil, 1988)⁴, o

4 Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Brasil, 1988).

acesso à moradia para a classe pobre ainda se encontra atado a tradição institucionalizada no formato de favelas⁵ que encontramos nas grandes metrópoles brasileiras.

A não viabilização, portanto, de um direito tão essencial a manutenção da dignidade da pessoa, coloca a sociedade brasileira fora da “Era dos Direitos”, como diria Bobbio (1992) e fora dos caminhos trilhados pelas sociedades que alcançaram um desenvolvimento econômico capitalista de primeira linha, associado à construção de seus Estados Democráticos de Direito, fundamentada nas liberdades individuais garantidas aos cidadãos igualmente, sem distinção de credo religioso, ideologia política, raça ou classe e sem restrições de direitos básicos entre seus cidadãos.

Trata-se também de uma lógica que, se imposta a grandes contingentes da população, certamente engendrará respostas, sem dúvidas ilegais, mas adotadas em larga escala, como acontece com a construção e regulamentação de mercados imobiliários nas favelas, à margem da lei e do direito, para legitimar a aquisição de moradia aos mais pobres.

Assim, reter a posse, pelo viés da função social, é admitir a possibilidade de construir, em nível teórico-jurídico, arcabouço justificável para promover o acesso legalizado de moradias, especialmente aos desprovidos de condições mínimas de fazê-los dentro da textura normativa que prevê o direito de propriedade.

Tal exclusão se manifesta na falta, por exemplo, de um endereço oficial para receber correspondência, de estabelecer contrato de trabalho, de abrir conta bancária, de fazer empréstimos financeiros, de acesso à justiça, entre outras dificuldades em que o fornecimento de endereçamento oficial é requerido e também de garantia para empréstimos por falta do título de propriedade. Muitas dessas dificuldades são inexistentes para segmentos mais favorecidos da população brasileira. Mas elas estão presentes na vida cotidiana de moradores de favelas.

Como será visto, o presente trabalho pretende ao contextualizar a posse no ordenamento jurídico pátrio e conectá-lo a função social como instrumento eficaz na regularização fundiária em favelas, promovendo, dessa maneira, a inclusão cidadã de inúmeros brasileiros.

2 Posse – um conceito em construção

Falar sobre posse é tarefa arduíssima. O assunto é complexo e, atualmente, traz uma larga carga de discussões no cenário jurídico brasileiro. Aliás, não apenas no universo jurídico. Estudiosos de outras áreas - como a Antropologia, a Sociologia, a Arquitetura Urbanística e tantas outras - também têm se dedicado a estudá-la. Por que será que o referido assunto empenha tantas discussões e estudos? Acreditamos que, hoje, a posse executa uma função social de altíssimo conteúdo, pois está aliada a todo o novel de discussões a respeito do direito de moradia.

Todo o conceito que possamos retirar da lei, sobre posse, deve passar, necessariamente, pelo conceito de possuidor, posto que o Código optou por definir o seu agente, e não a ação.

O artigo 1.196 do Código Civil brasileiro pontua que possuidor é todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade, possuidor, portanto, é aquele que tem o exercício de poderes ligados à propriedade, podendo ser de forma plena ou não, podendo ser um ou alguns.

Tal concepção advém da adoção em nossa sistemática jurídica da teoria **objetiva**, tendo sido construída por Rudolf von Ihering, em “*Ueber den Grund des Besitzschutzes*”

5 Entende-se por favela a área predominantemente habitacional, caracterizada por ocupação clandestina e de baixa renda, precariedade da infra-estrutura urbana e de serviços públicos, vias estreitas e alinhamento irregular, ausência de parcelamento formal e vínculos de propriedade e construções não licenciadas, em desacordo com os padrões legais vigentes.

(Fundamento dos Interditos Possessórios), obra não só dedicada a estruturar uma teoria da posse, mas também a se contrapor a Savigny e criticar intensamente sua concepção de posse.

Ihering analisa a posse nos seus elementos *corpus* e *animus*, oferecendo, contudo, visão completamente diferente daquela oferecida por Savigny. Ihering não dispensaria os elementos *corpus* e *animus*. Entretanto, o enfoque apresentado seguiria em direção oposta, posto que o *corpus* apresenta-se como a relação exterior que há normalmente entre proprietário e a coisa - ou aparência de propriedade. O elemento material é a conduta externa da pessoa, que se apresenta numa relação semelhante à que é exercida pelo proprietário; o *animus* se consubstancia como o elemento psíquico, traduzido na vontade de proceder como habitualmente o proprietário o faz (*affectio tenendi*).

A teoria é denominada objetiva por dispensar a intenção, ou seja, **a posse é a visibilidade do domínio**. Possuidor é aquele que age como se fosse dono.

As conclusões de Ihering partem do pressuposto de que o possuidor é, em regra, o proprietário. “Estatisticamente, essa exterioridade coincide com a propriedade real dos casos. Quase sempre o possuidor é ao mesmo tempo o proprietário, sendo muito diminutos os casos em que não é” (Ihering, 2002, p. 24).

Para o autor (Ihering, 2002, p. 19), a proteção possessória aparece como um complemento indispensável da propriedade. O direito de propriedade sem a ação possessória seria a algo imperfeito. Alerta ainda para o fato de que, onde a propriedade é impossível, a posse também o é.

Assim sendo, para o grande jurista, ao contrário de Savigny, a proteção à posse não se dá com relação à proteção da pessoa humana ou com relação à violência, mas fundamenta-se na propriedade. A posse, como observado acima, nada mais é do que a exteriorização da propriedade, ou seja, uma posição da propriedade. Apegado às raízes romanas, o jurista compreende que os interditos possessórios nascem da função da propriedade, já que a origem dos *vindiciae* é justamente a de regular provisoriamente a relação da propriedade, mesmo que proteja a posse inicialmente.

Como se nota, as concepções originárias de adoção pela teoria objetiva em nossa sistemática legal, assume a premissa de interligação completa da posse a propriedade, aliás, dela é dependente, uma concepção europeia, do século XIX, em consistente descompasso com a realidade brasileira.

A visão de Ihering há muito se distanciou de nossa complexa realidade jurídica e social (se é que um dia dela se aproximou). A posse, como simples fato, e a propriedade, como situação juridicamente perfeita, não mais se coadunam com a factualidade hodierna. Tais premissas, ainda encontradas em alguns manuais de direito civil, não explicam a realidade, muito menos estão em acordo com as recentes decisões de nossos tribunais, que a cada momento dão à posse a sua carta de alforria frente à propriedade.

A atualíssima Lei 11.977, de 07/07/2009, que regula o programa *Minha Casa, Minha Vida*, que visa à regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas e promove claramente a posse como eficaz instrumento na realização do direito de morar de classes menos favorecidas economicamente, demonstrando concretamente que a posse conduz, principalmente a estas pessoas, o alcance de direitos que, no Brasil, eram exercidos por uma minoria privilegiada.

A realidade social é a que mais se impõe. Ora a posse se revela como verdadeiro direito, ora a propriedade se revelará como um direito reconstruído pelas novas formas contratuais. Assim, podemos tomar como exemplo a legitimidade ativa em ação reivindicatória do promitente comprador, ou até mesmo a legitimidade daquele que compra através de uma procuração *in rem suam* com quitação de preço, sem a presença de registro, vir a ter primazia na ação reivindicatória. Observa-se que a ação reivindicatória é conhecida como a ação mais

petitória de todas. Dessa forma, manifesta-se como ação petitória onde o proprietário clássico deveria, hermeticamente falando, ter todas as suas prerrogativas não questionadas. Não esquecer que a jurisprudência brasileira vem admitindo a supremacia da posse ao prestigiá-la também em compromisso de compra e venda desprovido de registro (Súmula 84 - STJ).

Isto sem falar nos assentamentos urbanos, denominados de favela, em que encontramos um “direito de laje”, categoria que bem exemplifica a apropriação de bem imóvel em posição verticalizada, também sem previsão no ordenamento jurídico pátrio, pois decorre da plena ocupação horizontal de moradias primitivas, constituídas sobre o solo, na superfície terrestre, sendo um efetivo instrumento institucionalizado de verticalização de moradias que fomenta o mercado imobiliário de diversas favelas, principalmente as cariocas (Corrêa, 2011, p. 22).

Como devemos assimilar a posse nos dias atuais? Sob que farol devem ser conduzidos nossos passos a uma compreensão de tal instituto? Cremos que seja pelo norte da **função social!**

3 Função social da posse

Discorrer sobre a função social da posse e da propriedade, de modo geral, demanda amplitude analítica, posto que a mesma tornou-se motriz de inúmeras transformações de vários institutos jurídicos, seja por ter sido observada como um princípio absolutamente autônomo ou até mesmo como um direito em si. De fato, a conclusão é peremptória: a função social mudou o cenário jurídico dos últimos séculos e, de modo especial, obrigou-nos a observar, na atualidade, institutos como o contrato, a empresa, a propriedade, a posse, e até mesmo a família, de maneira completamente diferente de outrora. Portanto, uma visão flexibilizada se impõe. Poderíamos dizer que a função social, grosso modo, revelou-se como um dínamo viabilizador da justiça distributiva. Não falamos aqui daquele senso de justiça distributiva que persegue unicamente a distribuição de bens materiais, mas sim em um aspecto mais amplo, dentro de uma teoria geral de justiça encaminhada de acordo com a estrutura de um completo conceito sociopolítico de justiça (Fleischacker, 2006). É aí que a atual perspectiva da função social se instala. A proposta, dessa forma, é contextualizar a função social como um paradigma interpretativo da propriedade e da posse, institutos muito próximos e distantes em si, mas que por um amálgama se unem e podem propiciar a executabilidade da máxima constitucional da dignidade da pessoa humana.

Contextualizando historicamente o princípio jurídico da função social, como termo, alguns autores tendem a indicar seu marco na Idade Média, tendo como protagonista principal Tomás de Aquino, grande teólogo católico que, em sua obra clássica denominada “Suma Teológica”, já demonstrava a preocupação da utilização da propriedade para o bem comum. Essa perspectiva seria a reafirmação do direito de propriedade como direito natural, pois Deus, no princípio, confiou o mundo “à tutela coletiva da espécie humana como uma comunidade de bens”. Ao que parece, esse pensamento derivaria de uma tentativa de associação entre fé e razão, marco principal do pensamento do grande teólogo. A imputação de tal teoria na área do direito pelos juristas possui uma conotação da função social como uma forma de acerto de contas dos afortunados versus os desafortunados. Uma espécie de purga da culpa por ter.

O surgimento de uma sociedade industrial imputaria tal mudança, até porque, na Idade Média, não era comum a idéia unitária e individualista de propriedade, visto que diferentes direitos poderiam ser exercidos sobre uma mesma coisa por diversos sujeitos. Na realidade, seriam dois domínios: um denominado *dominia duo sunt*; o outro, *in primam digesti novi partem*. O primeiro seria o domínio útil, que poderia ser exercido por diversas pessoas; o segundo, o domínio direto (Lopes, 2002, p. 403).

Na Idade média, no regime vigorante, a detenção, a posse, as diferentes rendas devidas e recebidas conviviam lado a lado. Era estranho imaginar que um só senhor exercesse todos os direitos. Em síntese: do lavrador ao rei, todos tinham direitos próprios sobre a coisa, sendo, contudo, absolutamente distintos (Lopes, 2002, p. 405).

A concepção de uma propriedade não unitária desenvolveu-se para uma noção mais exclusivista: a propriedade, aos poucos, passou a ser a soma de todos os direitos anteriormente dispersos entre vários detentores. Essa noção teve como ponto de partida o século XVI, principalmente, pois deste marco a propriedade assumiu seu caráter de promotora do capital, e não simplesmente da renda, havendo inclusive o término da distinção entre objetos sobre os quais recaí, sejam bens de consumo ou de produção. Aliado a tudo isso temos a ratificação do pensamento de Locke, em que há a percepção de que a propriedade se reduz à apropriação natural pelo trabalho (Lopes, 2002, p. 409).

As mudanças foram inúmeras. Na Inglaterra do século XVI, Henrique VIII extinguiu a propriedade das ordens religiosas, o que já colaborou para a liberação de boa parcela de terra do regime eclesiástico-feudal, salientando, contudo, que tais terras foram vendidas para os favoritos do rei. Na França, durante a Revolução, também houve liberação das taxas feudais e, apesar de os senhores, incluindo os eclesiásticos, terem se tornado os primeiros habitantes proprietários cercados de privilégios, já se iniciava, efetivamente, a divisão da terra entre os camponeses, consolidando aos poucos a exclusividade dos direitos da terra (Tocqueville, 1989, p. 68-690).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo XVII, observou que a propriedade era um direito inviolável e sagrado, ao lado dos direitos individuais, oferecendo, dessa forma, suporte jurídico às novas aquisições. Assim, compreende-se porque, na metade do século XIX, a Igreja Católica se viu obrigada a encarar, de forma diferente, a propriedade. A Encíclica “*Rerum Novarum*”, no ano de 1891, atendia a tal inflexão, traduzida na expressão “**justiça social**”.

Uma visão mais flexibilizada foi se apresentando no universo jurídico. De modo especial, no início do século XX, León Duguit, sociólogo francês, argumentou que o Direito e o Estado devem ser definidos a partir da realidade social, defendendo a tese de que a propriedade deixara de ser um direito subjetivo para converter-se na função social do possuidor de riquezas (Duguit, 1902, p. 42-43).

A concepção do referido autor assinala que a noção de direito subjetivo já correspondeu a uma necessidade histórica, não podendo manter-se na época atual (início do século XX), pois os países modernos estariam elaborando um sistema jurídico com base na realidade social, ou seja, na função social.

A perspectiva de Duguit será, posteriormente, aperfeiçoada por Josserand na argumentação da relativização dos direitos subjetivos, em que a função social da propriedade denotaria um desses direitos. A justificativa de Josserand advém da jurisprudência francesa, onde há compreensão de que o direito subjetivo seria instituído pelo legislador, objetivando o interesse geral, e não, tão somente, por prerrogativas individuais (Bessone, 1993, p. 15).

No pensamento de Louis Josserand, exposto em suas obras *De l'Esprit des Droits et de leur relativité* e *Cours de Droit Civil Positif Français* (Josserand, 1939 [1927]), há ponderação de que o direito de propriedade não pode ser exercido à discrição do titular, pois encontra limites no direito de terceiros. A propriedade inclina-se a ser permeada de elemento socializador e a converter-se no centro de obrigações positivas, despojando-se de seu caráter absoluto e estático para situar-se como um direito relativo e dinâmico.

É a concepção de que as faculdades inseridas no universo dos direitos lá estão para a satisfação de interesses legítimos. Entretanto, se tais interesses não apresentam fundamento legitimador (elemento de sociabilidade), há, neste caso, verdadeiro ato abusivo. Sílvia Ro-

drigues, jurista brasileiro, chega a afirmar que Josserand foi um dos grandes responsáveis pelo desenvolvimento da teoria do abuso de direito, quando pontua que há abuso quando o direito envolvido não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido, pois os direitos são conferidos ao homem para serem usados de forma que se acomodem ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição. (Rodrigues, 2006, p. 321).

As teorias mencionadas contribuíram significativamente para alterar concepções jurídicas essenciais no universo europeu ocidental. Em especial, com a crise do positivismo no século XX, a realidade social apresentou-se como fator preponderante nos conceitos jurídicos, permitindo-se uma mudança com nítida rapidez comparada a padrões anteriores.

As profundas transformações sociais deságuam como motrizes a toda dogmática jurídica. As revoluções burguesas deram o pontapé inicial, de modo especial, para transformar o ângulo de visão. Até então, a terra, que era elemento de sobrevivência e manifestação de poder, passou a ser elemento de circulação de riqueza, como adverte José Reinaldo de Lima Lopes: “Quando se começa a aceitar a alienabilidade da terra começa a acabar o feudalismo”. (Lopes, 2002, p. 404). Deste ponto parte a necessidade de uma visão mais hermenêutica do que simplesmente analítica, onde a realidade social se sobrepõe à dogmática rígida e fechada. No Brasil, o princípio da função social se estabelece na norma constitucional de 1946, em seu art. 147:

Art. 147. O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do art. 141 § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. A Constituição de 1967, em seu artigo 157, também demonstrou preocupação com a denominada função social:

Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] III – Função social da propriedade. (Brasil, 1946).

Na carta de 1988, tal princípio vem revestido de relevância especial, pela sua tratativa como direito fundamental. O artigo 5º, XXIII, da Carta Magna, de modo direto salienta tal especialidade:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; [...] (Brasil, 1988).

A proeminência do princípio da função social não está estampada unicamente neste dispositivo constitucional. O constituinte preocupou-se, em outros dispositivos, em consignar a necessidade de uma nova visão na distribuição da terra, no uso aproveitável da mesma, bem como a punição para aqueles que, não dando o condão de sociabilidade ao seu direito, pudessem vir a perdê-la, como nos casos de usucapião especial urbana e rural⁶, que, posteriormente, serão replicados em norma infraconstitucional (Lei 10.251/2001 e Lei 10.406/2002), além do Instituto da desapropriação e tantos outros.

6 Artigos 183 e 191 da Constituição Federal (Brasil, 1988), respectivamente.

Explicita ainda a Carta Magna, em seu artigo 186, a função social da propriedade rural:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigências estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento da terra;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações do trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. (Brasil, 1988).

Estes são alguns exemplos da preocupação do constituinte de 1988 com as novas tendências sociais e dogmáticas que já se demonstravam razoavelmente alicerçadas. Mas o que seria a **função social**?

A lei não a define. A jurisprudência, costumeiramente, a utiliza como expressão sem lhe imprimir qualquer conceito. Em pesquisa realizada no *site* do STF (Supremo Tribunal Federal)⁷, em 68 decisões proferidas pela mais alta corte, onde se utiliza a expressão “função social”, em apenas duas decisões foi apresentado algum significado que a justificasse.

Especificamente, as decisões da ADI-MC 2.213/DF e do MS 22.164/SP (que julgam casos sobre reforma agrária) pontuam que a função social estaria condicionada à não ociosidade da terra, que deveria ser cultivada com as seguintes obrigações: a) favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; b) manter níveis satisfatórios de produtividade; c) assegurar a conservação dos recursos naturais; d) observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade.

Em síntese: A função social estaria adstrita a trabalho, ao labor simplesmente.

As demais jurisprudências orbitam em julgamentos de casos sobre alíquotas progressivas em IPTU, ou mesmo sobre reforma agrária, citando a expressão “função social” sem oferecer, como dito anteriormente, critérios conceituais para sua aplicação. A generalização pode implicar em inúmeros perigos, inclusive criar situações que se contrapõem.

A função social, como instrumento viabilizador de justiça, deve manifestar-se não só como a gênese da solidariedade. É mais, muito mais. Deve tornar-se um complexo de direitos e deveres que todos possuem pelo simples fato de fazerem parte de uma sociedade constituída por pessoas juridicamente iguais.

Nesta linha, observa Antônio Vivanco: “La función social es ni más ni menos que el reconocimiento de todo titular del dominio, de que por ser un miembro de la comunidad tiene derechos y obligaciones con relación a los demás miembros de ella” (Vivanco, 1967, p. 472).

Assim sendo, a função social vem sendo instrumentalizada como um princípio densificador da justiça distributiva, abarcando e viabilizando a dignidade da pessoa humana, e, por que não dizer, a própria cidadania.

Na propriedade, a função social mobiliza as faculdades inerentes ao proprietário, encontra-se no seu aspecto interno, mas se explicita externamente em seu exercício. Ou, se abarcarmos a ideia de relativismo dos direitos subjetivos, a função social se perfaz como um direito em si onde a propriedade estaria. De um modo mais razoável, a função social da propriedade apresenta-se como uma alteração no próprio conteúdo do direito, constituído norma principiológica a ser observada pelo julgador em todos os conflitos envolvendo situações proprietárias.

O grande civilista português, José de Oliveira Ascensão (2000), adverte que a função social vai se revelar como um princípio interpretativo do direito de propriedade e é suscep-

tível de imediata repercussão a toda norma a ser aplicada a esse direito (Ascensão, 2000, p. 198). Uma considerável alteração de paradigma do poder absoluto da propriedade, do “tudo pode”, para uma liberdade responsável, que se coaduna com as contingências sociais em que todos são solidários. Desse ponto decorre a possibilidade na aplicação da teoria do abuso do direito, quando o proprietário não exercita seu direito em consonância com tal liberdade responsável, importando dano a outros pelo simples fato de exercer seu domínio pela frágil ideia de que “tudo pode porque é proprietário”.

O conceito rígido de propriedade, advindo principalmente da noção burguesa de exclusividade e absolutismo do respectivo direito, entrou em crise. A propriedade hoje é multifacetária. Como exemplo de tal afirmação, encontramos em nossos tribunais o reconhecimento do condomínio de fato, trazendo flexibilização à característica *numerus clausus* dos direitos reais. A função social da propriedade deve aspirar, antes de tudo, à realização da pessoa e ao respeito à dignidade do homem, favorecendo uma concepção de trabalho aliada a uma visão dinâmica do direito, excluindo da propriedade uma posição meramente estática.

Na posse, a função social se revela com mais insistência. A regra que afirma que o direito existe sempre em função do fato social já mereceria justificativa, em termos aplicativos, que a posse em si já detivesse uma função social embrionária. A função social da posse deve ser encarada como uma forma de reinterpretar o direito pelo viés de sua utilidade social. Na posse, a função social é densificada com evidência, pois na propriedade, mesmo sem o exercício da faculdade de usar, pode manter-se como tal, o que na posse seria a sua própria descaracterização. Quem usa dá sentido econômico e social a coisa.

O fundamento da posse se destaca, necessariamente, na expressão natural da necessidade. A posse tem sua legitimidade na lei, mas também na realidade social. Aliás, a posse antecede historicamente a visão jurídica de propriedade. Podemos dizer, grosso modo, que enquanto a propriedade se constrói historicamente pelas necessidades das sociedades em se organizarem, inclusive politicamente, podendo conceituá-la como *lhe convier*, a posse se demonstra como elemento autêntico da necessidade de sobrevivência, estando ligada à própria essência da natureza humana enquanto tal.

A função social da posse traz valores subjacentes ligados à própria existência humana, como a vida, a saúde, a moradia, a igualdade e a justiça. A norma a admite, posto que quando reconhece a possibilidade de usucapir bens imóveis através das modalidades especiais, com prazos reduzidos para cinco anos, ali o legislador confere à posse categorização social. O que justificaria usucapir área urbana de até 250m² ou 50 hectares em área rural em lapso de tempo reduzido, sem justo título e boa-fé, se não fosse a função social aplicada? O que justificaria o legislador, na Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), admitir a usucapião coletiva voltada para a população de baixa renda - ou até mesmo a expropriação judicial promovida no artigo 1.228 § 4º, do Código Civil⁸, se não fosse a primazia da utilização social do bem?

Nesse mesmo raciocínio, a Lei nº11.977/2009, que dispõe sobre o programa “Minha Casa, Minha Vida” e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, tratou do procedimento de legitimação de posse, considerando-a um dos efeitos da regularização fundiária de assentamentos urbanos proposta na lei. A lei dispõe que a legitimação da posse consiste em ato do poder público destinado a conferir título de reconhecimento de posse de imóvel objeto de demarcação urbanística, com a identificação do ocupante e do tempo e natureza da posse (artigo 47, IV).

8 Artigo 1.228 § 4º: O proprietário também pode ser privado da coisa, se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante (Brasil, 2002).

Em todas essas situações está configurada, mesmo que teoricamente, a proeminência social sobre qualquer situação jurídica estática, pois enquanto o proprietário não exercita responsabilmente o seu direito, outra pessoa realiza a finalidade precípua, qual seja: a configuração do bem-estar, traduzido pelo trabalho, pela moradia, pela dignidade de não ficar ao desalento de situações irregulares, admitindo um verdadeiro processo de inclusão social de indivíduos igualmente cidadãos.

Na realidade a *ratio* da lei Nº 11.977/2009, em relação ao Instituto da Legitimação da Posse, se consolida justamente na regularização fundiária urbana, especificamente voltada para as conhecidas favelas brasileiras, que ausente de regularização, assumem suas moradias contornos de ilegalidades e de exclusão social.

Como sabido, a questão habitacional no Brasil se revela como um problema antigo, repercutindo na sociedade com variados tentáculos que, de muitas maneiras, passam a ser vistos nas favelas, considerando-se a ausência de políticas públicas que permitam aos menos favorecidos o acesso à moradia. Trata-se de um longo e cada vez mais agravado quadro histórico.

As liberdades civis, direitos fundamentais menos questionáveis, asseguram o direito de acesso à propriedade privada de uma ou mais moradias, o que comumente é alcançado pelos que detêm condições como escolaridade, saúde, trabalho e previdência e não necessitam do Estado para ter sua moradia com a devida titularidade de propriedade. Por outro lado, os favelados pouco pagam impostos, detêm baixos rendimentos e, pela mesma razão, não têm acesso à moradia nas áreas urbanizadas da cidade, restando-lhes as favelas como solução de moradia.

Essa solução possível para moradia cria espaço para o aparecimento crescente de favelas, de que resultam impactos para os moradores das zonas mais urbanizadas. Estabelece-se assim um dilema insolúvel: as favelas são soluções de acesso à moradia para segmentos da população que não detêm poder aquisitivo para alugar ou para adquirir propriedade imobiliária residencial em bairros urbanizados da cidade. Mas as favelas são vistas como problema grave para a cidade. Se a favela é solução para a sobrevivência de favelados, e ela própria é um problema para os moradores de áreas mais privilegiadas de recursos urbanos.

Tais oposições avivadas, por conseguinte, criam muros sociais que mantêm as diferenças. É fato que enquanto a favela é considerada como um problema para parte da cidade, ela mesma se viabiliza como solução exequível a milhares de pessoas que não possuem meios próprios realizadores de acesso a moradias dignas em espaços urbanos regulares, pois, mesmo estando fora dos parâmetros institucionais oficiais, as favelas são muito mais do que simples local de moradia, consolidando-se por várias outras funções que executam a acessibilidade aos mercados de trabalho, bem como reduzem gastos com a habitação, e ainda constroem feixes sociais e econômicos que organizam minimamente sua sobrevivência, que o Estado, muitas vezes se refuta em fazê-lo.

O que se percebe, portanto, é que enquanto não se considerar a favela como uma feição da própria cidade, não será possível vislumbrar qualquer solução de convívio entre essas duas realidades conexas e dependentes. Enquanto não houver uma simetria nas ações governamentais que perceba a cidade como um todo, em que a favela, se revele como parte de problemas estruturais históricos, não só de crise habitacional, mas forçosamente de uma diluição da apreensão do conceito de uma cidadania uniforme dispensada a todos, não será factível pensar em soluções em recortes.

A questão primordial na estruturação do presente trabalho é justamente a inclusão social que a regularização fundiária em favelas pode promover. Inúmeros são os institutos dispostos no ordenamento jurídico pátrio que podem ser empregados para tal regularização, como usucapião coletivo, descrita e positivada no Estatuto da Cidade.

O Estatuto da Cidade definiu uma série de instrumentos urbanísticos que tem no combate à especulação imobiliária e na regularização fundiária dos imóveis urbanos seus principais objetivos. Foi justamente nesse ambiente que surgiu a usucapão coletiva. Seu enquadramento na lei está dentro do capítulo que regula a usucapião especial de imóvel urbano, visto que o Estatuto da Cidade disciplina duas modalidades: individual (artigo 9º) e a coletiva (artigo 10).

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. (Brasil, 2001).

Trata-se de aquisição coletiva da propriedade por pessoas moradoras de conglomerados de baixa renda, quando for impossível identificar os terrenos ocupados pelos possuidores, desde que a área seja superior a 250 m². Sua justificativa, segundo José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 128), é a “justiça social”.

Outro instituto relevante de se pontuar como viabilizador de regularização fundiária é o Direito de superfície, na modalidade da sobrelevação. O direito de sobrelevação⁹, uma espécie do direito de superfície que algumas legislações estrangeiras desenvolveram, como é o caso da Suíça, Itália e Portugal. É a posição do eminente professor Ricardo Lira (2002, p. 273):

Outro aspecto interessante a abordar quanto às formas de utilização da superfície é o direito de sobrelevação ou superfície em segundo grau. O superficiário concede a um segundo concessionário o direito de construir sobre a sua propriedade superficiária. Essa forma de utilização da superfície é contemplada no Código suíço. De resto, a criatividade do brasileiro também a utiliza no direito informal, nas formações favelares, onde o titular da moradia cede a outrem o direito de laje. (Lira, 2002, p.273).

Segundo Lira (2000, p. 22), a sobrelevação é a possibilidade de o titular da propriedade superficiária construir ou conceder a um terceiro que construa sobre a sua propriedade superficiária. Tal instituto prevê o direito de construir sobre edifício alheio, apresentando hibridismo entre a superfície e a propriedade horizontal. A constituição dessa modalidade de direito está condicionada às regras da superfície e às limitações da propriedade horizontal. Uma vez edificando sobre o prédio situado na superfície, a situação desemboca por completo na propriedade horizontal. Assim, a sobrelevação cria a possibilidade de o construtor vender o prédio, com reserva do espaço aéreo, pela intenção de construir *a posteriori* (Ascensão, 2000, p. 526).

Tal direito, segundo alguns juristas, se aplicável no Brasil, resolveria em parte o problema da regularização do “direito de laje”, muito encontrado em favelas do Rio de Janeiro. O “direito de laje” ocorre de diversas formas. A mais recorrente é quando um morador de habitação na superfície vende a outra pessoa o “direito” de construir moradia sobre a laje de sua casa. Outra forma em que se manifesta o “direito de laje” é quando o futuro morador do terreno de superfície vende a sua laje sem que sua casa esteja pronta ou sem, sequer, que a laje

esteja construída. Nesses casos o vendedor usa o dinheiro da venda da laje para construir ou para dar acabamento à sua futura moradia. Compradores e vendedores admitem tacitamente o “direito de laje”, mesmo em circunstâncias especiais, como é o caso do “contrato” de venda de laje não construída (como já descrito acima).¹⁰

O “direito de laje” concede nova versão na arquitetura da favela, configurando moradias verticais como pequenos edifícios, pois o morador que construiu sua casa sobre uma laje pode vender a laje de cobertura de sua casa a outro comprador, o que caracteriza mais uma modalidade de transação envolvendo o “direito de laje” do comprador, que assim tem acesso a sua moradia. Outra modalidade em que se faz presente o “direito de laje” ocorre quando o comprador de uma casa construída na superfície compromete-se a construir um prédio com alguns andares, geralmente de 3 ou 4, cujos espaços são dispostos em quitinetes¹¹ destinadas à locação de unidades superpostas para moradia de terceiros, exceto uma delas, que é destinada à moradia do vendedor da casa primitiva (Corrêa, 2011).

Por fim, ainda que contextualmente, ressalta-se o importantíssimo instituto da legitimação da posse, já presente na sistemática jurídica brasileira desde a edição da Lei 601, de 18 de setembro de 1850, conhecida como “Lei de terras”, que dispunha, ainda que inicialmente, sobre a questão fundiária no Brasil.

Atualmente a legitimação da posse encontra-se regulada na Lei nº11.977/2009, que dispõe sobre o programa “Minha Casa, Minha Vida” e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. A lei observa que a legitimação da posse consiste em ato do poder público destinado a conferir título de reconhecimento de posse de imóvel objeto de demarcação urbanística, com a identificação do ocupante e do tempo e natureza da posse.

O ato do poder público enseja procedimento administrativo e cartorial que se inicia com o procedimento de regularização fundiária que deve ter autorização do município competente (artigo 53). Havendo a autorização do ente municipal será procedido um auto de demarcação urbanística que deve ser instruído com plantas e certidões imobiliárias (§1º, artigo 56). Após a feitura do auto de demarcação, este deverá ser encaminhado ao Registro de Imóveis para que o oficial do cartório proceda à busca para identificar o proprietário da área a ser regularizada. Uma vez identificado, o proprietário será notificado (por correio ou pessoalmente), bem como os confrontantes da área demarcada, para, querendo, apresentarem impugnação à averbação de demarcação urbanística no prazo de 15 dias (§1º, artigo 57). Não sendo localizados os interessados, deverá proceder a notificação por meio de edital (§2º, artigo 57).

Dessa maneira, a legitimação de posse devidamente registrada constituirá direito em favor do detentor da posse direta para fins de moradia (artigo 59), desde que não sejam concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural e que não sejam beneficiários de legitimação concedida anteriormente. Os lotes, objeto de legitimação, não podem ultrapassar a metragem de 250m².

Cabe destacar, contudo, que todos os Institutos aqui apontados como potenciais condutores a regularização fundiária em conglomerados habitacionais precários, possuem alguns entraves procedimentais que permitam em tempo razoável a legalização efetiva das moradias para população de baixa renda, e, assim, revelam nuances de resistência do Estado, refletida nas normas jurídicas, em não reconhecer a prática do mercado imobiliário amplamente executada nas favelas. E mais, demonstram a insistência em não permitir que

10 Nesse sentido ver: CORRÊA, Cláudia Franco. **Controvérsias entre o “direito de moradia” em favelas e o direito de propriedade imobiliária na Cidade do Rio de Janeiro: o “direito de laje” em questão.** Tese (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Gama Filho, 2011.

11 Quitinete é um apartamento de pequena dimensão formado geralmente por apenas um quarto, um banheiro e uma sala/cozinha, sendo todos com um espaço extremamente pequeno.

determinadas pessoas possam estar dentro do mercado e, assim, não estariam aptas a participar da mobilidade social “oficial”.

Todavia, ainda que pese algumas críticas a tais institutos pela morosidade procedimental ou mesmo pelos óbices jurídicos de acesso ao direito de propriedade pela via dos mesmos, ainda assim, são exemplos claros de aplicação da função social da posse que tornaria exequível o acesso ao direito de moradia formal a população de baixa renda moradora em favelas.

Desta forma, o Estado ao implementar o acesso a uma moradia legal a moradores de favelas, permitiria também, por conseguinte, acessá-los a uma concepção jurídica da cidadania contemporânea que concebe necessariamente uma ideia universal de igualdade, onde, nas aspirações teóricas levantadas no presente trabalho, os direitos sociais contribuem essencialmente para a formação de uma dimensão de democracia econômica e social ampla, ensejando compreender que executam a dignidade social em todos os aspectos, e que na qualidade de direitos prestacionais necessitam da atuação do Estado para sua promoção e, portanto, ao assumir na aplicação do Direito a função social da posse, estaria, sobremaneira, não apenas ratificando a dignidade da pessoa humana como a própria cidadania.

4 Conclusão

O estudo da posse pode nos levar a deduzir vários significados seja na esfera jurídica, social ou até mesmo na esfera econômica. No contexto social, de modo especial, surgem valores que devem nortear a interpretação de todo enredo da Posse e por não dizer de todas as formas de apropriação de coisas, mesmo aquelas em que a lei desconsidera - ou melhor, que a lei sequer menciona, tornando-se verdadeiras categorias de direitos não postos pelo ordenamento legal. Estudar posse é estar em contato direto com o desafio de aproximação das realidades da vida, e ainda mais, compreende-las e a medida do possível, explicá-las.

Estudar o Instituto da posse é investir laboriosamente na perspectiva da sociedade, buscando o domínio intelectual de uma visão que permita lidar com as especificidades do Direito, em grande parte baseadas em verdades reveladas, assumidas *a priori* e em abstrações normativas, e não contextualizadas no campo concreto. Se debruçar sobre a Posse é ver a realidade nua e crua de nosso cenário urbano cotidiano.

Afirmar que a posse é um simples fato, sem querer imprimir um significado jurídico/social é incutir a própria desfiguração da nossa história, pois não podemos esquecer que a posse viabilizou a ocupação em nosso território.

É constatável, inclusive, que a posse instrumentaliza a circulação de riquezas, de forma bem similar à propriedade, como ocorre no mercado imobiliário das favelas, sem olvidar sua essência jurídica que situa a paz social.

O denominado “mundo jurídico” é habitado por pessoas, seres humanos, dotados de necessidades singulares, que não são meros expectadores e sim construtores de suas realidades. É um mundo real, vivo, dinâmico. As relações jurídicas devem ser descoisificadas, ou seja, devem ser humanizadas. O Direito deve ter sentido plural, restringi-lo ao singularismo é não respeitar as especificidades que lhe são peculiares. A produção do Direito não pode ser monopólio exclusivo do Estado, como se o Direito pudesse prever os fatos. Os fatos antecedem ao Direito.

Portanto, reler a posse pela ótica da função social, nos faz, por fim derradeiro, concluir que a moradia não é apenas um simples abrigo, mas em uma perspectiva humanista e constitucional, que todos os brasileiros teriam que deter o direito básico de morar, em moradias dignas e legais.

Não estamos a defender um direito sem técnica, muito menos desassocia-lo de suas matrizes ou desfigurar os arcabouços de suas estruturas, ao contrário, somos favoráveis a harmonização normativa derivativa de um consenso, em vez de meras articulações normativas autoritárias, que podem excluir mais que incluir.

Por fim, ratificamos que o direito deve valer como um fator de mudança social, na cadência dos princípios essenciais esculpidos na Constituição, contribuindo, desta forma, para um sentido de cidadania mais dinâmico, onde haja a preservação do conteúdo mínimo de direitos essenciais a manutenção da pessoa humana.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil – Reais**. Coimbra: Coimbra, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Petrony, 1968.

BESSONE, Darcy. Função social da propriedade. **Atualidades jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992.

BRASIL. [Código Civil]. Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Presidência da República, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm#:~:text=2%20o%20A%20personalidade%20civil,concep%C3%A7%C3%A3o%20os%20direitos%20do%20nascituro.&text=IV%20%2D%20os%20pr%C3%B3digos.&text=2015\)%20\(Vig%C3%Aancia\)-,Art.,os%20atos%20da%20vida%20civil](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm#:~:text=2%20o%20A%20personalidade%20civil,concep%C3%A7%C3%A3o%20os%20direitos%20do%20nascituro.&text=IV%20%2D%20os%20pr%C3%B3digos.&text=2015)%20(Vig%C3%Aancia)-,Art.,os%20atos%20da%20vida%20civil). Acesso em: 02 ago. 2023.

BRASIL. [Constituição (1946)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 18 de setembro de 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 02 ago. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 02 ago. 2023.

BRASIL. [Estatuto da Cidade]. **Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001**. Brasília: Presidência da República, 10 de julho de 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 02 ago. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao estatuto da Cidade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: O longo caminho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2002.

CORRÊA, Cláudia Franco. **Controvérsias entre o “direito de moradia” em favelas e o direito de propriedade imobiliária na Cidade do Rio de Janeiro: o “direito de laje” em questão.** Tese (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Gama Filho, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: direito das coisas**, v. 4. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUGUIT, Leon. **Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón.** Tradução de Carlos G. Posada. Madri: Libéria Espanhola y Extranjera, 1902.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva do usucapão imobiliário rural.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

FLEISCHARCKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva.** Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GEERTZ, Clifford. **O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa.** Tradução: Vera Mello Joscelyne. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 19 ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Rafael Soares. A construção jurídica das favelas do Rio de Janeiro: das origens ao Código de obras de 1937. **Revista de antropologia urbana**, ano 4, n 5, fevereiro de 2007. ISSN:1806-0528.

GONÇALVES, Rafael Soares. **Les Favelas de Rio de Janeiro.** Histoire et droit. XIX-XX siècles. Paris: Editora Harmattan, 2010.

IHERING, Rudolf Von. **Teoria simplificada da posse.** Tradução de Fernando Bragança. Belo Horizonte: Líder. 2002.

JOSSERAND, L. **Cours de droit civil positif français: Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil.** 3ème édition, Sirey, 1939.

LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de Direito Urbanísticos.** Ed.Renovar: Rio de Janeiro, 1997.

LIRA, Ricardo Pereira. Direito de superfície e espaço aéreo. **Revista Forense.** v. 365, 2002.

LIRA, Ricardo Pereira. A Aplicação do Direito e a Lei Injusta. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano 1, n 1, jan/jun, 2000. p. 13-28.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: lições introdutórias.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

MARSHALL, T.H. **Cidadania, classe social e status.** Rio de Janeiro: ZAHAR Editores, 1967.

MAZEAUD, Henri; Mazeaud, Léon; Mazeaud, Jean. **Leçons de droit civil.** Tomo I, v. I. Paris: Montchrestien, 1967.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. v. 3. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre o sistema, função e problema. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra, v. LXXIV, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v.5. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Ação de Imissão de Posse**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

SOARES, Danielle Machado. **Condomínio de fato**: incidência do princípio da economia privada nas relações jurídicas reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TOCQUEVILLE, Aléxis. **O antigo regime e a revolução**. Tradução de Yvone J. da Fonseca. Brasília: UNB, 1989.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direitos reais. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIVANCO, Antonio C. **Teoría de derecho agrário**. v. 2. La Plata: Libreria Jurídica. 1967.

“

**O *STANDARD* PROBATÓRIO
DO JUÍZO DE DELIBAÇÃO**

”

FABIANO PIMENTEL

O STANDARD PROBATÓRIO DO JUÍZO DE DELIBAÇÃO

FABIANO PIMENTEL¹

Sumário: 1 Introdução. 2 O despacho de delibação. 3 Conceito de Standard Probatório. 4 Os degraus da prova. 5 O Standard Probatório do juízo de delibação na jurisprudência atual. 6 O Standard Probatório para o recebimento da denúncia. 7 Conclusão.

1 Introdução

O juiz criminal, em seu papel jurisdicional, possui grande responsabilidade. Esta responsabilidade, entretanto, não deve ser cultivada aenas no momento final da ação penal, quando da análise da cognição exauriente. Por óbvio que a sentença é o momento mais aguardado do processo penal, pois na sentença é que será decidido o futuro do réu, ou seja, é naquele momento processual que o juiz vai dizer o direito no caso concreto, efetivando, assim, o seu poder jurisdicional ao condenar ou absolver o réu.

Entretanto, o cuidado judicial com o processo criminal deve começar bem mais cedo. O cuidado do juiz com o processo criminal deve existir desde sua formação inicial, até mesmo antes, ao decidir os pedidos cautelares investigativos, bem como, ao decidir sobre o recebimento ou rejeição da inicial acusatória.

Nestes 20 anos de advocacia criminal, já me deparei, diversas vezes, com despachos prontos, previamente elaborados por juízes criminais, ou até mesmo com carimbos que possuíam a seguinte redação: “Recebo a denúncia. Cite-se o réu”, oportunidade em que o magistrado apenas carimbava a denúncia, quando da época do processo físico, assinava o despacho e determinava a citação do réu para apresentar sua defesa, sem qualquer análise preliminar sobre a inicial acusatória.

O presente estudo tem por objeto examinar a importância desta decisão para o processo penal e suas consequências para o acusado, bem como, definir os standards probatórios desta fase processual, respeitando-se a principiologia constitucional e o sistema acusatório.

2 O despacho de delibação

A expressão delibação, para o léxico, relaciona-se com o ato de delibar, que significa degustar, saborear ou apreciar (Delibação, 2020). O juízo de delibação, então, possui o sentido de que um pedido formulado pela parte deve ser apreciado judicialmente. Em outras

¹ Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/IGC. Doutor e Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Professor Adjunto de Direito Processual Penal e Prática Penal da Universidade Federal da Bahia e da Universidade do Estado da Bahia. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Instituto dos Advogados da Bahia. Membro da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas. Membro Efetivo do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Conselheiro Seccional da OAB/BA (2013-2020). Membro da Comissão Especial de Direito Processual Penal do Conselho Federal da OAB. Advogado Criminalista.

palavras, o juízo de delibação denota a expressão “tocar de leve”, no sentido de que o juiz não deve “varar o mérito” da causa, mas analisar, ainda que “levemente”, os requisitos da inicial acusatória.

No processo penal, o juízo de delibação se refere ao ato judicial de análise do recebimento ou rejeição da inicial acusatória. Após o oferecimento da denúncia, por exemplo, deve o juiz criminal analisar seus requisitos formais e materiais e julgar se é caso de recebimento ou rejeição da inicial acusatória.

Nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal – CPP: “A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas” (Brasil, 1941). Como se vê, pela leitura do art. 41 do CPP, a denúncia é uma peça formal e suas formalidades devem ser respeitadas. Por isso, a denúncia deve conter a exposição do fato em todas as suas circunstâncias. A descrição do fato não pode ser genérica, sob pena de inépcia da inicial. A denúncia deve conter, ainda, na hipótese do concurso de agentes, a descrição da cota de participação de cada réu, ou seja, a denúncia deve individualizar a conduta, já que o juiz, na sentença, deve individualizar a pena.

Deve-se ressaltar, ainda, que além das formalidades descritas no art. 41 deve a denúncia respeitar as condições da ação penal. As condições da ação, para Carlos Menegat Filho (2004) seriam: a) possibilidade jurídica do pedido; b) interesse em agir; c) legitimação para a causa e d) justa causa. A possibilidade jurídica do pedido, relaciona-se à previsão legal da conduta criminosa. Logo para aplicar-se uma pena privativa de liberdade, a conduta do autor tem que estar tipificada como crime, e, previamente, impondo uma pena. O interesse de agir, para o autor, encontra-se no momento em que é ofertada a própria ação, pois não é possível impor uma sanção penal sem o devido processo penal e a legitimidade de parte refere-se ao fato de que a ação penal só pode ser exercida pelos seus titulares, seriam eles as pessoas legítimas a proporem a ação (legitimação ativa) contra outros (legitimação passiva) (Menegat Filho, 2004, p.56-58).

A justa causa, por sua vez, é o conteúdo material da denúncia. É o suporte probatório mínimo a ensejar o início do processo penal. Para Afrânio Silva Jardim (2002):

Torna-se necessário ao regular exercício da ação penal a demonstração, *prima facie*, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. (Jardim, 2002, p.154).

No mesmo sentido é o entendimento de Maria Thereza Rocha de Assis Moura (2001):

O significado da justa causa, relativamente à persecução penal, está intimamente ligado não só às diretrizes fundamentais traçadas pela ordenação jurídica, que tornam possível a imputação de conduta que se amolde a um tipo legal, como também àquilo que ela entende ser suficiente para a incoação de um processo criminal, em determinado período de tempo, segundo sua concepção de justiça formal e material. (Moura, 2001, p.127)

Adverta-se que o processo penal, por si só, independente de condenação, já é infamante, daí a importância cada vez maior de cuidado com a decisão que dá início ao processo

penal, como bem ressalva Bitar (2017): “fato é que o caráter infamante do processo penal, como uma modalidade de pena, não permite admitir denúncias temerárias, sem conexão com a fase pré-processual”.

Com isso, resta evidente que o juiz criminal deve analisar com cuidado a inicial acusatória, não apenas no seu aspecto formal, mas também em seu conteúdo material, sopesando a existência do *standard* probatório que sustenta a justa causa.

3 Conceito de *Standard* Probatório

Após a análise dos requisitos da denúncia, importante destacar o conceito de *standard* probatório. Para Marina Gascón Abellán (2005) os *standards* são diretrizes para a valoração racional da prova e para a justificação da verdade no processo, define-os como critérios que indicam quando se considera suficientemente provada uma hipótese fática, de modo a admiti-la como verdadeira. O *standard* é atingido no momento em que o grau de confirmação da hipótese atinge o padrão de correção pré-determinado.

Na visão de Danilo Knijnik (2001) os *standards* são “modelos de controle do juízo do fato (ou standards, critérios etc.) enunciações teóricas capazes de ensejar o controle da convicção judicial objeto de uma determinada decisão”.

Lara Teles (Fernandes, 2019), por sua vez, define *standard* da seguinte forma:

No processo penal, o *standard* funciona como se fosse uma linha de chegada em uma corrida, o lugar a que a hipótese acusatória precisa chegar para sagrar-se vencedora da disputa. Cada hipótese em contrário que a fragilize se considera como um passo atrás na corrida. Assim sendo, a linha de chegada está estática, parada, pelo menos em uma determinada situação, e impende aos corredores – hipóteses em disputa – atingirem tal linha de chegada. (Fernandes, 2019)

Marcelo Guerra (2015), por fim, conceitua *standard* probatório como a “medida mínima de força probatória normativamente imposta para que uma crença seja tida como justificada” (Guerra, 2015, p.91).

Assim, podemos conceituar os *standards* probatórios como níveis de prova, são degraus probatórios que devem ser galgados pelo juiz na sua fundamentação para alcançar determinado momento processual. Estes degraus são uma crescente, ou seja, são degraus ascendentes, que deve galgar o juiz criminal em caso de prosseguimento do feito até a sentença. Por ser uma crescente, os níveis de prova se iniciam nos mais baixos, até chegarmos aos mais altos, ou no mais alto nível que é o da sentença condenatória.

4 Os degraus da prova

Os *standards* probatórios podem ser estabelecidos a partir de duas perspectivas distintas, quais sejam, a baseada em instrumentos matemáticos e os lastreados em esquemas

2 Veja ainda que Janaína Matida (2019) o define como a “suficiência das hipóteses fáticas produzidas em juízo e a partir de que ponto, de que patamar, elas podem justificadamente ocupar a função de premissa menor de uma decisão condenatória”. (Matida, 2019, p.95). Por fim, vale a doutrina de Lopes Jr. e Henz (2019): “O significado de *standard* probatório nada mais é que a verificação de um conjunto probatório suficientemente apto a, além de afastar dúvidas quanto à autoria do delito, confirmar a hipótese acusatória e, ainda, fundamentar uma sentença condenatória” (Lopes Jr.; Henz, 2019, p.71).

de confirmação, segundo Marina Gascón Abellán (2005). A primeira fundamenta-se, mormente, no teorema de Bayes, segundo o qual é possível estabelecer uma frequência estatística para a ocorrência de um determinado fato.

Taruffo (2012), por sua vez, defende que, segundo a concepção racionalista de prova, o *standard* não pode ser estabelecido em números, não é quantificável. Ao contrário, deve seguir a linha da probabilidade lógica ou baconiana, em que o grau de confirmação advém de relações inferenciais, aferidas a partir da quantidade, qualidade, grau de credibilidade e coerência das provas disponíveis (Taruffo, 2012, p.251).

Gustavo Badaró (2015) descreve três níveis de prova:

- a) Simples preponderância de provas (*preponderance evidence*) – Trata-se de nível probatório baixo, uma mera probabilidade de ocorrência, sem qualquer grau de certeza;
- b) Prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*) – Trata-se de um nível mais elevado de prova, com probabilidade alta de ocorrência, mas ainda sem superar a possibilidade da dúvida;
- c) Prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*) – Trata-se de um degrau elevadíssimo, na expressão do autor, que muito se aproxima ao juízo de certeza. (Badaró, 2015, p.432).

Na esfera penal, em geral, utiliza-se o *standard* da “prova além da dúvida razoável”, para as condenações. No entanto, a questão a ser debatida é de qual seria o *standard* probatório a ser utilizado na decisão que recebe a denúncia e sua adequação ao sistema acusatório. Vejamos nas linhas que se seguem.

5 O Standard Probatório do juízo de delibação na jurisprudência atual

Antes de ingressarmos no tema em apreço, importante se torna avaliar o atual cenário jurisprudência sobre o *standard* probatório que é utilizado no recebimento da denúncia.

Vejamos alguns julgados sobre o tema³:

3. Veja ainda: INQUÉRITO. CORRUPÇÃO PASSIVA MAJORADA E LAVAGEM DE CAPITAIS (ART. 317, § 1º, C/C ART. 327, § 2º, DO CÓDIGO PENAL E ART. 1º, CAPUT E § 4º, DA LEI 9.613/1998). INÉPCIA DA DENÚNCIA. REJEIÇÃO. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PRESENTE. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. DENÚNCIA RECEBIDA EM PARTE. 1. Não contém mácula a impedir a deflagração de ação penal denúncia que descreve, de forma lógica e coerente, a imputação no contexto em que se insere, permitindo ao acusado compreendê-la e exercer seu direito de defesa (Ap 560, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 11.06.2015; Inq 3.204, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 03.08.2015). 2. O juízo de recebimento da denúncia é de mera delibação, nunca de cognição exauriente. Assim, há que se diferenciar os requisitos para o recebimento da exordial acusatória, delineados no art. 41 do Código de Processo Penal, com o juízo de procedência da imputação criminal. 3. Conforme já anunciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada não é prova por si só eficaz, tanto que descabe condenação lastreada exclusivamente neles, nos termos do art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013. São suficientes, todavia, como indício de autoria para fins de recebimento da denúncia (Inq 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.05.2016). No caso, vislumbra-se substrato probatório mínimo de materialidade e autoria. 4. É inviável a incidência da causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal, pelo mero exercício do mandato parlamentar (Inq 3.983 Rel. Min. TEORI ZAVASKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.05.2016; e Inq 3.997 Rel. Min. TEORI ZAVASKI, Tribunal Pleno, DJe de 26.09.2016), porquanto a jurisprudência desta Corte determina a existência de uma imposição hierárquica (Inq 2.191, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, DJe de 08.05.2009), sequer descrita nos presentes autos. 5. Denúncia recebida, em parte, com relação ao art. 317, § 1º, do Código Penal e art. 1º, V e § 4º, da Lei 9.613/1998, na redação anterior à Lei 12.683/2012. (Inq 3982, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 07/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 02-06-2017 PUBLIC 05-06-2017).

INQUÉRITO. IMPUTAÇÃO DOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 40 E 48 DA LEI 9.605/1998. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PRESENTE. JUÍZO DE DELIBACÃO. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. Denúncia que contém a adequada indicação da conduta delituosa imputada, a partir de elementos aptos a tornar plausível a acusação, o que permite o pleno exercício do direito de defesa. 2. Presença de substrato probatório mínimo em relação à materialidade e autoria. 3. Denúncia recebida. (Inq 3696, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 19/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 15-10-2014 PUBLIC 16-10-2014).

Agravo regimental em habeas corpus. Processual Penal. Crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (conduzir veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência). Falta de justa causa para a ação penal. Não ocorrência. Recebimento da denúncia. Juízo de delibação. Atipicidade da conduta. Exame de fatos e provas. Inviabilidade. Regimental não provido. 1. Não se pode confundir os requisitos para o recebimento da denúncia, delineados no art. 41 do Código de Processo Penal, com o juízo de procedência da imputação criminal (Inq nº 4.022/AP, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 22/9/15). 2. O Supremo Tribunal Federal já afirmou que “a fase processual do recebimento da denúncia é juízo de delibação, jamais de cognição exauriente”. 3. Na esteira do entendimento da Corte, “a via do habeas corpus (...) [não] permite a verificação da veracidade dos fatos descritos na denúncia[,] por demandar análise do conjunto fático-probatório, em evidente substituição ao processo de conhecimento” (RHC nº 102.816/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 27/4/10). 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (HC 189762 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 29/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 29-04-2021 PUBLIC 30-04-2021).

INQUÉRITO. IMPUTAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 1º, II, DO DECRETO-LEI 201/1967. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PRESENTE. JUÍZO DE DELIBACÃO. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. Denúncia que contém a adequada indicação da conduta delituosa imputada, a partir de elementos aptos a tornar plausível a acusação, o que permite o pleno exercício do direito de defesa. 2. Presença de substrato probatório mínimo em relação à materialidade e autoria. 3. Recebimento. (Inq 2988, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 25/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-190 DIVULG 29-09-2014 PUBLIC 30-09-2014)⁴.

4 Veja: “INQUÉRITO. IMPUTAÇÃO DO CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL. ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PRESENTE. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. Não se confundem os requisitos para o recebimento da

PENALEPROCESSUALPENAL.OFERECIMENTODEDENÚNCIA. IMPUTAÇÃO DO CRIME DE CONCUSSÃO. APTIDÃO DA DENÚNCIA. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PRESENTE. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. A fase processual do recebimento da denúncia é juízo de delibação, jamais de cognição exauriente. Não se pode, portanto, confundir os requisitos para essa fase, delineados no art. 41 do Código de Processo Penal, com o juízo de procedência ou não da imputação criminal. 2. No caso, a denúncia contém a adequada indicação das condutas delituosas imputadas, a partir de elementos aptos a tornar plausível a acusação, permitindo o pleno exercício do direito de defesa. 3. Está presente, ademais, substrato probatório mínimo em relação à materialidade e à autoria. 4. Denúncia recebida. (Inq 3966, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 08/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-203 DIVULG 08-10-2015 PUBLIC 09-10-2015).

Destes julgados descritos acima, pode-se extrair a seguinte *ratio decidendi*: “A fase processual do recebimento da denúncia é juízo de delibação, jamais de cognição exauriente. Logo, se a denúncia contém a adequada indicação das condutas delituosas imputadas, a partir de elementos aptos a tornar plausível a acusação, permitindo o pleno exercício do direito de defesa, ela deve ser recebida”.

6 O *Standard* Probatório para o recebimento da denúncia

Diante do que foi descrito, pela doutrina de Gustavo Badaró (2015), temos três níveis de prova: a) simples preponderância da prova (*preponderance of the evidence*); b) prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*); c) prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*).

Por óbvio que a depender do momento processual, este nível qualitativo de exigência da prova pode variar. É o que se extrai da doutrina de Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa (2023):

É perfeitamente sustentável um rebaixamento do *standard* probatório conforme a fase procedimental. Assim, é razoável e lógico que a exigência probatória seja menor para receber uma acusação ou decretar uma medida cautelar do que o exigido para proferir uma sentença condenatória. É por isso que o CPP fala em indícios razoáveis, indícios suficientes etc. para decisões interlocutórias com menor exigência probatória (rebaixamento de *standard*). (Lopes Jr.; Rosa, 2019).

denúncia, juízo de delibação, com aqueles necessários à procedência da pretensão condenatória. 2. Ante a independência e a supremacia da instância penal, qualquer julgamento em outra esfera – administrativa, civil ou eleitoral – não tem o condão de sobrepujá-la ou de algum modo comprometê-la. Assim, não prejudica o recebimento da denúncia a circunstância de ter sido julgada improcedente, na Justiça Eleitoral, ação de impugnação de mandato eletivo movida contra o denunciado. 3. Denúncia recebida”. (Inq 2903, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 27-06-2014 PUBLIC 01-07-2014).

Inicialmente, é importante consignar que não há entendimento pacífico sobre qual *standard* probatório deve ser aplicado quando do recebimento da denúncia. Entretanto, quando se analisa a *ratio decidendi*⁵ dos julgados descritos acima e sua aplicação aos casos concretos, percebe-se a utilização de *standards* probatórios rasos, como o da simples preponderância da prova (*preponderance of the evidence*).

Ora, quando o julgador, através do precedente, afirma que a fase processual do recebimento da denúncia é juízo de delibação, jamais de cognição exauriente, bastando a existência de elementos aptos a tornar “plausível a acusação”, ele fundamenta sua decisão na mera plausibilidade do direito, ou seja, afirma que basta que a acusação seja “considerável ou razoável” para que seja recebida.

É o que se extrai, também, da doutrina de Orlando de Almeida Perri (2020):

Já dissemos que o juízo de averiguação, no recebimento da denúncia, é, quanto à autoria do crime, o de possibilidade ou probabilidade mínima de o denunciado ser o autor ou partícipe dele, circunstância que vai muito além da mera suspeita. Os indícios devem ser fundados em provas existentes no inquérito policial ou em outras peças nas quais anima a denúncia, e não apenas presumidos. Devem eles guardar seriedade tal que tornem, primo *ictu oculi*, verossímil ou provável a acusação. De qualquer sorte, o exame que o juiz faz no recebimento da denúncia é o de viabilidade da ação penal, e não de veracidade da imputação, até porque deve ele partir sempre de um estado de incerteza quanto à hipótese acusatória, a ser cimentada na instrução criminal, com preservação apenas das provas irrepetíveis, das cautelares e das antecipadas. A incerteza, a que me refiro, é a fática, principalmente [...] O juízo a se fazer acerca dos elementos indiciários, há ser consubstanciado no *standard* prevalente, ou seja, na assertiva de ‘é mais provável que não’, de modo que somente está-se autorizado a consagrar a hipótese alegada como vencedora, mais provável, se receber maior confirmação das provas, se comparada a hipótese contrária. (Perri, 2020).

Ocorre que tal entendimento não se adequa ao sistema acusatório vigente, *maxime*, no que tange ao princípio da presunção de inocência. Ora, se a Constituição Federal denota que o réu é originariamente inocente e, se o processo penal, em si mesmo, já é estigmatizante, para que se inicie uma ação contra alguém deve-se exigir mais do que uma mera plausibilidade, quanto ao suporte probatório mínimo, que neste caso, se revela na prova da materialidade e nos indícios de autoria.

Quanto à materialidade, exige-se a prova, logo, não se pode aceitar que materialidade seja alicerçada numa evidência apenas de “simples preponderância da prova”, ou que a materialidade seja apenas plausível ou aceitável. A prova da existência do crime deve estar demonstrada nos elementos colhidos durante a investigação criminal e só assim é possível aceitar o recebimento da inicial acusatória.

Quanto à autoria, a doutrina entende serem necessários apenas indícios. Para Maria Thereza Rocha de Assis Moura: “indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado indutivo-dedutivo” (Moura, 2009).

5 “A fase processual do recebimento da denúncia é juízo de delibação, jamais de cognição exauriente. Logo, se a denúncia contém a adequada indicação das condutas delituosas imputadas, a partir de elementos aptos a tornar plausível a acusação, permitindo o pleno exercício do direito de defesa, ela deve ser recebida” (Brasil, STF, 2016).

Como se vê, o indício também deve ser provado. Claro que o vestígio indiciário deve conduzir a um fato desconhecido, ele vai apontar para o desconhecido através de métodos indutivos ou dedutivos, mas, observe que neste caso, de igual forma, não se pode falar em plausibilidade do indício, mas sim em indício provado que vai conduzir a uma possível autoria.

Em sentido contrário, vejamos o entendimento Nathália Cassola Zugaibe (2019):

Compreende-se, portanto, a necessidade de efetiva verificação da existência de justa causa no ato de indiciar, o que deve ocorrer a partir da análise da existência dos seguintes quesitos: a) prova robusta da materialidade delitiva, isto é, o indiciamento não pode ser efetuado caso haja apenas uma probabilidade lógica demonstrando que os fatos narrados possam ser crime. Desse modo, para indiciar, não basta haver indícios (no sentido de provas leves) da materialidade delitiva, mas sim prova robusta (direta ou indireta) que leve a essa conclusão; b) quanto à autoria delitiva que possibilite o indiciamento, esta certamente será efetuada mediante a análise de indícios no sentido de provas leves, tendo em vista a probabilidade simples de que o investigado seja o autor do delito narrado e não o contrário – preponderance evidence. Não se pode exigir prova clara e convincente de que ele seja o autor, tampouco preponderância de que seja o culpado pelos fatos delituosos narrados, mas deve haver mais probabilidade lógica de que seja o autor do que o contrário. (Zugaibe, 2019).

A divergência decorre exatamente no ponto dos indícios de autoria já que não se pode aceitar que “a probabilidade simples de que o investigado seja o autor do delito narrado” seja suficiente para dar início ao estigmatizante processo penal. Devemos exigir mais.

Vejamos o entendimento de Leonardo Freitas ([20--]):

O estigma que se forma ao simplesmente configurar como investigado ou indiciado, na fase da investigação preliminar cria no indivíduo, o que a Criminologia Crítica chama de *labeling approach*, ou Teoria do Etiquetamento. Essa teoria sofreu uma forte influência do interacionismo simbólico, corrente sociológica que sustenta que a realidade humana não é tanto feita de fatos, mas da interpretação que as pessoas coletivamente atribuem a esses fatos contribuições fundamentais sobre os efeitos das prisões e natureza dos estigmas, bem como para teoria do comportamento desviante aperfeiçoado pela crítica nas contribuições do interacionismo. [...] O processo criminal já é uma pena em si. É o início do cumprimento da pena. A agonia que toma conta do indivíduo não mais permite que o mesmo tenha a vida que levava anteriormente. (Freitas, [20--]).

Tal fato se torna ainda mais grave quando o réu tem contra si decretada prisão cautelar. Neste caso ele sofre imediatamente as agruras do sistema penal, sem nem mesmo ter contra si a culpa formada. Para o encarcerado, a estigmatização é ainda pior. Ele não perde só a liberdade, ele perde a família, seus amigos e sua esperança. O preso jamais será liberto, ainda que fora do cárcere.

Sobre o standard probatório do momento do recebimento da denúncia, assim afirmou Jennifer de Cássia de Souza Lourenço (2020):

Parece ser inconcebível defender que o standard de prova da decisão de recebimento da denúncia seja calcado num juízo de possibilidade, porque estar-se-ia a considerar que as chances de a hipótese acusatória tanto poder ser verdadeira ou falsa, na mesma medida, sem qualquer preponderância. A gravidade do processo criminal e o princípio da Presunção da Inocência, expressamente consagrada em nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, exigem que haja um esforço probatório da acusação, e não da defesa. Conceber que a proposição acusatória tanto seja verdadeira como falsa, na mesma medida, e, mesmo assim, proceder ao recebimento da denúncia, quando o adequado seria rejeitá-la, por ausência de justa causa, é reduzir o ônus probatório da acusação, quiçá igualar a posição do órgão acusatório no mesmo patamar que ocupa a defesa. O que é inconcebível. (Lourenço, 2020).

E continua a autora:

Assim, entende-se que é necessário refutar as posições de que o standard da decisão de recebimento da denúncia possa ser pautado na verossimilhança, ou na possibilidade, porque isso representaria diminuir o ônus probatório da acusação, que somente a ela pertence, e nunca a defesa. Evidentemente, pode ser que em alguns casos, o requisito da probabilidade mínima de demonstrabilidade das hipóteses não seja alcançado, resistindo um grau de dúvida, pela insuficiência do conjunto probatório (provas, indícios e elementos de informação) na demonstração dos fatos. Nesses casos, a decisão só poderá ser adotada mediante a aplicação da regra do ônus da prova objetiva, representado pela aplicação do *in dubio pro reo*, como emanção do princípio da Presunção da Inocência, de modo que há que se proceder à rejeição da inicial acusatória. Espera-se, portanto, que assim como tem-se, paulatinamente, reconhecido a necessidade de standard de prova para orientar não só o raciocínio do julgador no momento da prolação de uma sentença, impondo-lhe restrições à declaração de culpa do réu, como também o método lógico apto a indicar a estrutura a ser seguida na justificação das decisões sobre os fatos, a decisão de recebimento da denúncia, como suficiente para a imposição das “penas processuais” a pessoa do acusado, igualmente, precisa ser orientada pela análise do atingimento (ou não) do grau de suficiência probatória exigido para esse momento processual que se considera como da probabilidade prevalente - como meio para a efetivação do Princípio da Presunção de Inocência, basilar do sistema processual penal pátrio. (Lourenço, 2020).

Entretanto, devemos subir o sarrafo.

Inicialmente, deve-se atentar para a necessidade de fundamentação adequada para a decisão que recebe a denúncia. Não se pode admitir decisão desfundamentada, sob pena de nulidade. Por isso, é dever do juiz criminal, fundamentar o seu juízo de delibação.

Ademais, a justa causa penal, exige a prova da materialidade e a prova dos indícios de autoria. Por óbvio que os indícios de autoria, irão indicar outra circunstância desconhecida, por indução ou dedução, mas para que sirva como indício, no sistema acusatório, este também deve estar originariamente provado, o que não se adequa ao mero juízo de plausividade exigido pela “simples preponderância da prova” (*preponderance of the evi-*

dence). Neste caso, a justa causa penal não se adequa à ideia de que as evidências possam ser apenas “prováveis de serem verdadeiras”. Isso não pode justificar as consequências estigmatizantes do processo penal.

Por isso, propomos que o standard probatório do juízo de delibação seja o da prova clara e convincente, ou seja, o nível probatório intermediário, com “probabilidade alta de ocorrência, mas ainda sem superar a possibilidade da dúvida” (Badaró, 2015, p.432). Desta forma, para o recebimento da denúncia exige-se uma prova transparente, nítida, sem obscuridades e com capacidade de convencer o juiz de uma possível e futura condenação. A justa causa deve ser límpida e com capacidade de convencer o juiz, de plano, sobre a materialidade e os indícios de autoria. Só assim será possível dar início à ação penal contra uma pessoa que é considerada originariamente inocente.

7 Conclusão

Diante do estudo realizado, apontamos as seguintes conclusões:

i. O juiz criminal, em seu papel jurisdicional, possui grande responsabilidade. Esta responsabilidade, entretanto, não deve ser cultivada apenas no momento final da ação penal, quando da análise da cognição exauriente.

ii. O cuidado do juiz com o processo criminal deve existir desde sua formação inicial, até mesmo antes, ao decidir os pedidos cautelares investigativos, bem como, ao decidir sobre o recebimento ou rejeição da inicial acusatória.

iii. O juiz criminal deve analisar com cuidado a inicial acusatória, não apenas no seu aspecto formal, mas também em seu conteúdo material, sopesando a existência do standard probatório que sustenta a justa causa.

iv. Os *standards* probatórios são níveis de prova, são degraus probatórios que devem ser galgados pelo juiz na sua fundamentação para alcançar determinado momento processual. Estes degraus são uma crescente, ou seja, são degraus ascendentes, que deve galgar o juiz criminal em caso de prosseguimento do feito até a sentença. Por ser uma crescente, os níveis de prova se iniciam nos mais baixos, até chegarmos aos mais altos, ou no mais alto nível que é o da sentença condenatória.

v. Da jurisprudência analisada, pode-se extrair a seguinte *ratio decidendi*: “A fase processual do recebimento da denúncia é juízo de delibação, jamais de cognição exauriente. Logo, se a denúncia contém a adequada indicação das condutas delituosas imputadas, a partir de elementos aptos a tornar plausível a acusação, permitindo o pleno exercício do direito de defesa, ela deve ser recebida”.

vi. Quando o julgador, através do precedente, afirma que a fase processual do recebimento da denúncia é juízo de delibação, jamais de cognição exauriente, bastando a existência de elementos aptos a tornar “plausível a acusação”, ele fundamenta sua decisão na mera plausibilidade do direito, ou seja, afirma que basta que a acusação seja “considerável ou razoável” para que seja recebida.

vii. Ocorre que tal entendimento não se adequa ao sistema acusatório vigente, *maxime*, no que tange ao princípio da presunção de inocência. Ora, se a Constituição Federal denota que o réu é originariamente inocente e, se o processo penal, em si mesmo, já é estigmatizante, para que se inicie uma ação contra alguém deve-se exigir mais do que uma mera plausibilidade, quanto ao suporte probatório mínimo, que neste caso, se revela na prova da materialidade e nos indícios de autoria.

viii. Quanto à materialidade, exige-se a prova, logo, não se pode aceitar que materialidade seja alicerçada numa evidência apenas de “simples preponderância da prova”, ou que

a materialidade seja apenas plausível ou aceitável. A prova da existência do crime deve estar demonstrada nos elementos colhidos durante a investigação criminal e só assim é possível aceitar o recebimento da inicial acusatória.

ix. O indício também deve ser provado. Claro que o vestígio indiciário deve conduzir a um fato desconhecido, ele vai apontar para o desconhecido através de métodos indutivos ou dedutivos, mas, observe que neste caso, de igual forma, não se pode falar em plausibilidade do indício, mas sim em indício provado que vai conduzir a uma possível autoria.

x. Propomos que o standard probatório do juízo de delibação seja o da prova clara e convincente. Desta forma, para o recebimento da denúncia exige-se uma prova transparente, nítida, sem obscuridades e com capacidade de convencer o juiz de uma possível e futura condenação. A justa causa deve ser límpida e com capacidade de convencer o juiz, de plano, sobre a materialidade e os indícios de autoria. Só assim será possível dar início à ação penal contra uma pessoa que é considerada originariamente inocente.

Referências

ABELLÁN, Marina Gascón. Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. **DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n.28, 2005, p.127-139. Disponível em: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/200535.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2015.

BITTAR, Walter Barbosa. O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 3, n. 1, p. 225-251, 2017. DOI: 10.22197/rbdpp.v3i1.41. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/41>. Acesso em: 14 abr. 2023.

BRASIL. [Código de Processo Penal]. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 14 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Inquérito 3.984 Distrito Federal**. Relator: Min. Teori Zavascki, 6 de dezembro de 2016. Distrito Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12226443>. Acesso em: 14 ago. 2023.

DELIBAÇÃO. [verbete]. In: **DICIO Dicionário Online de Português**. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/risco/>. Acesso em: 07 abr. 2023.

FERNANDES, Lara Teles. **Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal**. Dissertação (Mestrado em Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/40792/1/2019_dis_ltfernandes.pdf. Acesso em: 8 abr. 2023.

FREITAS, Leonardo. O Processo Penal como pena: os estigmas sociais e a demora no processo. **JusBrasil**. [20--]. Disponível em: <https://jalourencojr.jusbrasil.com.br/artigos/198558544/o-processo-penal-como-pena>. Acesso em: 14 abr. 2023.

GUERRA, Marcelo Lima. **Prova Judicial**: uma introdução. Fortaleza: Boulesis Editora, 2015.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 154.

KNIJNIK, Danilo. Os “Standards” do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu possível controle. **Revista forense**, v. 97, n. 353, p. 15-52, Bello Horizonte, Imprensa Oficial do Estado de Minas Geraes; Rio de Janeiro, Empreza Revista Forense, Ed. Forense, jan./fev., 2001. Disponível em: www.abdpc.org.br. Acesso em: 09 abr. 2023.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Sobre o uso do standard probatório no processo penal. **Revista Consultor Jurídico**, 26 jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal> Acesso em: 8 abr. 2023.

LOPES JR., Aury; HENZ, Katherine. A (im)possibilidade de rebaixamento de standard probatório nos crimes de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo. **Revista Liber**, v. 1, n. 3. Porto Alegre: IAPJ, 2021. Disponível em: <https://www.iapj.com.br/arquivos/260/05-a-im-possibilidade-de-rebaixamento-de-standard-probatorio-nos-crimes-de-roubo-majorado-pelo-emprego-de-arma-de-fogo.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2023.

LOURENÇO, Jennifer de Cássia de Souza. **O standard probatório para a decisão de recebimento da denúncia**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/12857/1/jenniferdecassiadesouzalourenco.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2023.

MATIDA, Janaína. Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. In: CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima; RIOS, Lucas P. Carapiá (Orgs.). **ARQUIVOS DA RESISTÊNCIA: ENSAIOS E ANAIS DO SEMINÁRIO NACIONAL DO IBADPP**, 7., 2018. **Anais** [...]. Florianópolis: Tirant lo Blanch; Instituto Baiano de Direito Processual Penal, 2019.

MENEGAT FILHO, Carlos. Condições da ação no processo penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v.24, n. 24, 2004. p. 56/58.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência. **Revista dos Tribunais**, v. 5, São Paulo: Imprensa, 2001.

PERRI, Orlando de Almeida. O standard de provas na decisão de pronúncia e as informações do inquérito policial. Basta de juiz-pilatos! **Migalhas**, [s. l.], p. 1-111, 8 jul. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/7/92D581C67B81AD_ArtigoMIGALHAS.pdf. Acesso em: 14 ago. 2023.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

ZUGAIBE, Nathália Cassola. **Valoração dos Indícios nas Decisões Penais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2019. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16072020-182037/publico/7216128_Dissertacao_Original.pdf. Acesso em: 14 ago. 2023.

“

**A REURB, A LEGITIMAÇÃO
FUNDIÁRIA E OS ASSENTAMENTOS
URBANOS INFORMAIS: VELHOS
DESAFIOS E NOVAS PERSPECTIVAS**

”

LUCAS REGO SILVA RODRIGUES
ROSIMARE SILVA DE JESUS

A REURB, A LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA E OS ASSENTAMENTOS URBANOS INFORMAIS: VELHOS DESAFIOS E NOVAS PERSPECTIVAS

REURB, LAND LEGITIMATION AND INFORMAL URBAN SETTLEMENTS: OLD CHALLENGES AND NEW PERSPECTIVES

**LUCAS REGO SILVA RODRIGUES¹
ROSIMARE SILVA DE JESUS²**

Sumário: 1 Introdução. 2 Acesso à propriedade imobiliária no Brasil, o processo de urbanização e a informalidade urbana. 2.1 A função social da posse, o direito à cidade e a regularização fundiária. 3 Da regularização fundiária e o rito REURB: aspectos conceituais, características e fundamentos normativos. 3.1 A REURB e o protagonismo do Poder Público Municipal. 3.2 REURB, legitimação fundiária novas perspectivas para a regularização fundiária nos assentamentos urbanos informais. 4 Considerações Finais.

RESUMO

O advento da lei 13.465/2017 constituiu um programa normativo que contempla instrumentos jurídicos e procedimentos legais para a efetivação da Regularização Fundiária Urbana denominada de REURB. Esta novidade legislativa vem sendo objeto de abordagens que apontam aspectos positivos de seu arcabouço normativo na formalização jurídica da ocupação do solo nos assentamentos urbanos das populações de baixa renda. Neste sentido, buscou-se compreender de que forma e em que medida a REURB representa de fato um avanço no plano da regularização fundiária urbana no âmbito das ocupações irregulares da terra urbana. Para tanto, com base em metodologia centrada em pesquisa bibliográfica, após analisar a relevância do processo de urbanização na configuração da informalidade urbana que caracteriza o acesso da propriedade imobiliária pela população carente economicamente, analisou-se a importância da função social da posse e da regularização fundiária na promoção do direito regular à moradia, para ao final analisar como a REURB, com destaque para o instrumento da legitimação fundiária, podem contribuir nesta empreitada. Identificou-se no instituto da legitimação fundiária aspectos que possibilitam uma regularização fundiária mais célere e prática por parte dos entes públicos, além de benefícios para a população afetada pela sua aplicação, como a aquisição originária da propriedade urbana.

Palavras-chave: Regularização Fundiária Urbana; Posse; Direito à moradia

1 Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2010). Pós-graduado em Direito Urbanístico e Ambiental pela PUC-MINAS. Professor e coordenador do grupo de Pesquisa Discurso do ódio, *fake news* e a crise do constitucionalismo democrático na contemporaneidade na Unijorge.

2 Bacharelado em direito pela Universidade do Estado da Bahia. Assessora no Núcleo de Regularização Fundiária da Corregedoria Geral da Justiça do Poder Judiciário do Estado da Bahia. Pós-graduanda em Direito Notarial Registral e Direito Imobiliário.

ABSTRACT

The enactment of Law 13.465/2017 constituted a normative program that includes legal instruments and legal procedures for the implementation of urban land regularization called REUB. This legislative novelty has been the object of approaches that point to positive aspects of its normative framework in the legal formalization of land occupation in urban settlements of low-income populations. In this sense, we sought to understand how and to what extent the REURB actually represents an advance in terms of urban land regularization in the context of irregular occupations of urban land. To this end, based on a methodology centered on bibliographical research, after analyzing the relevance of the urbanization process in the configuration of urban informality that characterizes access to real estate by the economically poor population, the importance of the social function of possession and regularization was analyzed. In the promotion of the regular right to housing, in order to finally analyze how the REURB, with emphasis on the instrument of land legitimation, can contribute to this endeavor. Aspects that enable faster and more practical land tenure regularization by public entities were identified in the land legitimation institute, in addition to benefits for the population affected by its application, such as the original acquisition of urban property.

Keywords: Urban Land Regularization; Possession; Right to housing.

1 Introdução

O acesso à propriedade urbana no Brasil como condição para o exercício do direito à habitação é marcado por uma profunda desigualdade social que se reflete no modo como a população mais vulnerável economicamente costuma ocupar o solo urbano, o que se verifica nos inúmeros assentamentos urbanos que caracterizam as favelas³ das periferias do Brasil.

Este cenário evidencia a histórica, e ainda latente, assimetria sócio urbanística que caracteriza as grandes cidades brasileiras, cuja paisagem demonstra a existência de grandes adensamentos populacionais marcados por um forte déficit de acesso de seus moradores às prestações do Estado que devem promover condições para acesso igualitário ao padrão cidadania que a constituição contempla.

Nestas localidades, verifica-se que a informalidade jurídica do acesso à terra urbana pela população mais pobre se constitui no modo como ela própria ergue e afirma de forma insurgente sua própria cidadania (Holston, 2013). A posse precária, desprovida de segurança jurídica, revela a forma desigual do exercício do direito à moradia no Brasil. Esta realidade encontra no processo de urbanização brasileiro uma chave importante para compreensão dos desafios políticos que conformam a questão urbana⁴ (Duarte, 2015) tão marcante nestes aglomerados urbanos.

3 Na sua essência, favelas são assentamentos humanos precários que resultam originalmente da invasão de áreas urbanas privadas e públicas. Em termos jurídicos, o que distingue as favelas das outras formas de ocupação precária da terra urbana comuns no Brasil, como por exemplo os chamados loteamentos “clandestinos” ou “irregulares”, é basicamente o fato de que os favelados – pelo menos no momento da ocupação original da terra – não têm qualquer título de posse ou propriedade. (Saule Jr., 2004, p. 199, 127-128)

4 Duarte (2015) explica que a questão urbana compreende: “um grave quadro de insustentabilidade urbana. Colapso de água em um expressivo número de cidades (com enfoque para São Paulo e várias cidades do Nordeste), risco de apagão elétrico, aumento de calor, explosão da violência urbana, enchentes e deslizamentos de terras, falta de mobilidade, ausência de moradia digna e adequada para grande parte da população, insuficiência

Nesta perspectiva, seja em razão de uso instrumental da lei como fonte de privilégios para uns e de violência para outros, seja porque o modelo urbanização centrado no Estado privilegiou intervenções urbanísticas nas áreas nobres das cidades em detrimento daquelas mais carentes, fato é que observa-se no país que a contínua formação de assentamentos urbanos irregulares ou informais, núcleos urbanos informais, comunidades, segue a ser o modo como o direito de moradia se vê acessível à população mais carente economicamente.

Neste horizonte, inúmeros instrumentos de política urbana foram construídos e aperfeiçoados nos últimos anos com objetivo de garantir a regularização fundiária da propriedade imobiliária e a melhoria dos padrões de habitação, com especial atenção para o público de baixa renda. Muitos destes instrumentos de regularização fundiária encontram no instituto da função social da posse a condição e possibilidade para sua implementação e eficácia, haja vista que é a posse – em grande medida ilegalmente adquirida pelo público mais pobre à revelia dos padrões legais – o elemento fático fundamental sobre o qual repousam as condições de aplicação destes instrumentos, sejam eles de natureza extrajudicial ou judicial, em suas diversas modalidades.

Ocorre, entretanto, que, com a incorporação no ordenamento pátrio de vários destes mecanismos legais voltados à regularização do direito de moradia, problemas relacionados à sua efetivação e alcance de seus propósitos se revelaram ao longo do tempo. Muitos destes instrumentos para serem aplicados dependem de processos políticos complexos de produção de leis municipais para serem efetivados.

À luz desta realidade e suas especificidades, no ano de 2017 foi criada a Lei 13.465/2017 que instituiu a Regularização Fundiária Urbana – REURB e seus instrumentos próprios de regularização fundiária, o que desde então se tornou uma novidade legislativa que despertou grande atenção de estudiosos e entes públicos que lidam com a regularização fundiária no país. Neste contexto, atribui-se à REURB aspectos positivos que oferecem aos entes públicos melhores condições de servir à sociedade no necessário enfrentamento dos problemas relacionados à ocupação irregular do solo urbano.

Assim, o presente trabalho pretendeu-se analisar o rito legal da REURB a fim de mapear seus elementos normativos fundamentais, bem como identificar e analisar os seus aspectos positivos no plano do enfrentamento da questão da moradia informal no Brasil, especialmente nos assentamentos urbanos caracterizam a configuração urbana das cidades brasileiras.

Para tanto, valeu-se de uma metodologia baseada em pesquisa bibliográfica a fim de fundamentar as bases teóricas que orientaram a observação e problematização do objeto da pesquisa que resultou no presente trabalho

Deste modo, a organização deste artigo compreendeu, em um primeiro momento, a análise do processo de distribuição das terras brasileiras e seu impacto na ocupação do espaço nas cidades que proporciona a irregularidade registral das habitações em áreas de favela, ocasião em que se abordou as características e legado do processo de urbanização no Brasil e se destacou a relevância do instituto da função social da posse na equação ou enfrentamento da questão da moradia informal no Brasil.

Em um segundo momento, após se delimitar os marcos legais fundamentais relacionados ao assunto, abordou-se a relação entre a regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais e o instituto da função social da posse, de modo que, ao final, no terceiro capítulo, foram feitas considerações sobre os aspectos positivos da aplicação da REURB nos sobreditos aglomerados urbanos, com destaque para a análise dos benefícios para a população de baixa renda decorrentes do instrumento da legitimação fundiária.

de saneamento ambiental, dentre outros graves problemas socioambientais urbanos [...]”

2 Acesso à propriedade imobiliária no Brasil, o processo de urbanização e a informalidade urbana

A disposição organizacional de povos e território do Brasil na atualidade reflete os impactos que remontam ao período do Brasil Colônia. O aparelho político-administrativo da época implementou as capitanias hereditárias e adotou o regime de sesmaria para sistematizar a distribuição de terra e monitorar o processo de ocupação do território.

Este sistema de repartição fundiária baseado nas sesmarias consistia em transcrições de textos legais e descrições de cartas de concessão de terras, o que contribuiu de forma significativa para o estabelecimento dos latifúndios e na concentração de terras para uma pequena parte da população.

Nessa linha, Neves (2001, p. 119) afirma que a figura do sesmeiro no Brasil manteve traços característicos das sesmarias em Portugal, ao tempo que abrigou sutis diferenças entre ambos. Aqui, o substantivo sesmeiro passou a significar donatário de sesmaria, diferentemente de Portugal, em que o mesmo sesmeiro era denominado de agente do poder público, encarregado da repartição de terras pelo referido regime (Neves, 2001, p. 120).

Este cenário explica o surgimento da figura do posseiro em um contexto no qual o sesmeiro deixava de atender as obrigações que lhes eram atribuídas em decorrência das concessões de terra, entre as quais a de comprometer-se com cultivo da terra. Como muitos sesmeiros não lograram cumprir o acordado, os posseiros passaram a ser aqueles que ocupavam e cultivam as terras improdutivas (Cavalcante, 2005, p. 02).

Este processo de ocupação de terras seguiu seu curso sob a égide uma legislação fundiária cambiante, mas sempre capaz de manter restrita a uma pequena parte da sociedade as condições para o acesso formal da propriedade imobiliária, como se observa com o advento da Lei de Terras de 1850, cujo texto vedou a possibilidade de aquisição mediante efetiva ocupação da terra, o que correspondeu à sua monetarização, na medida em que a propriedade imobiliária passou a adquirir plenamente o estatuto de mercadoria (Rolnik, 1997, p. 23).

Resultado desta determinação normativa foi que a forma de aquisição da terra passou a ocorrer mediante celebração de contrato de compra e venda e que fosse devidamente registrado. Instaurou-se então, à época, uma nova dinamicidade nas formas de produção de habitação que impactou diretamente a forma de produção do espaço urbano e o desenvolvimento das cidades, cenário este que veio a ser profundamente afetado e condicionado pelo processo de urbanização brasileiro, vez que a partir deste dele e todas suas variantes, se eleva o déficit histórico do acesso à moradia digna e juridicamente formalizada no país.

O mercado imobiliário da época concentrava-se nas relações de aluguel de casa, arrendamentos e aforamentos de terras, sobretudo nas classes de renda baixa e média, já que os de alta renda, constituídos de proprietários de terras, mantinham um incipiente mercado de lotes urbanos (Souza, 2001, p.65).

O impulso à urbanização efetiva, porém, veio a ocorrer a partir do êxodo rural, fortemente associado ao período de industrialização, cuja consequência clarividente foi a transformação na estrutura populacional do país. O desenvolvimento de uma forte indústria de base, principalmente na região sudeste, foi relevante para a consolidação de grande fluxo migratório proveniente da região nordeste em direção à região Sudeste. Isso proporcionou a algumas cidades como São Paulo, por exemplo, um denso crescimento populacional⁵.

5 Nesse sentido, o professor e geógrafo Milton Santos, em seu livro “A urbanização Brasileira”, explica que processo social complexo de industrialização brasileira foi bastante relevante no processo de urbanização brasileiro, na medida em que comportou tanto a formação de um mercado nacional, como a expansão do consumo em diversas formas, o que fomentou as relações diversas e ativou o próprio processo de urbanização no Brasil” (Santos, 1996, p. 25).

Nessa perspectiva, a promoção de uma urbanização intensificada na capital tendeu a reforçar o problema de parte da população excluída do acesso formal, juridicamente protegido, à terra urbana, e, via de consequência, do direito pleno à moradia. Todo este concurso de fatores demográficos, sociais e jurídicos resultou, segundo Milton Santos, numa urbanização marcada por uma divisão clara entre locais onde o desenvolvimento do capital e da urbanização se permeia e outras relegadas aos processos contínuos de periferização.

Em decorrência desse processo, as nascentes metrópoles brasileiras vão experimentar níveis segregação urbanística institucionalizados, haja vista que os assentamentos em favelas, por suas características morfológicas e também por sua composição social, foram sendo relegados ao lugar da ilegalidade e da desconformidade com as normatizações que foram criadas pelos grupos hegemônicos que exerciam o poder político e econômico nas cidades (Silva, 2009, p. 22).

Na conjuntura apresentada, a possível solução para ocupação da cidade se deu pelo desbloqueio das áreas periféricas de arrendamento, ou seja, mediante ocupações informais, no âmbito das quais a população pobre edificou sua moradia em imóveis/terrenos que não estão registrados (em cartórios de registros de imóveis) em titularidade própria.

Em vista deste quadro, chama-se atenção para o paradoxo que conforma a questão da posse de terras no Brasil. Isto porque, se de um lado a posse precária do solo urbano, sobretudo nas periferias, se constitui como uma solução ilegal para o acesso à habitação no país - razão pela qual, a compreensão dos seus aspectos conceituais e doutrinários⁶ faz-se relevante - de outro, esta mesma posse, exercida segundo critérios que conformam o que se denomina de função social da posse na ordem jurídica brasileira, se torna um mecanismo relevante a partir do qual o sistema político tem se valido, entre outros meios, para equalizar os problemas do direito à moradia digna, no que e destaca a chamada regularização fundiária e seus diversos instrumentos jurídicos.

Assim, tendo em vista seu valor social intrínseco no contexto no contexto da ordem jurídica urbanística, bem como sua relevância ao presente trabalho, convém tecer breve análise de seus traços característicos fundamentais relacionando-a com a regularização fundiária e o Direito à Cidade.

6 Neste particular importa sempre destacar o histórico debate entre Rudolf Savigny e Rudolf von Ihering acerca dos elementos constitutivos da posse no contexto da oposição entre as teorias subjetiva e objetiva de ambos autores, sobretudo em vista de seus impactos sobre a disciplina jurídica que lhe é conferida pelo ordenamento pátrio. O primeiro, que estabeleceu a teoria subjetiva da posse, deixou como a chave de compreensão da posse na existência de *animus domini* (a intenção de ser dono, agir como se dono fosse); algo que está no campo do subjetivo do indivíduo, ou seja, só é possuidor aquele que acredita ser dono, a posse baseada posse na intencionalidade do sujeito. Qualquer figura que respeite o direito de propriedade alheia, que saiba que não é dono, não terá posse. O detentor seria alguém que não tem *animus domini*. Para Savigny, a posse caracteriza-se pela conjugação do *corpus* (elemento objetivo; detenção física da coisa) e *animus* (elemento subjetivo; intenção de exercer sobre a coisa um poder no interesse próprio e de defende-la contra a intervenção de outrem). É a vontade de ter a coisa como sua (*animus domini*), de exercer o direito de propriedade como se fosse o seu titular. Por fim, a posse é um fato, quando considerada em si mesma, e um direito, quanto aos efeitos por ela produzidos. A Teoria objetiva de Ihering, POR SEU TURN, sustenta que será possuidor aquele se comporta como dono, isto é, não é a intencionalidade, mas a conduta. A posse trata-se da exteriorização da propriedade. A posse é o exercício da propriedade; exercício de fato. A consequência é que várias pessoas, que na teoria de Savigny não eram possuidores, aqui, na teoria de Ihering, o são. O autor da teoria objetiva apresenta a distinção entre propriedade e posse, considerando esta última um direito, vez que seu fundamento é a condição da econômica utilização da propriedade, caracterizando-a como explica Diniz (2017, p. 48) “a instituição jurídica tendente à proteção do direito de propriedade, pertencendo ao âmbito do direito das coisas, entre os direitos reais”. Dessa forma, para Ihering, tanto posse como detenção possuem o *corpus* e o *animus*, se revelando pela conduta de dono. A posse seria a exterioridade, a visibilidade do domínio. Tem posse todo aquele que se comporta como proprietário. Para ele, o que difere a posse da detenção é um elemento externo, logo, objetivo, que se traduz no dispositivo legal que, com referência a certas relações que preenchem os requisitos da posse e tem a aparência de posse, suprime delas os efeitos possessórios.

2.1 A função social da posse, o direito à cidade e a regularização fundiária

A função social da posse comporta requisitos para ser atingida, entre os quais se destaca a destinação socioeconômica que se confere à propriedade objeto do possuidor. Por esse ponto de vista, impende destacar que o instituto da função social da posse visa atender às necessidades sociais de acesso à terra para o trabalho, para a moradia, enfim, necessidades básicas que pressupõem o valor de dignidade do ser humano como elemento nuclear da cidadania urbanística contemplada na ordem jurídica brasileira.

Em harmonia com o exposto, convém trazer à lume o que dispõe Albuquerque (2002) sobre o instituto da função social da posse:

A função social da posse tem por objetivo instrumentalizar a justiça com nossos próprios valores e experiências históricas, rompendo o condicionamento histórico herdado das sociedades europeias e harmonizando o instituto da posse com nossa sociedade complexa e pluralista do século XXI, profundamente conflituosa e marcada por grandes diferenças sociais. (Albuquerque, 2002, p. 208).

Vê-se, portanto, que o aludido instituto é um dos instrumentos fundamentais para que o Estado brasileiro alcance os propósitos sócio emancipatórios que a Carta Magna contempla em seu texto, pois, diante de conflitos e desafios fundiários que marcam a história do acesso à terra no Brasil, deverá ser protegido aquele cuja posse de um imóvel estiver cumprindo a sua função social para que assim se possa assegurar a efetivação do direito social de moradia com todos os seus atributos⁷.

À vista da relação que se vislumbra entre o instituto da função social da posse e o direito à moradia regular nos assentamentos urbanos informais, convém destacar a importância da regularização fundiária como um conjunto de medidas jurídicas, ambientais e administrativas que buscam regulamentar a ocupação do solo urbano, bem como a titulação de seus ocupantes, de modo que garantir o direito à moradia digna.

Nessa linha de intelecção, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves Farias (2015, p. 273) afirmam que “a função social se dirige não só à propriedade, aos contratos e à família, mas à reconstrução de qualquer direito subjetivo, incluindo-se aí a posse, como fato social, de enorme repercussão para a edificação da cidadania e das necessidades básicas do ser humano.”

A regularização fundiária, por seu turno, pode ser implementada por intermédio de inúmeros instrumentos legalmente previstos nos diplomas legais brasileiros, de modo que a

7 José Afonso da Silva (2007, p. 313) explica que morar significa: Ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nele habitar. No “morar” encontramos a ideia básica da habitualidade de permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o residir e o habitar, com a mesma conotação de permanecer ocupando um lugar permanentemente. O direito à moradia não é necessariamente direito à casa própria. Quer-se que se garanta a todos um teto onde se abrigue a família de modo permanente, segundo a própria etimologia do verbo morar, do latim *morari*, que significava demorar, ficar. Mas é evidente que a obtenção da casa própria pode ser complemento indispensável para a efetivação do direito à moradia. O conteúdo do direito à moradia envolve não só a faculdade de ocupar uma habitação. Exige-se que seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar. [...] É que a compreensão do direito à moradia, como direito social, agora inserido expressamente em nossa Constituição, encontra normas e princípios que exigem que ele tenha aquelas dimensões. Se ela prevê, como um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), assim como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, inc. X), e que a casa é um asilo inviolável (art. 5º, inc. XI), então tudo isso envolve, necessariamente, o direito à moradia. Não fosse assim seria um direito empobrecido.

função social da posse se afigura quase sempre, conforme já asseverado, na condição fática fundamental para que esta possibilidade possa se materializar.

Vale dizer, a viabilidade jurídica de regularização da moradia em assentamentos urbanos informais demonstra que o cumprimento da função social da posse se constitui como mecanismo valioso de promoção do direito pleno à moradia e todas as consequências daí decorrentes, vez que a regularização fundiária é pressuposto para intervenções urbanísticas por parte dos entes públicas que venham atender aos objetivos legais do denominado Direito à Cidade⁸.

No Brasil, convém ressaltar, a conformação do Direito à Cidade remonta ao movimento de luta pela reforma urbana⁹ que se organiza na década de 70, bem como à previsão inovadora na Constituição Federal de um capítulo voltado à disciplina da política urbana e, sobretudo, ao advento do Estatuto da Cidade através da 10.257/01, cujo texto abrange diretrizes gerais para a administração do desenvolvimento urbano ao passo que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988.

Deste modo, observa-se que a regularização fundiária de núcleos urbanos informais e a instrumentalização do instituto da função social da posse são, portanto, plenamente coerentes com as demarcações teóricas do Direito à Cidade, cujo horizonte finalístico é o de possibilitar o planejamento e gestão urbana compromissados com o interesse público e com a democratização simultânea da produção do espaço urbano e da fruição dos direitos urbanísticos que estão contempladas artigo 2º da Lei 10.257/01.

Este dispositivo legal estabeleceu as diretrizes para a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mais especificamente, das áreas ocupadas por população de baixa renda, de modo que assim, esta norma se torna mais uma fonte de legitimação da aplicação dos instrumentos de regularização fundiária, no que se destaca o rito da REURB que será objeto de análise específica mais adiante.

3 Da regularização fundiária e o rito REURB: aspectos conceituais, características e fundamentos normativos

O cenário de alterações recentes na legislação fundiária brasileira trouxe à lume a sistematização de um marco legal para a regularização fundiária¹⁰ no qual verifica a precisão de elementos importantes que passam a nortear os entes públicos em seu múnus legal e

8 Lefebvre explica que o direito à cidade se constitui em: “um apelo, uma exigência, uma forma superior dos direitos: direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar” (Lefebvre, 2008) David Harvey, outro expoente do Direito à Cidade, o concebe como “um direito coletivo (e não, individual) que consiste em um poder da sociedade sobre a formulação dos processos coletivos de urbanização” (Harvey, 2012. p.73)

9 O movimento de luta pela reforma urbana compreende: “um conjunto articulado de políticas públicas, de caráter redistributivista e universalista, voltado para o atendimento do seguinte objetivo primário: reduzir os níveis de injustiça social no meio urbano e promover uma maior democratização do planejamento e da gestão das cidades (Souza, 2006, p. 158)

10 A regularização fundiária é o processo que inclui medidas jurídicas urbanísticas, ambientais e sociais, com a finalidade de integrar assentamentos irregulares no contexto legal das cidades. Em última instância, o que se pretende não é apenas converter possuidores em proprietários pela via da concessão da titularidade formal pela via civil (do registro) e administrativa (mediante regularização do bem em si), mas ir além, integrando estas novas propriedades à cidade real e já consolidada, por meio de projetos e licenciamentos ambientais e urbanísticos (infraestrutura e circulação) que adequem a garantia da moradia a uma vida minimamente digna, conciliando a proteção do direito fundamental individual do ser humano – agora portador de cidadania –, com a garantia do direito difuso à qualidade de vida, que se estende a todos os membros da coletividade formal já instalada no entorno. (Rosenvald, 2015, p. 291-292).

provar cidadania urbanística o que implicar, sobretudo, segurança e proteção jurídica para ocupantes de imóveis urbanos assentarmos urbanos informais.

Neste sentido, convém chamar atenção para o fato que a lei 11.977/09, que versava sobre o Programa Minha Casa Minha Vida e dava outras providências, já definiria a regularização fundiária como: “conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam a regularização de assentamentos irregulares e a titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (Brasil, 2009).

Anos depois, foi publicada a Medida Provisória nº 759/2016 (que precedeu a lei de REURB), que, em seu artigo 8º definiu a regularização fundiária como um conjunto de “medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam a regularização de núcleos urbanos informais” (Brasil, 2016).

Um ano depois, foi publicada um novo diploma legislativo, a Lei 13.465/2017, que não abandonou por completo o conceito acima citado, mas promoveu sutis modificações. No artigo 9º resta exposto: “Ficam instituídas no território nacional normas gerais e procedimentos aplicáveis a REURB, a qual abrange medidas jurídicas, ambientais, urbanísticas e sociais, destinadas a incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e a titulação de seus ocupantes” (Brasil, 2017).

Vê-se, pois, que a REURB amplia as possibilidades de titulação dos ocupantes dos assentamentos, e via de consequência, a integração destes núcleos urbanos à ordenação jurídico-formal na realidade brasileira. A referida lei trouxe consigo relevantes inovações jurídicas no direito material e processual urbanístico. Em seu artigo 10, a lei elenca os principais objetivos da REURB, dentre eles está promover a ampliação do acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de tal forma a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados. Nesse sentido, cabe trazer à baila o ensinamento de Naila de Rezende Khuri:

[...] assentamentos informais são ocupações em terras públicas ou privadas, urbanas ou em vias de urbanização, oriundas na maioria dos casos de parcelamentos clandestinos ou informais ou irregulares, utilizados predominantemente para moradia de população de baixa renda, mas que podem contemplar parcelas de comércio e que apresentam, como um de seus elementos definidores preponderantes, a falta de segurança jurídica da posse. (Khuri, 2017, p. 291).

Pode-se observar, portanto, que a REURB possui como objetivos a integração social e a geração de emprego e renda, além de garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas, garantindo-se, por consequência, efetivação da função social da propriedade.

No que diz respeito à legitimidade para requerer a regularização, o artigo 14 da mencionada lei e no art. 7º do seu decreto regulamentador, n.º 9.310/2018, apresentou um rol de legitimados, os entes públicos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios ou entidades da administração pública indireta), bem como os próprios interessados e beneficiários (proprietários de imóveis ou de terrenos, loteadores ou incorporadores). Ademais, assiste legitimidade ao Ministério Público e, desde que em favor de beneficiários hipossuficientes, também à Defensoria Pública.

Nesse aspecto, percebe-se que a lei de REURB e o decreto que a regulamenta instituíram entes públicos como legitimados para deflagrar sua aplicação. Sendo assim, pode-se compreender que existe a possibilidade de o ente público instaurar de ofício o rito da REURB para equacionar a irregularidade fundiária de localidades em que a consolidação

é de difícil reversão, mormente, com a presença de equipamentos públicos, como creches, escolas, postos de saúde, entre outros (Cunha, 2022, p. 42).

Vale enfatizar, ainda, que para o processamento adequado da REURB, seja de interesse social ou de interesse específico, é indispensável a observância dos ditames das sete fases descritas no art. 28 da Lei 13.465¹¹. Com base neste dispositivo legal, nota-se que o processo é iniciado a partir do requerimento do(s) legitimado(s) ou da instauração de ofício do ente público responsável para prosseguir com rito. Em ambos os casos, haverá a elaboração do Projeto de Regularização Fundiária (PRF) que será composto por diversas peças técnicas da engenharia, do jurídico e da assistência social entre outros, revelando o caráter multidisciplinar da regularização fundiária.

Importante destacar, haja vista o escopo do trabalho, qual seja, observar e analisar os benefícios que a REURB pode trazer ao desafio da regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais, que a lei 13.465/2017 trouxe critérios objetivos que facilitará a instrumentalização do rito para equacionar as situações de informalidade na ocupação do uso do solo urbano que esta lei alcança, visto que, sistematicamente, pode-se entendê-la como o rito no qual todos os instrumentos dispostos no artigo 15¹² podem ser utilizados para ao final materializar a integração do núcleo urbano informal consolidado à cidade legal.

Independente do instrumento selecionado para processamento do rito da REURB a lei estabeleceu duas modalidades, quais sejam, social (S) e específica (E). A Reurb-S é direcionada aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de

11 Art. 28. A Reurb obedecerá às seguintes fases:

I - requerimento dos legitimados;

II - processamento administrativo do requerimento, no qual será conferido prazo para manifestação dos titulares de direitos reais sobre o imóvel e dos confrontantes;

III - elaboração do projeto de regularização fundiária;

IV - saneamento do processo administrativo;

V - decisão da autoridade competente, mediante ato formal, ao qual se dará publicidade;

VI - expedição da CRF pelo Município; e

VII - registro da CRF e do projeto de regularização fundiária aprovado perante o oficial do cartório de registro de imóveis em que se situe a unidade imobiliária com destinação urbana regularizada. Parágrafo único. Não impedirá a Reurb, na forma estabelecida nesta Lei, a inexistência de lei municipal específica que trate de medidas ou posturas de interesse local aplicáveis a projetos de regularização fundiária urbana.

12 Art. 15. Poderão ser empregados, no âmbito da Reurb, sem prejuízo de outros que se apresentem adequados, os seguintes institutos jurídicos:

I - a legitimação fundiária e a legitimação de posse, nos termos esta Lei;

II - a usucapião, nos termos dos arts. 1.238 a 1.244 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), dos arts. 9º a 14 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e do art. 216-A da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973;

III - a desapropriação em favor dos possuidores, nos termos dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil);

IV - a arrecadação de bem vago, nos termos do art. 1.276 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil);

V - o consórcio imobiliário, nos termos do art. 46 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;

VI - a desapropriação por interesse social, nos termos do inciso IV do art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962;

VII - o direito de preempção, nos termos do inciso I do art. 26 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;

VIII - a transferência do direito de construir, nos termos do inciso III do art. 35 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;

IX - a requisição, em caso de perigo público iminente, nos termos do § 3º do art. 1.228 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil);

X - a intervenção do poder público em parcelamento clandestino ou irregular, nos termos do art. 40 da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979;

XI - a alienação de imóvel pela administração pública diretamente para seu detentor, nos termos da alínea f do inciso I do art. 17 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

XII - a concessão de uso especial para fins de moradia;

XIII - a concessão de direito real de uso;

XIV - a doação; e

XV - a compra e venda.

baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo municipal, conforme art. 13, inciso I, da lei 13.465/2017.

Além do mais, para enquadramento na REURB-S, que dará gratuidade no processamento do procedimento, bem como nos emolumentos no cartório de registro de imóveis responsável pela situação do imóvel, deverá ser observado os ditames do § 1º, incisos I, II e III do artigo 23¹³, que indica as condições para conferir o título de legitimação fundiária. Por outro lado, a REURB-E será voltada para as hipóteses não qualificadas como de interesse social, mormente população com renda superior a 05 (cinco) salários mínimos vigente, edificações não residenciais que não consigam ser alcançadas pela REURB-S.

Para que o processamento da REUB seja sistematizado é necessário compreender que o PRF se trata de um conjunto de peças técnicas documentais que possibilita verificar os elementos caracterizados de um Núcleo Urbano Informal, conforme descrito no artigo 35¹⁴ e indicará a viabilidade efetiva de conclusão da REURB com a titulação dos ocupantes e possíveis intervenções urbanísticas, quando for o caso.

3.1 A REURB e o protagonismo do Poder Público Municipal

Verifica-se, também, que no âmbito da previsão legal para aplicação da REURB, que os Municípios possuem meios e condições que facilitam a operacionalização da REUB, sobretudo, em territórios que estão em dominialidade registral do município, ou que há indícios concretos de sua titularidade, restando apenas a formalização do ato registral no cartório de registro de imóveis competente, como, por exemplo, uma doação de terras do governo do Estado ao município. Localizando a documentação pretérita, o ente beneficiado poderá requerer a atualização da matrícula da localidade ou a sua abertura caso não exista.

13 § 1º Apenas na Reurb-S, a legitimação fundiária será concedida ao beneficiário, desde que atendidas as seguintes condições:

I - o beneficiário não seja concessionário, foreiro ou proprietário exclusivo de imóvel urbano ou rural;
II - o beneficiário não tenha sido contemplado com legitimação de posse ou fundiária de imóvel urbano com a mesma finalidade, ainda que situado em núcleo urbano distinto; e
III - em caso de imóvel urbano com finalidade não residencial, seja reconhecido pelo poder público o interesse público de sua ocupação.

14 Art. 35. O projeto de regularização fundiária conterá, no mínimo:

I - levantamento planialtimétrico e cadastral, com georreferenciamento, subscrito por profissional competente, acompanhado de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) ou Registro de Responsabilidade Técnica (RRT), que demonstrará as unidades, as construções, o sistema viário, as áreas públicas, os acidentes geográficos e os demais elementos caracterizadores do núcleo a ser regularizado;
II - planta do perímetro do núcleo urbano informal com demonstração das matrículas ou transcrições atingidas, quando for possível;
III - estudo preliminar das desconformidades e da situação jurídica, urbanística e ambiental;
IV - projeto urbanístico;
V - memoriais descritivos;
VI - proposta de soluções para questões ambientais, urbanísticas e de reassentamento dos ocupantes, quando for o caso;
VII - estudo técnico para situação de risco, quando for o caso;
VIII - estudo técnico ambiental, para os fins previstos nesta Lei, quando for o caso;
IX - cronograma físico de serviços e implantação de obras de infraestrutura essencial, compensações urbanísticas, ambientais e outras, quando houver, definidas por ocasião da aprovação do projeto de regularização fundiária; e
X - termo de compromisso a ser assinado pelos responsáveis, públicos ou privados, pelo cumprimento do cronograma físico definido no inciso IX deste artigo.

Parágrafo único. O projeto de regularização fundiária deverá considerar as características da ocupação e da área ocupada para definir parâmetros urbanísticos e ambientais específicos, além de identificar os lotes, as vias de circulação e as áreas destinadas a uso público, quando for o caso.

Vale enfatizar, em que pese legislação sobre regularização fundiária apresente um rol com múltiplos legitimados para requerer o processamento da REURB, há de se reconhecer a extrema visibilidade conferida ao Poder Executivo Municipal para implementação dessa política pública urbana. Tal importância está clarividente no artigo 30 da lei 13465/2017 que atribui ao município o poder de processamento da regularização fundiária, *in verbis*:

Art. 30. Compete aos Municípios nos quais estejam situados os núcleos urbanos informais a serem regularizados: I - classificar, caso a caso, as modalidades da Reurb; II - processar, analisar e aprovar os projetos de regularização fundiária; e III - emitir a CRF. § 1º Na Reurb requerida pela União ou pelos Estados, a classificação prevista no inciso I do caput deste artigo será de responsabilidade do ente federativo instaurador. (Brasil, 2017).

A Confederação Nacional de Municípios (CNM) preocupada em orientar a formulação, sistematização e operacionalização de políticas públicas a partir de programas de fortalecimento das capacidades técnicas administrativas e gerenciais elaborou uma pesquisa no segundo trimestre de 2023, intitulada Panorama Municipal Regularização Fundiária Urbana – a implementação da Lei 13.465/2017 que contou com a participação de 56% dos municípios brasileiros, o equivalente a 3.119 cidades.

Dentre os diversos resultados apresentados na supracitada pesquisa, destaca-se as a importância no investimento na gestão Recursos Humanos, ou seja, na equipe técnica que viabilizará a elaboração e confecção das peças técnicas (Projeto de Regularização Fundiária, Certidão de Regularização Fundiária, listagem dos ocupantes, mapas, georreferenciamento, etc.) responsáveis por preceder a titulação final junto ao cartório de registro de imóveis competente, nesse sentido foi revelado que:

Em relação à estrutura organizacional, para 42,6% dos Municípios, as equipes locais que trabalham diretamente com os processos de regularização fundiária urbana são estruturadas com um ou dois profissionais. A região Sul apresentou o maior percentual, equivalente a 46% de equipes locais com um ou dois profissionais. Enquanto, os Municípios localizados na região Norte, equivalente a 42,7%, apresentaram o maior percentual de equipes como um quantitativo de profissionais superior a quatro profissionais. (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS, 2023, p. 8).

Outro aspecto relevante a se assinalar é a interação que se observa entre as prefeituras e aos cartórios de registros de imóveis, haja vista que o município tem responsabilidade técnica para processamento da REURB, seja ela recepcionada de um outro legitimado ou instaurando-a de ofício, vez que a CRF, o PRF e a listagem dos ocupantes (e demais peças técnicas se necessário) serão apresentadas aos cartórios responsáveis pelos registros imobiliários à serventia competente.

Consumado este fato, é atribuição do registrador o cumprimento em sua integralidade dos dispositivos previstos na norma federal, bem como no Código de Normas das Serventias Extrajudiciais do seu respectivo Estado, devendo, ao final, abrir e expedir as matrículas dos atos de registros e suas respectivas certidões, com base no instrumento definido para regularização que por sua vez confere direitos reais aos então ocupantes. Cabe, ressaltar, neste particular que os contemplados pela REURB-S terão isenção dos emolumentos junto ao cartório.

Nesse esteio, dada essa praticidade de que se serve o Município para aplicar o rito da REURB revela-se no panorama seguinte:

Em linhas gerais, 43,3% dos Municípios do país apontaram que não existem dificuldades relacionadas às interfaces cartoriais em procedimentos de Reurb, uma avaliação positiva. Os Municípios respondentes localizados na região Sul foram os que mais pontuaram a ausência de dificuldades com os cartórios, equivalente a 49%. Já os Municípios da região Nordeste foram os que mais apontaram dificuldades com os cartórios, equivalente a 34%. (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS, 2023, p. 16).

Percebe-se dentro do universo pesquisado os municípios da região norte conseguiu, em certa medida, compreenderem a importância da gestão de recursos humanos na operacionalização efetiva dos procedimentos de regularização fundiária; as cidades situadas na região nordeste apresentaram maior dificuldade na interação junto as serventias extrajudiciais responsáveis pelos registros imobiliários.

Oportuno destacar, no âmbito desse cenário, a atuação do poder judiciário na esfera extrajudicial nos Estados do Tocantins, representando a região Norte, e da Bahia representando a região Nordeste, vez que ambos instituíram em suas respectivas estruturas núcleos voltados para as atividades da regularização fundiária urbana. Tratam-se do Núcleo de Prevenção e Regularização Fundiária da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Tocantins (NUPREF/ CGJUS-TO) e o Núcleo de Regularização Fundiária da Corregedoria Geral da Justiça do Estado da Bahia (NUREF CGJ/BA). A atuação dos referidos núcleos visa auxiliar os municípios com o processamento da regularização fundiária urbana e identificar os entraves e pensar soluções em alinhamento com os cartórios de registro de imóveis.

3.2 REURB, legitimação fundiária novas perspectivas para a regularização fundiária nos assentamentos urbanos informais

Antes de adentrar na análise do instituto da legitimação fundiária prevista no procedimento da REURB a fim de demonstrar sua importância e benefícios para a agenda pública da regularização fundiária no país, convém destacar a existência e relevância de dois instrumentos de regulamentação da posse no direito brasileiro, a concessão de direito real de uso (CDRU)¹⁵ e a concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM)¹⁶ que também se fazem presentes na Lei que institui a REUB.

15 A CDRU foi instituída através do Decreto Lei 271/1967, consiste em ato do Poder Público que visa regulamentar a posse e suas respectivas destinações, seja para fins de urbanização, industrialização, cultivo da terra e outra utilização de interesse social. Com a aplicação deste instrumento, como ensina Carvalho Filho: “o concessionário não fica livre para dar ao uso a destinação que lhe convier, mas, ao contrário, será obrigado a destiná-lo ao fim estabelecido em lei, o que mantém resguardado o interesse público que originou a concessão real de uso” (Carvalho Filho, 2016, p. 896).

16 A CUEM foi devidamente disciplinada pela Medida Provisória 2.220/2001 e está prevista no rol de direitos reais do artigo 1.225 do Código Civil Brasileiro, perpassando ainda outros diplomas legislativos. Seu escopo central é reconhecer por meio de ato do poder público o direito subjetivo do ocupante de áreas públicas de obter a declaração de domínio útil sobre o imóvel que ocupa (Oliveira Filho, 2016). É interessante notar ainda que a aplicação da CUEM, antes vigência da lei 13.465/2017, exigia que fosse considerado o marco temporal até 30 de junho de 2001, ou seja, o referido instrumento só poderia ser aplicado para ocupantes comprovasse a posse de imóveis urbanos até a referida data. No entanto, essa temporalidade para aquisição do título de posse pode-

Isto porque, tanto os referidos instrumentos como o instituto da legitimação fundiária podem servir a propósitos semelhantes, como é o caso da regularização da ocupação urbana para a população de baixa renda, a distinção entre a legitimação fundiária e os instrumentos da CUEM e a CDRU, porém, reside no fato de que ambos os instrumentos não garantem amplitude dos direitos dominiais com ocorre na legitimação fundiária.

Dessa forma, é observável que a CDRU e a CUEM oferecerão ao concessionário a possibilidade de exercer o direito à moradia, a partir garantia da segurança da posse, no caso de áreas públicas. Nos referidos instrumentos verifica-se a propriedade permanecerá no rol patrimônio imobiliário do ente público. Atualmente, a legislação que rege a regularização fundiária urbana no Brasil já dispõe de instrumentos que poderão conferir ao morador ou ocupante o título de propriedade, ainda que a ocupação do solo urbano ocorra em área pública.

De todo modo, A CDRU e a CUEM, em certa medida, protagonizaram e ainda tem seu papel de relevância como instrumentos de regularização fundiária, mas é inegável os avanços que podem ser obtidos mediante a aplicação do instrumento da legitimação fundiária merecem ser destacados e comentados, o que, decerto, implicará numa abordagem de sua relação com a REUB e de suas características fundamentais

Nessa linha, insta gizar que aplicação da Lei de n.º 13.465/2017 nos procedimentos de Regularização Fundiária pelo rito administrativo da REURB proporciona, em certa medida, a desburocratização na promoção do direito social à moradia digna, bem como promove a redução de situação de informalidade registral da propriedade em unidades imobiliárias residenciais e não residenciais em núcleos urbanos informais consolidados.

Conforme visto, a referida lei trouxe consigo um dentre alguns outros, um novel instrumento de regularização: a Legitimação Fundiária. Este instituto apresenta-se especificidades no tocante à regularização de assentamentos informais, que revelam inovações e aspectos positivos para a promoção do direito à moradia digna para as populações de baixa renda, que, por sua vez, serão abordados mais adiante. Antes, porém, convém esclarecer aspectos conceituais, operacionais e características do referido instrumento legal.

O instituto da legitimação fundiária surge em um contexto de necessidade de criação de soluções jurídicas para operacionalizar e equacionar um dos objetivos da regularização fundiária urbana, qual seja, a titulação dos seus ocupantes. Nesse sentido, o referido instrumento reconhece os efeitos jurídicos oriundos da função social da posse que os ocupantes atribuem à uma determino território, que por sua vez, culmina no direito social à moradia.

A legitimação fundiária enquanto novidade jurídica constitui-se como uma aquisição do direito de real de propriedade de forma originária que está embasada no reconhecimento jurídico do exercício da posse de forma mansa, pacífica e ininterrupta. Entretanto, a lei 13.465/2017 estabeleceu um marco temporal para outorga dessa aquisição originária e sua aplicação é possível em áreas públicas e privadas.

O caput do art. 09 da Lei 13.465/2017 informa que um dos objetivos da regularização fundiária é a titulação dos ocupantes, em seu parágrafo § 2º, bem como no artigo 23 determinou que a aplicabilidade da legitimação fundiária dar-se-á pelo processamento administrativo do rito da REURB nos núcleos urbanos informais consolidados, ou seja, com característica de irreversibilidade comprovadamente existentes até 22 de dezembro de 2016.

Ademais, no § 2º o art. 23 também evidencia o caráter originário da aquisição, desta forma o beneficiário da REURB receberá ao final a propriedade imobiliária “livre e desembaraçada de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições, eventualmente existentes em sua matrícula de origem, exceto quando disserem respeito ao próprio legitimado” (Brasil, 2017).

ria ser modificada pelo município, desde que fosse criada lei própria que correspondesse aos interesses de seus moradores. Atualmente, o marco temporal é 22 de dezembro de 2016, conforme as alterações oriundas na lei de regularização fundiária vigente no 1º artigo Medida Provisória 2.220/2001.

Para imersão no instituto é necessário compreender que o direito registral imobiliário brasileiro consiste em complexo de normas jurídico-positivas e de princípios pertencente ao registro de imóveis os quais são responsáveis por regular a organização e o funcionamento das serventias imobiliárias (Diniz, 2003, p. 13)

Nesse sentido, dentro do direito registral as formas de aquisição da propriedade podem ocorrer de forma derivada ou originária, em que no primeiro, haverá o pressuposto da existência de um vínculo (ato ou negócio jurídico) para determinar a transferência de propriedade ao adquirente, enquanto no segundo haverá a elaboração do título de propriedade de forma direta, ou seja, sem qualquer vínculo com proprietário anterior, nesses casos, a prática registral é averbação do encerramento da matrícula anterior e abertura da nova matrícula a partir da legitimação fundiária.

Tendo em vista que a legitimação fundiária é conferida somente no âmbito da REURB, é perceptível a possibilidade de sua aplicação direcionada ao interesse social da população de baixa renda. Sendo assim, dentro do rito administrativo da REURB-S é possível conferir a outorga do direito real de propriedade através desse instituto.

É importante destacar a legitimação fundiária trouxe uma facilidade e desburocratização (Santin; Comiran, 2018, p. 1608) na operacionalização na concessão do direito de propriedade àqueles beneficiários que constituíram sua moradia e/ou edificaram unidades não residenciais (templos religiosos, estabelecimentos comerciais, associação de moradores etc.) em áreas públicas, visto que a sua aplicação também alcança as referidas áreas.

Ademais, conforme previsto no art. 71 da lei 13.465/2017, haverá dispensa da desafetação e as exigências previstas no inciso I do caput do art. 17 da Lei nº 8.666/1993, ou seja, no processamento administrativo da REURB não haverá ato estatal que leva a referida área ao desligamento da estrutura institucional e organizacional do ente público (Brasil, 2017).

Dessa forma, o bem (imóvel) terá seu regime jurídico alterado, sobretudo no que diz respeito à alienabilidade e possibilidade realização de negócios jurídicos sem condicionantes impostas pelo ente que outrora era o proprietário tabular, então, observa-se que haverá integração dos núcleos e suas respectivas unidade imobiliárias à legalidade urbana que incidirá no aquecimento do mercado imobiliário vez que o registro de propriedade confere ao titular ativos circuláveis (Rosenvald, 2017).

A despeito dos aspectos positivos que o instituto da legitimação fundiária trouxe para o cenário jurídico da regularização fundiária urbana, sobretudo em vista da desburocratização da conferência do direito de propriedade em áreas públicas e privadas, o instituto tem recebido críticas, o que pode ser perceber a partir do questionamento quanto aos aspectos supostamente inconstitucionais promovidos pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5771.

Uma das críticas apontadas ao instituto da legitimação na referida ADI diz respeito a violação do direito social a moradia ante a ausência do requisito que condicione sua aplicação a áreas em que a ocupação seja para fins de moradia. Nesta perspectiva, o instituto poderia ser instrumentalizado para fins de regularização de terras que foram objetos de grilagem, em certa medida, conferindo um caráter institucional na formalização da regularidade fundiária em terras griladas.

Alega-se, também que a lei 13465/2017 constituiu o marco temporal em 22 de dezembro de 2016 para consolidação do núcleo urbano informal consolidado e não se fez acompanhar dos critérios estabelecidos para fins de usucapião especial urbana para fins de moradia, conforme previsto nos arts. 183 e 191 da Constituição, que versam acerca da de áreas privadas.

Costuma-se apontar que esta flexibilização não encontra amparo nas previsões constitucionais que regem a aquisição da propriedade urbana, como a necessidade de que a mesma seja apoiada nos requisitos da posse mansa, pacífica e ininterrupta numa temporalidade

mínima de 05 anos tal como se institui acima citado. Diz-se que, como o alcance da lei é associada ao núcleo e não necessariamente ao lote e/ou edificação, diversos lotes e edificações poderão ser regularizados por este rito, ainda que o ocupante não tenha o prazo 05 (cinco) anos de posse do bem, utilizando ou não a posse ocupantes que antecederam o beneficiário da titulação (Rosenvald, 2017).

Mesmo diante das legítimas preocupações dos críticos da REURB quando à possibilidade de que as normas que a instituem e que disciplinam o instrumento da legitimação fundiária possam favorecer o uso instrumental da lei 13.465/2017 para obtenção de vantagens particulares, é inegável os benefícios que ambos, REURB e Legitimação fundiária, trazem à praxe da regularização fundiária, sobretudo para o público de baixa renda que habitam nos assentamentos urbanos informais.

A ampla aplicação da REUB por parte dos Municípios do Brasil em tão pouco tempo de criada, assim como a conduta do Poder Judiciário de Estado da Bahia e de Tocantins em tratar como diretriz institucional o auxílio aos Municípios na regularização de seus núcleos urbanos informais de seus territórios, ademais da praticidade de seu uso e benefícios legais concedidos aos seus destinatários são prova disso.

4 Considerações Finais

Por todo exposto ao longo do trabalho, foi possível observar que, diante de uma realidade marcada por uma acentuado padrão de desigualdade e segregação sócio urbanísticas, resultantes do processo histórico de formação das cidades, no qual se destacam a legislação fundiária elitista do século XIX e, sobretudo, o processo de urbanização brasileiro - ocorrido às margens do controle estatal ou mesmo sob a égide de sua cumplicidade omissiva - a regularização fundiária, aliada à função social da posse, se constituem em mecanismo relevantes para o enfrentamento o a informalidade urbana e do elevado déficit de moradia digna, condizente com os fundamentos e objetivos do Direito à Cidade e suas matrizes constitucionais.

Neste sentido, conforme foi possível observar ao longo do trabalho, a lei 13.465/2017 constituiu um novo marco na história da regularização fundiária brasileira ao incorporar na ordem jurídica pátria o rito REURB, que por sua vez consiste em um conjunto de medidas jurídicas, ambientais ou administrativas que visam a incorporação de núcleos urbanos informais consolidados à formalidade registral, bem como a titulação de seus ocupantes.

A aplicação da REURB, conforme explicado ao longo do trabalho, pode ocorrer mediante a utilização de diversos instrumentos, a teor do artigo 5º da lei 13465, mas, entretanto, é a partir do novel instrumento jurídico da legitimação fundiária que a REURB parece apresentar um singular potencial transformador da realidade urbanística, o que se deve entre outros aspectos, à praticidade da operacionalidade dos procedimentos e etapas que conformam a aplicação deste instrumento, e, de modo especial, à possibilidade de que ocupantes dos assentamentos urbanos informais possam adquirir na modalidade ordinária a propriedade imobiliária urbana.

Verificou-se, assim, que a REURB possui condições substanciais para a servir aos particulares e sobretudo ao entes público em seus compromissos políticos e jurídicos de empreenderem ações que possibilitem a redução dos elevados níveis de informalidade jurídico do acesso à terra no Brasil sobretudo para ocupantes de baixa renda da terra no âmbitos dos assentamentos informais.

Referências

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BENATTI, José Heder. **Direito de propriedade e proteção ambiental no Brasil**: apropriação e uso dos recursos naturais no imóvel rural. 2003. 344 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido, Núcleo de Altos Estudos da Amazônia, Universidade Federal do Pará, Belém, 2003.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Síntese de Indicadores Sociais (SIS), 2018**: Uma análise das condições de vida da população brasileira. 2018. https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_media/ibge/arquivos. Acesso em: 14 abr. 2023.

BRASIL. Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001. Estatuto da Cidade. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70317/000070317.pdf?sequence=6%20Caliyaya>. Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. **Lei no 13.465, de 11 de julho de 2017**. Regularização Fundiária Rural e Urbana, REURB. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm. Acesso em: 07 abr. 2023.

BRASIL. **Lei no 601, de 18 de setembro de 1850**. Lei de Terras. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10601-1850.htm#:~:text=L0601%2D1850&text= Acesso em 25 mar. 2023.

BRASIL. **Medida Provisória no 2.220, de 04 de setembro de 2001**. Concessão de uso especial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm. Acesso em: 25 de março de 2023.

BRASIL. **Medida Provisória nº 759, de 2016**: Notas Descritivas. Brasília, DF, fevereiro de 2017, p. 10. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/notas-descritivas-sobre-medidas-provisorias/2016/nota-descritiva-da-medida-provisoria-no-759-de-2016-dos-consultores-legislativos-alessandra-torres-luis-antonio-g-c-silva-debora-veloso-maffia-fabio-vaismann-livia-de-souza-viana-e-rose-mirian-hofmann/@@display-file/arquivo>. Acesso em: 04 maio 2023.

BRASIL. STF: **Constituição 30 anos**: As Constituições Brasileiras de 1824 a 1988. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=391696>. Acesso em: 07 maio 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2019.

CAVALCANTE, José Luiz. A Lei de Terras de 1850 e a reafirmação do poder básico do Estado sobre a terra. **Histórica**, v.1, n.7, 2005. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/antiores/edicao02/materia02/LeideTerra.pdf>. Acesso em: 3 maio 2023.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. **Panorama Municipal Regularização Fundiária Urbana**: a implementação da Lei 13.465/2017. Brasília, 2023. Disponível em: https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/abril__Estudo_T%C3%A9cnico_Panorama-Municipal_REURB-2023.pdf. Acesso em: 04 maio 2023.

CUNHA, Michely Freire Fonseca. **Manual de Regularização Fundiária Urbana Reurb**. Salvador: Editora JusPodivm, 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Sistemas de Registros de Imóveis**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DUARTE, Marise Costa de Souza. **Revista Fides**, v. 6, n. 1, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direitos reais**, v.5. Salvador: Juspodivm: 2017.

HARVEY, David. O Direito à cidade. **Lutas Sociais**. n. 29, jul./dez., São Paulo, 2012.

HOLSTON, James. **Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2013.

KHURI, Naila de Rezende. O novo instituto da legitimação fundiária na regularização fundiária urbana: primeiras reflexões sobre a Lei 13.465, de 11 de julho de 2017. In: DEL GUÉRCIO NETO, Arthur; DEL GUÉRCIO, Lucas Barelli (coord.). **O Direito notarial e registral em artigos**. v. 2. São Paulo: YK Editora, 2017. p. 285-319.

LEFEBVRE, Henry. **O Direito a Cidade**. 5. ed., São Paulo: Centauro, 2008.

LEI%20No%20601%2C%20DEsem%20preenchimento%20das%20condi%C3%A7%C3%B5es%20legais. Acesso em: 09 maio 2023.

NEVES, Erivaldo Fagundes. Sesmarias em Portugal e no Brasil. **Politeia - História e Sociedade**, v. 1, n. 1, 2001.

OLIVEIRA FILHO, João Telmo de. O Estatuto da Cidade – fundamentos e principais instrumentos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5370/o-estatuto-da-cidade>. Acesso em: 18 abr. 2023.

ROLNIK, Raquel. São Paulo na virada do século: o espaço é político. **Espaços & Debates**, n. 17, ano VI. São Paulo, Neru, Editora UFRJ, 1986.

ROSENVALD, Nelson. **Aquisição e Perda da Posse de Bens Imóveis – Estado da Arte**. São Paulo: Atlas, 2015.

SANTIN, Janaína Rigo; COMIRAN, Rafaela. Direito urbanístico e regularização fundiária. **Revista de Direito da Cidade**, v. 10, n. 3, p. 1595-1621, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/32734/26014>. Acesso em: 04 maio 2023.

SANTOS, Milton. **A Urbanização Brasileira**. São Paulo: Editora Hucitec, 1996.

SANTOS, Milton; SILVEIRA, Maria Laura. **O Brasil: território e sociedade no início do século XXI**. São Paulo: Editora Hucitec, 2001.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. São Paulo: Safe, 2004.

SILVA, Jailson de Souza (Coord.). **O que é favela, afinal?** Rio de Janeiro: Observatório de Favelas, 2009. Disponível em: https://www5.pucsp.br/ecopolitica/downloads/1_D_2009_O_que_favela_afinal.pdf. Acesso em: 12 ago. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Ângela Gordilho. Favelas, invasões e ocupações coletivas nas grandes cidades brasileiras: (Re) Qualificando a questão para Salvador-BA. **Cadernos Metrópole**., n. 05, p. 63-89, 2001.

SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a cidade**: uma introdução ao planejamento e a gestão urbana. 4 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003

“

STANDARDS DE PROVA
EM UM PROCESSO PENAL
DEMOCRÁTICO

”

LUIZ AUGUSTO COUTINHO

STANDARDS DE PROVA EM UM PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

THE STANDARD OF PROOF IN A DEMOCRATIC CRIMINAL PROCEDURE LAW

LUIZ AUGUSTO COUTINHO¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Da Prova. 3 Sistema de avaliação das provas. 4 Santards probatórios. 4.1 A prova além da dúvida razoável. 5 Demonstração de aplicação dos standards de prova no processo penal brasileiro. 5.1 Standard probatório no delito antecedente de lavagem de capitais. 5.2 Aplicação do art. 158 do CPP e a imprescindibilidade de exame pericial para comprovação do furto qualificado. 5.3 Reconhecimento de pessoas à luz do art. 226 do CPP. 5.4 Necessidade de consentimento para ingresso de policial em domicílio. 5.5 Do standard probatório na decisão de pronúncia (Art 413 CPP). 6 Conclusões.

RESUMO

O presente estudo busca debater os graus de convicção ou modelos de constatação em que deve se basear o julgador para dar como provada determinada hipótese no processo criminal. Originado no direito anglo-saxão, inicialmente designado como Standard of proof, tais premissas contam com pelo menos quatro padrões probatórios que precisam ser investigados: prova clara e convincente (clear and convincing evidence); prova mais que provável que sua negação (more probable than not); preponderância da prova (preponderance of the evidence); prova além da dúvida razoável (beyond a reasonable doubt). Os três primeiros, de mais ampla aplicação no Direito Civil e Administrativo e o último considerado, na maioria das vezes, em processos de natureza criminal condenatória. Esse sistema da prova para além da dúvida razoável é compatível com a Constituição Federal e encontra arrimo, também, no Estatuto de Roma, inclusive com ratificação em decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O Standard de prova é um critério que estabelece o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado. Assim, considerando que o processo penal é uma arena de incertezas e que a acusação sempre tem uma considerável vantagem por contar com o aparato estatal ao seu favor, ao passo que o imputado conta apenas com seu defensor, surge, desta forma, uma maior necessidade de demonstração da responsabilidade por parte daquele. Por essa razão, o Estado, nas sociedades livres e democráticas, deve tratar os cidadãos como inocentes até que se prove em contrário,

1 Conselheiro Federal da OAB, PhD - Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/IGCUIs Gentium e Pós-doutor pela Universidad de Ciencias Empresariales Y Sociales. Pós-graduado e Mestre em Direito Público pela UFPE; Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais Universidad Museo Social Argentino; Professor de Direito Penal na UCSal e da Academia de Polícia Militar da Bahia; Presidente da Associação Nacional de Advogados Afrodescendentes (Anaad); Membro do Instituto dos Advogados do Brasil e da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas. ex-Presidente da Caixa de Assistência dos Advogados da Bahia e ex-diretor da Escola Superior de Advocacia.

privilegiando um julgamento pró-cidadão. A preocupação com a segurança do juízo de fato à luz da completude da prova transparece em diversos precedentes dos Tribunais Superiores sobre questões probatórias. Por tais razões se justificam as observações deste artigo as quais se validam na visão de processo penal democrático.

ABSTRACT

The present study seeks to discuss the degrees of conviction or models of confirmation on which the judge should be based to ensure that a specific hypothesis is confirmed in the criminal procedure. Originated in the Anglo-Saxon system of law, initially designated as the Standard of proof, such premises have at least four evidentiary standards that need to be investigated: clear and convincing evidence; evidence that is more probable than not; preponderance of the evidence; beyond a reasonable doubt. The first three are of broader application in Civil and Administrative Law and the last one is considered, most of the time, in criminal conviction proceedings. This system of proof beyond reasonable doubt is compatible with the Federal Constitution and is also supported by the Rome Statute and ratified in decisions of the European Court of Human Rights. The standard of proof is a criterion that establishes the degree of evidentiary confirmation necessary for the judge to consider a factual statement as proved. Thus, considering that the criminal process is an arena of uncertainties and that the prosecution always has a considerable advantage, once it has the state apparatus in its favor, while the accused has only its defender, thereby, arises a greater need to demonstrate the responsibility of those who accuse. For this reason, the state, in free and democratic societies, must treat citizens as innocent until proven guilty, privileging a pro-citizen judgment. The concern with the security of a judgment based on fact under the entirety of the evidence appears in several precedents of the Superior Courts on evidentiary issues. For these reasons, the observations presented in this article validate the institute of standards of proof in a democratic criminal procedure law.

1 Introdução

O processo penal é uma relação jurídica integrada por um complexo de atos que viabilizam a formação de um juízo de valor pelo julgador com o objetivo de estabelecer, com certo grau de convicção, algo próximo da verdade e que estabeleça um ideal de justiça.

É correto afirmar que sua função é a reconstrução histórica dos fatos em apuração pela qual o “espírito humano deverá se apoderar da verdade” (Carnelutti, 1947), sendo um dos principais postulados do processo penal a necessidade indissociável de busca da certeza (ainda que não seja absoluta) e a indispensabilidade da demonstração dos fatos, envolvendo a um só tempo, a justiça material (aplicação da lei ao caso concreto) e a justiça processual (devido processo legal – participação das partes através do contraditório, assegurando a ampla defesa).

2 Da Prova

Neste contexto podemos afirmar que prova é o ato que visa a obtenção da veracidade de um fato ou da prática de um ato, tendo como base a formação do convencimento do julgador acerca da existência ou inexistência de determinada situação fática.

José Frederico Marques, explica que a “prova é elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que este se serve para a averiguar os fatos em que as partes fundamentam suas alegações” (Marques, 1997, p. 253).

Como bem afirma Fabiano Pimentel, ilustre doutrinador baiano, “a prova é o coração do processo”, anotando em seguida que os “conceitos de verdade e certeza são inalcançáveis” (Pimentel, 2021, p. 580).

Assim, a matéria atinente à prova assume especial relevo no direito processual penal porque a sua avaliação crítica fundamentará a decisão que condena ou absolve o imputado, devendo serem observados os princípios constitucionais que garantem a ampla e efetiva defesa e que prestigiam a presunção de inocência.

Para Malatesta, “o fim supremo do processo judicial penal é a verificação do delito, em sua individualidade subjetiva e objetiva” (Malatesta, 2022, p.82), buscando como precípua finalidade ao encontro com a verdade real.

Carnelutti (1947), por sua vez, anota que:

provar significa, com efeito, demonstrar a verdade de uma proposição afirmada. Por outro lado, no âmbito jurídico, o controle dos fatos controvertidos por parte do juiz que pode não se realizar mediante a busca de sua verdade, mas sim mediante os procedimentos de fixação formal. [...] ou seja, já não significará demonstrar a verdade dos fatos controversos, mas determinar ou fixar formalmente os fatos mediante determinados procedimentos (Carnelutti, 1947, p. 55).

São elementos integradores da prova: o objeto; o sujeito e os meios de prova. Por *objeto* entende-se os fatos pertinentes e relevantes a serem demonstrados no processo bem como as circunstâncias objetivas e subjetivas que circundam o fato em apuração e que possam demonstrar a ocorrência daquilo que é objeto de investigação e a responsabilidade do agente visando a busca da verdade.

O *sujeito da prova* será sempre a pessoa física que transmite o conhecimento sobre o objeto da prova reproduzindo uma percepção direta ou indireta do fato em apuração que será dirigida ao julgador (receptor da prova); os *meios*, ao seu tempo, são elementos que podem justificar ou esclarecer os fatos em apuração sobre os quais recaem o objeto da prova e estão devidamente explicitados no Código de Processo Penal – CPP: exame de corpo de delito (art.158-184); interrogatório do acusado (art.185-196); confissão (art.197-200); perguntas ao ofendido (art. 201) ; testemunhas (art. 202-225); reconhecimento de pessoas e coisas (art. 226-228); acareação (art. 229 -230); apresentação de documentos (art. 231-238); busca e apreensão (art.240-250) (Brasil, 1941).

Feitas essas observações importa definir o *momento de produção da prova* impõe ao acusador delimitar e requerer na denúncia o que pretende provar, ônus similar imposto ao querelante na ação penal privada, enquanto o acusado, através do seu defensor, deverá fazê-lo nas suas primeiras declarações (defesa prévia), providências que uma vez deferidas pela autoridade judicial, implicarão em momento oportuno na sua produção, que poderá ser imediata (juntada de documentos), ou em data oportuna (oitiva de testemunhas).

Neste particular, impende registrar que ordinariamente o ônus probante incumbirá a quem fizer a alegação (art. 156 CPP), devendo o acusador demonstrar a ocorrência do fato e sua autoria, enquanto a defesa deverá demonstrar a sua inexistência, ou que tenha agido sob excludente de ilicitude, culpabilidade ou punibilidade, e ainda, a existência de circunstância que atenua ou diminua a pena, que implique na substituição ou minoração do regime de cumprimento.

Todavia, o tema não é de consenso como afirma Thiago Minagé:

Logo, a lógica descrita no art.156 do CPP que diz: ‘Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem fizer’ possui nítida conotação processualista civil e agora causa tamanho problema no processo penal quando a defesa vier alegar qualquer fato que possa excluir a ilicitude ou a culpabilidade, eis que, antes de qualquer alegação defensiva, estávamos confortavelmente satisfeitos com o conceito de que o ônus da prova incube a quem alega tendo em vista a necessidade de exigir do MP a comprovação da existência de um fato típico, ilícito e culpável, entretanto, quando a defesa ao atuar alega uma excludente, mantendo a mesma lógica do ônus da prova, à defesa compete agora a necessidade de comprovar sua alegação, ou seja, qualquer tese defensiva acarreta consequentemente a inversão do ônus da prova, ora, se assim for melhor permanecer sem defesa eis que ao atuar acaba agravando a situação processual do acusado. Mas sempre tem aquele que levanta o dedo e diz: mas então agora acabe ao MP provar que NÃO ocorreu, por exemplo a legítima defesa? Eu sempre respondo: Sim, na verdade sempre coube ao MP essa obrigação, mesmo porque uma vez comprovada a existência do crime (fato típico ilícito e culpável) descaracteriza-se toda e qualquer alegação de excludente. (Minagé, 2015).

No que é acompanhando por Gustavo Badaró (2019):

No processo penal, diante da garantia constitucional da presunção de inocência, não há distribuição do ônus da prova, que pesa todo sobre a acusação. Trata-se de um ônus da prova unidirecional, não havendo, pois, distribuição do ônus da prova, como ocorre no processo civil. Além disso, em decorrência da garantia constitucional da presunção da inocência, também não são admitidas no processo penal presunções legais ou judiciais contra o acusado. (Badaró, 2019, p.438).

3 Sistema de avaliação das provas

Para aferição da prova é necessário a compreensão dos sistemas de avaliação com o escopo de definir os seus reflexos na busca da verdade real, finalidade última do processo criminal.

O primeiro modelo é definido pela *íntima convicção* (convencimento moral) através do qual a valoração da prova decorre de um modelo aleatório e axiológico baseado na livre opção do magistrado que julgará sem necessidade de apresentar as razões do seu convencimento, baseando-se nas impressões pessoais e conclusões que não necessitam ser justificadas. Esse modelo probatório é passível de fundadas críticas por entender como satisfeito a formação da convicção firme no espírito do magistrado que gerará uma crença inafastável em uma determinada prova com caráter absoluto, mas de impossível controle objetivo ante a subjetividade da formação do convencimento íntimo.

O segundo modelo é definido pela *prova legal* ou *tarifada* que surge como contraposição ao primeiro modelo objetivando afastar as eventuais arbitrariedades e pretende, ao mesmo tempo, fixar um parâmetro objetivo para aquilatar as provas através de um conjunto

de regras pré-definidas que graduam, limitam e até mesmo, excluem a eficácia das fontes e meios de provas, estabelecendo a partir de uma tabela o valor específico de cada prova.

O terceiro e último, e que veio a ser adotado pelo CPP decorre do *livre convencimento motivado* (valoração racional da prova). Neste caso, racionalmente, o magistrado apontará sua decisão levando em consideração cada prova de *per si*, por meio de um raciocínio judicial que será exposto na fundamentação do julgado. Nesta hipótese o juiz deverá analisar cada elemento constante dos autos e justificar as razões pela qual irá valorar as circunstâncias apresentadas em favor de uma das partes, lembrando sempre de observar critérios estabelecidos na lei.

Neste sentido é importante pensar que a reconstrução dos fatos através da prova tem como objetivo último a busca da verdade, devendo se ter em conta que neste tema não existe verdade como algo absoluto.

Taruffo (2007) adverte que a “verdade não é absoluta pois baseia-se no material probatório disponibilizado no processo.” (Taruffo, 2007, p. 207). Assim, na hipótese da parte se equivocar na produção da prova, por inabilidade ou por omissão, teremos uma verdade processual que necessariamente não representará a verdade real, ou seja, a “verdade é aquela que estabelece um grau de confirmação lógica de um enunciado com base nas informações que se referem aquele enunciado. A probabilidade no processo corresponde ao grau de confirmação que as provas apresentadas aos enunciados relativos aos fatos da causa” (Auilo, 2021, p. 43).

A verdade pode ser explicada por três teorias: *teoria da coerência* – a verdade esta centrada em uma crença de que faz parte de um sistema harmônico e coerente; *teoria pragmatista* – vincula a verdade à sua utilidade, e finalmente, a *teoria consequencialista* que vincula a verdade a um consenso racional sobre o que é afirmado.

Ferrajoli (1990) explica a verdade pela ideia de “verdade por aproximação” entendendo que objetivamente a verdade é algo inalcançável tal como a “certeza absoluta” sendo um ideal inatingível. (Ferrajoli, 1990, p. 127).

Para explicar o tema, mais uma vez, recorro ao escólio de Carnelutti (1947) quando afirma:

A verdade é como água: ou é pura ou não é verdade. Quando a busca da verdade está limitada no sentido de que essa não pode ser conhecida em todo caso e mediante qualquer meio, independentemente se o limite é mais ou menos rigoroso, o resultado é sempre o mesmo: não se trata de uma busca da verdade material mas de um processo de fixação formal dos fatos. (Carnelutti, 1979, p.42).

A verdade dentro do sistema do livre convencimento motivado é aquela alegação de fato que, com base nas provas produzidas, garante um grau adequado de confirmação lógica, que por sua vez influencia na escolha do *standard* de prova correspondente, afinal, na escolha da valoração racional da prova esses valores serão sempre prováveis e nunca absolutos.

A busca da verdade deve fazer um cotejo entre a probabilidade e a segurança do juízo de fato que será norteador por dois princípios de importância na valoração probatória: completude do conjunto probatório (*evidential completeness*) e a melhor prova (*best evidence*).

Para o primeiro, a completude do conjunto probatório (*evidential completeness*) deve ser identificado como o objetivo ideal da fase de instrução probatória, orientado a produção de todos os meios de provas lícitas relevantes e razoavelmente disponíveis aos sujeitos processuais para a obtenção de elementos de convencimento sobre as hipóteses fáticas de julgamento. Assim a completude do conjunto probatório, embora não tenha um caráter absoluto,

deve ser vista pela perspectiva da completude razoável ou tendencial, analisando os seguintes elementos: a) provas conhecidas pelos sujeitos processuais; b) provas lícitas, acessáveis e disponíveis e que serão admitidas no processo a partir de um crivo de razoabilidade diante das limitações intrínsecas e extrínsecas que incidem sobre a atividade probatória.

Já pela aferição do princípio do *best evidence* a melhor prova é compreendida a partir da relevância epistêmica e conceituada como “o conjunto de informações razoavelmente disponíveis a parte e que um julgador racional consideraria relevante para a resolução dos pontos fáticos controvertidos, favoráveis ou não à hipótese afirmada pelas partes”. (Wanderley, Gisela Aguiar. Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência, vol.2. RT, São Paulo, p. 56)

4 Standards Probatórios

Originado no direito anglo-saxão, inicialmente designado como *standard of proof*, e traduzido para a língua portuguesa como medidas de prova, graus de convicção, graus de prova ou modelos de constatação, os *standards* probatórios significam os níveis ou grau de convicção que o julgador necessita para dar como provada determinada hipótese.

Desta forma, podemos entender que os *standards* probatórios são critérios estipulados para aferir a suficiência probatória, ou seja, o quanto de prova é necessário para proferir uma decisão que possa confirmar a hipótese acusatória. Assim, os *standards* probatórios enquanto níveis de acreditação levam em consideração os reflexos de sua observância em relação ao caráter decisório experimentado pelo imputado. Se para o recebimento da denúncia é suficiente a existência de indícios que serão submetidos a confirmação durante a instrução processual, na sentença condenatória é exigido uma carga probante maior para justificar a condenação.

Doutrinariamente são estabelecidos pelo menos quatro padrões probatórios: prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*); prova mais que provável que sua negação (*more probable than not*); preponderância da prova (*preponderance of the evidence*) e prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), sendo os três primeiros de mais ampla aplicação no direito civil e administrativo e o último considerado, na maioria das vezes, em processos de natureza criminal condenatória, sem embargo de existirem hipóteses de rebaixamento de *standard* para algumas decisões com menor exigência probatória como explicaremos na sequência.

George Fletcher (1988) faz uma interessante ponderação para explicar os padrões probatórios ao estabelecer uma comparação a partir de um campo de futebol americano: imagine um campo com 100 jardas e que a convicção partisse da primeira delas, a preponderância da prova (*preponderance of the evidence*) equivaleria passar da quinquagésima jarda ao passo que a prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*) seria o mesmo que atingir a septuagésima marcação e, por fim, a prova além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*) estaria presente a partir da nonagésima jarda (Fletcher, 1988, p.16).

Como bem explica Alexandre Morais da Rosa (2020) :

As metáforas servem de pontes que ligam situações já conhecidas àquelas que precisamente queremos compreender melhor, sugerimos ao leitor que recupere o que já sabe da modalidade esportiva do salto com vara. Com auxílio de uma vara, o atleta deve saltar por cima de um sarrafo. O sarrafo, por sua vez, é posicionado em alturas cada vez mais elevadas conforme a competição se desenvolve, de modo que, o que era

necessário para ingressar na prova não será suficiente para finalizá-la. Invariavelmente, o atleta não consegue realizar seu salto sem provocar a queda do sarrafo (“Um atleta falha se: após o salto, a barra não permanece nos suportes devido à ação do atleta durante o salto”). Nessas condições, o salto não conta para a competição. Pois bem, é exatamente neste ponto que gostaríamos de propor a conexão entre os conhecimentos já acumulados sobre salto com vara e a melhor compreensão que se quer alcançar sobre os standards probatórios: um standard probatório funciona como o *sarrafo* no salto com vara, podendo ser posicionado mais baixo ou mais alto. A maior ou menor altura imporá, tal como no salto com vara, graus distintos de dificuldade ao jogador. No contexto do processo penal - que, ao menos supostamente, parte do pressuposto de que a condenação de inocentes é erro que deve ser mais evitado do que o erro da absolvição de culpados - a estratégia consiste em posicionar o sarrafo alto para a hipótese acusatória, dificultando que hipóteses acusatórias de menor qualidade cheguem a produzir resultados. Isso mesmo, a hipótese acusatória é o *saltador*; é ela quem deve superar o standard, saltar mais alto do que o sarrafo está posicionado. Para explorar com mais detalhe o potencial explicativo da metáfora: se no salto com vara os limites demarcados à área de corrida e à área de queda devem ser respeitados pelo saltador, o mesmo se diz sobre a hipótese fática acusatória: a corrida que precede o salto não é indefinida; a queda que se segue a ele tampouco. Não pode o saltador correr o quanto queira para então dar seu salto; nem buscar saltar tão alto sem a preocupação de respeitar os limites da área de queda. Ou seja, a hipótese fática acusatória (saltador) precisa superar o standard (saltar mais alto que o sarrafo) com a observância de limites predeterminados (não há vale-tudo probatório). O standard probatório precisa ser alcançado para que dada hipótese acusatória seja tomada como suficientemente provada (considerada juridicamente verdadeira). Não vale recorrer a certezas íntimas que não podem ser racionalmente explicadas. Portanto, está fora do poder do julgador (árbitro), afirmar que o salto é válido “porque sim”; antes, terá de recorrer à satisfação das condições previamente impostas de modo a atestar o resultado do julgamento (competição). Assim sendo, a adoção de um standard probatório corresponde ao objetivo institucional de se promover uma determinação dos fatos mais rigorosa e racional, cuja regularidade dos passos constitutivos do resultado final possa ser verificada por outros sujeitos interessados. (Rosa, 2020).

O Brasil caminha, ainda que lentamente, rumo à adoção da teoria dos *standards* de prova como meio de fornecer segurança jurídica aos profissionais do direito, na averiguação da hipótese fática e sua comprovação. É dizer, “*standards* de prova são critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado” (Badaró, 2019, p. 236).

Os *standards* probatórios enquanto nível de acreditação exigidos para a prestação jurisdicional impõe a validação a partir de um juízo de probabilidade. Considere-se que, a certeza é algo inalcançável, imprescindível a estipulação de regras mínimas que são necessárias para confirmar a hipótese.

Desta forma, a função dos *standards* é evitar a vinculação da provas às crenças de ordem pessoal, num segundo plano, o standard deve ser suficientemente preciso para evitar o controle intersubjetivo de sua aplicação e, finalmente, os *standards* devem incorporar a

preferência pelos erros negativos em relação aos positivos, ratificando os valores sociais garantistas, preferência por erros do tipo falso negativo [absolvições falsas] em detrimento de um falso positivo [condenação indevida].

Os *standards* devem ser pensados para justificar a responsabilidade penal – culpabilidade do imputado, considerando: a) a hipótese deve explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente e permitindo formular resultados confirmáveis e b) devem refutar as demais hipóteses incompatíveis com a inocência do acusado.

Assim é almejável a produção de um conjunto probatório o mais razoavelmente completo e confiável possível para inferir uma decisão dotada de maior segurança e menor risco de erro, que inegavelmente, geram uma maior legitimidade do processo e, consequentemente, da decisão judicial.

Por essa razão o direito anglo-saxão avançou para buscar a demonstração da segurança do juízo de fato, conforme a lição de Dale Nance ao explicar o papel dos princípios para a valoração da prova em observância a segurança do fato: “princípio da completude do conjunto probatório (*evidential complementeness ou total evidence* e o princípio da melhor prova (*best evidence*) (Nance, 1988).

4.1 A prova além da dúvida razoável

Inegavelmente, esse *standard* probatório é o mais seguro para alicerçar a condenação criminal. A origem deste *standard* probatório é encontrada no direito norte-americano, inicialmente, vinculada à ideia de “certeza absoluta”, vigorante no século XVIII, que ante a impossibilidade de sua comprovação evoluiu para a “certeza moral” que pode ser admitida por provas além da dúvida razoável, ou seja, verdades firmes e bem estabelecidas fundadas em amplo material probante.

Importante destacar que a busca da certeza absoluta jamais autorizaria uma condenação criminal ante as infinitas possibilidades de suscitação de dúvidas, sendo certo que, a dúvida razoável é compatível com a presunção de inocência. Na hipótese de preponderância de circunstâncias provadas resta autorizada a condenação, em caso contrário deve ser acolhida a proposição do *in dubio pro reo*.

A justificativa para a adoção da medida de prova *beyond a reasonable debut* justifica a prolação da sentença condenatória quando restar comprovada a hipótese acusatória e não haja coerência nas justificativas apresentadas pela defesa para refutar a acusação. Surgem aí, as hipóteses de dúvidas tangíveis e intangíveis, as primeiras são compatíveis com o estado de inocência e autorizam o reconhecimento da razoabilidade da dúvida, e portanto, a absolvição. Já nas dúvidas intangíveis, o julgador ficará impossibilitado de atender ao pleito absolutório ante a falta de verossimilhança nas alegações.

Inegavelmente esse sistema é compatível com a Constituição Federal, especialmente, com o princípio da presunção de inocência, art. 5º, LVII, como decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADC 30, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux : “o princípio da presunção de inocência, na vertente moderna, deve ser compreendido como compatível com o *standard* probatório de que a responsabilidade penal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável, impondo, com acerto, um pesado ônus probatório para a acusação.” Mesmo sentir da Ministra Rosa Weber na APO 521 MT, “como regra de prova, sua melhor formulação seria o *standard* probatório anglo-saxônico segundo a qual a responsabilidade criminal deve ser provada acima de qualquer dúvida razoável”, ratificando a posição já adotada na APO 470, quando ambos os julgadores foram acompanhados pelos Ministros Gilmar Mendes, Dias Tóffoli e Celso de Mello.

Na mesma esteira, o Estatuto de Roma, ao tratar da presunção de inocência, dispõe no item 3 do seu artigo 66 que “para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável”. (Freire Jr.; Silva, 2022, p. 72).

Demais disto, a adoção da prova acima da dúvida razoável para além de prestigiar a presunção de inocência, aumenta a possibilidade de refutação por parte do acusado, inequivelmente vulnerável frente à força do Estado acusador, prevenido, por consequente, o erro judiciário com a condenação de pessoas inocentes e livrando da gravidade das consequências oriundas de uma sentença condenatória.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos também usa o *standard*, aqui trabalhado, como orientador para as suas condenações criminais. Em *Tashin Acar v. Turquia*, julgamento protagonizado pela Grande Câmara da Corte, em 8 de abril 2004, o reclamante, turco e residente na Suécia, dizia que as forças policiais da Turquia eram responsáveis pelo desaparecimento de seu irmão, Mehmet Salim Acar. O Tribunal concluiu que não tinha sido estabelecida, *sem qualquer dúvida razoável*, a responsabilidade do governo turco pelo desaparecimento de Mehmet.

Tais fundamentos também podem ser encontrados na doutrina italiana, podendo ser citado Francesco Iacoviello, ao explicar a necessidade de confirmação da acusação para estabelecer um edito condenatório, afirmando: que as provas devem estar apoiadas em todos os seus elementos constitutivos; as contraprovas não devem destruir o seu núcleo especial; as contra hipóteses devem se revelar não demonstráveis ou implausíveis; a hipótese deve ter coerência lógica interna, isto é, hipótese dever ser a única congruente em relação aos fatos. (Iacoviello, 2000, p. 21).

Assim podemos concluir que, a densidade da medida de prova acima da dúvida acima do razoável é atingida quando a acusação consegue demonstrar suas hipóteses de maneira precisa a afastar as explicações de inocência entabuladas pela defesa e que acabaram sendo descartadas.

5 Demonstração de aplicação dos *standards* de prova no processo penal brasileiro

A preocupação com a segurança do juízo de fato à luz da completude da prova transparece em diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre diversas questões probatórias como veremos a seguir.

5.1 *Standard probatório no delito antecedente de lavagem de capitais*

A Lei nº 9.613 de 1998 descreve o crime de “lavagem ou ocultação de bens”, muito conhecido como lavagem de dinheiro, que consiste no ato de ocultar ou dissimular a origem ilícita de bens ou valores que sejam frutos de crimes.

De acordo com a jurisprudência do STJ para fins de admissibilidade da denúncia² por

2 Quanto a tema, o seguinte precedente da Suprema Corte: “A denúncia não precisa trazer prova cabal acerca da materialidade do crime antecedente ao de lavagem de dinheiro. Nos termos do art. 2º, II e § 1º, da Lei 9.613/1998, o processo e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro “independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes”, bastando que a denúncia seja “instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente”, mesmo que o autor deste seja “desconhecido ou isento de pena”. Precedentes (HC 89.739, rel. min. Cezar Peluso, DJe-152 de 15.08.2008). “ (HC 91.603, rel. Ellen Gracie, DJe-182 de 25.09.2008), o que não é caso dos autos. Ordem denegada.” (STF, HC 94958/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Documento: 955890 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 17/05/2010, p. 12) Igual sentido foi firmado pela Jurisprudência do STJ

lavagem de capitais não é exigida a comprovação da prova além da dúvida razoável quanto ao delito antecedente, bastando para tanto a existência de indícios quanto a infração antecedente e a prática do branqueamento, sendo certo, todavia, que a ausência de proposição posterior da ação pelo delito antecedente implica na impossibilidade de reconhecer a origem ilícita na fase de julgamento.

Assim verifica-se uma progressão de exigência do *standard* probatório, enquanto na fase preliminar o recebimento poderá se basear na hipótese de indícios por ocasião do julgamento final é necessária a comprovação prova *beyond a reasonable debut*, afinal, a exposição de motivos da Lei 9613/98 é explícita no item 61: “a suficiência de indícios relativos ao crime antecedente está a autorizar tão somente a denúncia devendo ser outro o comportamento em relação a eventual juízo condenatório” (Brasil, 1998).

Como afirma Gustavo Badaró: “nem a Lei 9613/98 nem a Constituição, autorizam que, no caso de crime de lavagem de dinheiro possa ser proferida sentença condenatória apenas com base em indício suficiente da existência de crime antecedente” (Badaró, 2019, p. 372).

5.2 Aplicação do art. 158 do CPP e a imprescindibilidade de exame pericial para comprovação do furto qualificado

Ainda em análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema verifica-se que a interpretação aponta no sentido de ser imprescindível a comprovação através da prova pericial (art. 158 CPP³) para o reconhecimento da qualificadora⁴.

no tema número 166 quando trata do crime de lavagem de dinheiro :” A aptidão da denúncia relativa ao crime de lavagem de dinheiro não exige uma descrição exaustiva e pormenorizada do suposto crime prévio, bastando, com relação às condutas praticadas antes da Lei n. 12.683/2012, a presença de indícios suficientes de que o objeto material da lavagem seja proveniente, direta ou indiretamente, de um daqueles crimes mencionados nos incisos do art. 1º da Lei n. 9.613/1998. No mesmo sentido: “A prova da materialidade exigida pelo artigo 41 do Código de Processo Penal relaciona-se ao delito de lavagem de dinheiro e não aos delitos antecedentes, dos quais na norma extravagante requer singelos indícios de existência. Precedentes da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. 4. A denúncia instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente ao delito de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores satisfaz os pressupostos da Lei Especial para o seu oferecimento e recebimento. “ (HC 103097/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Jane Silva, DJU de 24/11/08). “ A teor do que dispõe artigo 2º, inciso II, da Lei nº 9.613/1998, segundo o qual a denúncia pelo crime de lavagem de dinheiro independe do processamento do acusado pela infração que a antecede, mostra-se possível, em princípio, a deflagração da ação penal tão-somente em relação àquele delito, desde que a peça acusatória esteja instruída “com indícios suficientes da existência do crime antecedente” (§ 1º do art. 2º do mencionado diploma). (HC 65041/CE, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Galotti, DJ 01/10/2007).

3 Art. 158: Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado (Brasil, 1941).

4 Nesse sentido: “PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME PERICIAL DIRETO NÃO REALIZADO. LAUDO INDIRETO E PROVA TESTEMUNHAL. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A NÃO REALIZAÇÃO DO EXAME DIRETO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES. RECURSO PROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a incidência da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal exige exame pericial para a comprovação do rompimento de obstáculo, somente admitindo-se prova indireta quando justificada a impossibilidade de realização do laudo direto. 2. Hipótese em que a qualificadora deixou vestígios e foi aplicada com base em laudo indireto e prova testemunhal, ausente justificativa sobre eventual impossibilidade de realização da perícia direta. 3. Agravo regimental provido para dar provimento ao recurso especial e desclassificar a conduta de furto qualificado para furto simples (art. 155, caput, do Código Penal), devolvendo-se ao Tribunal a quo o ajuste da pena. (AgRg no REsp n. 1.513.004/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 1/10/2015, DJe de 7/10/2015). 2. “[...] Consoante a jurisprudência desta Corte, para o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstá-

Tal posicionamento prestigia a regra do princípio da melhor prova *best evidence*, forma encontrada para a produção da prova com melhor qualidade e potencial cognoscivo, conforme se confirma da ementa seguinte:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO. QUALIFICADORA. EXAME PERICIAL. AUSÊNCIA. MANUTENÇÃO. CONDENAÇÃO. MODALIDADE SIMPLES. CABIMENTO. ANULAÇÃO. PROCESSO. INVIABILIDADE. 1. A ausência de exame pericial direto, quando possível a sua realização, inviabiliza a inclusão da qualificadora de rompimento de obstáculo, mas não impõe a absolvição do acusado, que deverá ser condenado pela forma simples do delito, para a qual a comprovação da materialidade delitiva pode ser feita por outros meios de prova. 2. Correto o procedimento adotado pelas instâncias ordinárias, que, em razão da ausência de laudo pericial direto, afastaram a qualificadora, porém mantiveram a condenação do agravante por furto simples. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.318.601/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 20/2/2014).

5.3 Reconhecimento de pessoas à luz do art. 226 do CPP

Um outro tema que já foi enfrentado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça à luz da regra para além da dúvida razoável, foi o reconhecimento de pessoas.

O tema foi enfrentado pelo Tribunal Superior por ocasião do julgamento do HC 598.866/SC em 27/10/2020, sob a relatoria do Ministro Rogério Schietti que fixou orientação o sentido que: “O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.”

Sob a égide de um processo penal comprometido com os direitos e os valores positivados na Constituição da República, busca-se uma verdade processual em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula às regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional; uma verdade, portanto, obtida de modo “processualmente admissível e válido” (Figueiredo Dias).

Janaína Matida (2021) pontua:

A visibilidade cada vez maior de condenações injustas de distintos sistemas jurídicos, resultantes de reconhecimentos malfeitos, acabou produzindo as condições necessárias para a revisão dessa interpretação relativizadora das formalidades. Iniciativas como do Innocence Project Brasil (comandado por Flávia Rahal, Dora Cavalcanti e

culo, prevista no art. 155, § 4º, I, do Código Penal, é imprescindível a realização de exame pericial, sendo possível a sua substituição por outros meios probatórios somente se não existirem vestígios ou tenham esses desaparecido, ou quando as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo. 3. Hipótese em que o laudo pericial foi realizado, porém de forma indireta, apenas com base nas informações do inquérito policial, não tendo sido apontado nenhum fundamento capaz de justificar a não realização da perícia de forma direta, como aliás havia sido determinado pela autoridade policial, impondo, assim, o afastamento da qualificadora da escalada. Precedentes.” (HC 160.642/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 20/8/2015)

Rafael Tucherma) e do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (mais especialmente do projeto Prova sob Suspeita, idealizado por Marina Dias) foram fundamentais na construção do contexto da reflexão crítica necessária para que finalmente se assumisse o caráter urgente da reforma do procedimento do reconhecimento de pessoas. (Matida, 2021).

Por essas razões foi considerado inválido: “o reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.”

Também o Supremo Tribunal Federal em julgamento concluído no dia 23/2/2022, através da Segunda Turma, deu provimento ao RHC 206.846/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, para:

[...] absolver um indivíduo preso em São Paulo depois de ser reconhecido por fotografia, tendo em vista a nulidade do reconhecimento fotográfico e a ausência de provas para a condenação. Reportando-se ao decidido no julgamento do referido HC n. 598.886/SC, no STJ, foram fixadas três teses: 4.1) O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa; 4.2) A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas; 4.3) A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos. (Brasil, STF, 2022).

Nesta toada, observa-se a inclinação jurisprudencial no sentido de não acatar para efeito de condenação criminal a prova refutável e que esteja abaixo no nível de confirmação suficiente a demonstrar a observância da status probante para além da dúvida razoável.

5.4 Necessidade de consentimento para ingresso de policial em domicílio

Um outro tema enfrentado pelo Tribunal da Cidadania é a necessidade de registro da diligência policial que determina a invasão de domicílio pautando seus fundamentos na existência de *provas suficientes* para justificar a medida extrema, consoante se verifica do acórdão no HC 598.051/SP⁵ ao exigir que “seja totalmente registrada em vídeo e áudio,

5 HC n. 598.051/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 15/3/2021.

de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar” (Brasil, STF, 2021).

A orientação jurisprudencial no caso prestigia o art. 5º, XI, da Constituição Federal que consagrou o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio, ao dispor que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (Brasil, 1988).

Segue a ementa do acórdão para justificar: “As circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, *de modo satisfatório e objetivo*, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito” (Brasil, STF, 2021)

Da jurisprudência norte-americana colhe-se o fundamento utilizado no acórdão de que:

A par da necessidade do exame da causa provável para a entrada de policiais em domicílio de suspeitos de crimes, *não pode haver dúvidas sobre a voluntariedade da autorização do morador (in dubio libertas)*. O consentimento “deve ser inequívoco, específico e conscientemente dado, não contaminado por qualquer truculência ou coerção (*“consent, to be valid, ‘must be unequivocal, specific and intelligently given, uncontaminated by any duress or coercion’”*). (*United States v McCaleb*, 552 F.2d 717, 721 (6th Cir 1977), citando *Simmons v Bomar*, 349 F.2d 365, 366 (6th Cir 1965). Além disso, ao Estado cabe o ônus de provar que o consentimento foi, de fato, livre e voluntariamente dado, isento de qualquer forma, direta ou indireta, de coação, o que é aferível pelo teste da totalidade das circunstâncias (*totality of circumstances*). Sendo correto afirmar que atualmente, também, “é usual a necessidade de assinatura de um formulário pela pessoa que consentiu com o ingresso em seu domicílio (*North Carolina v. Butler* (1979) 441 U.S. 369, 373; *People v. Ramirez* (1997) 59 Cal. App.4th 1548, 1558; *U.S. v. Castillo* (9a Cir. 1989) 866 F.2d 1071, 1082), declaração que, todavia, será desconsiderada se as circunstâncias indicarem ter sido obtida de forma coercitiva ou houver dúvidas sobre a voluntariedade do consentimento (*Haley v. Ohio* (1947) 332 U.S. 596, 601; *People v. Andersen* (1980) 101 Cal. App.3d 563, 579) (Brasil, STF, 2021).

Também no direito espanhol, revisitando os julgados do Tribunal Supremo destaca-se “os seguintes requisitos para o consentimento do morador: a) deve ser prestado por pessoa capaz, maior de idade e no exercício de seus direitos; b) deve ser consciente e livre; c) deve ser documentado e d) deve ser expresso, não servindo o silêncio como consentimento tácito” (Brasil, STF, 2021).

Essa argumentação prestigia o princípio da *melhor prova*, “sendo importante diferenciar, nos diversos momentos processuais, ou tipos de decisões a se tomar, os respectivos graus de *standard* de prova. E, por óbvio, será muito mais difícil preencher os requisitos do *standard* probatório para além da dúvida razoável (o patamar utilizado para poder o juiz condenar o acusado) do que o exigido para uma precária e urgente atuação policial (fundadas razões, justa causa ou causa provável) para ingressar no domicílio onde supostamente esteja sendo cometido um crime” (Brasil, STF, 2021).

5.5 Do *standard* probatório na decisão de pronúncia (Art 413 CPP)

Como cediço, a decisão de pronúncia possui natureza declaratória e determina juízo de admissibilidade da submissão do acusado ao Tribunal do Júri conforme mandamento previsto no art. 413 do Código de Processo Penal não comportando exame aprofundado de provas ou juízo meritório, cabendo ao Juiz apenas verificar a existência nos autos de materialidade do delito e indícios de autoria, como afirma Pacelli:

[...] Na fase da pronúncia, exige-se do juiz unicamente o exame do material probatório produzido até então, especialmente para a comprovação da inexistência de qualquer das possibilidades legais de afastamento da competência ou então de absolvição sumária (situações estas em que, ao contrário da pronúncia, deverá haver convencimento judicial pleno) (Pacelli; Fischer, 2021, p. 2.599).

Por essa razão a jurisprudência assentou o seguinte entendimento: “na fase processual do *judicium accusationis*, eventual dúvida acerca da robustez dos elementos de prova, resolve-se em favor da sociedade, consoante o princípio do *in dubio pro societate* (Brasil, STF, 2020).

Ocorre, porém, que esse entendimento vem sendo objeto de crítica por parte abalizada da doutrina que sustenta que, havendo dúvida quanto à materialidade delitiva, ou em relação à existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, deve prevalecer a presunção constitucional de inocência, ou seja, o entendimento que vai de contra ao rebaixamento do *standard* probatório que serviu de referência para os julgados acima.

Confira-se, neste sentido, a lição do professor Renato Brasileiro de Lima, ao comentar o art. 413 do Código de Processo Penal, *verbis*:

Regra probatória: é muito comum na doutrina assertiva de que o aplicável à decisão de pronúncia é o “*in dubio pro societate*”, ou seja, na dúvida quanto à existência do crime ou em relação à autoria ou participação, deve o juiz sumariante pronunciar o acusado. A nosso juízo, tal entendimento interpreta o art. 413 do CPP. Referido dispositivo dispõe que, para que o acusado seja pronunciado, o juiz deve estar convencido da materialidade do fato e da existência de “indícios suficientes de autoria ou de participação” (CPP, art. 413 ‘caput’). Ao fazer remissão ao “convencimento da materialidade do fato”, depreende-se que, em relação à materialidade do delito, deve haver prova plena de sua ocorrência, ou seja, deve o juiz ter certeza de que ocorreu um crime doloso contra a vida. Portanto, é inadmissível a pronúncia do acusado quando o juiz tiver dúvida em relação à existência material do crime, sendo descabida a invocação do “*in dubio pro societate*”, na dúvida quanto à existência do crime. Por sua vez, quando a lei impõe a presença de ‘indícios suficientes de autoria ou de participação’, de modo algum está dizendo que o juiz deve pronunciar o acusado quando tiver dúvida acerca de sua concorrência para prática delituosa. Na verdade, ao fazer uso da expressão ‘indícios’, referiu-se o legislador à prova semiplena, ou seja, àquela prova de valor mais tênue, de menor valor persuasivo. Dessa forma, conquanto não se exija certeza quanto à autoria para a pronúncia, tal qual se exige em relação à materialidade do crime, é necessário um conjunto de provas

que autorizem um juízo de probabilidade de autoria ou um juízo de probabilidade de participação. (...). Isso porque, se houver dúvida sobre a preponderância de provas, deve ser aplicado o “*in dubio pro reo*” e não o “*in dubio pro societate*”, cuja aplicação não tem qualquer amparo constitucional ou legal, e tem o condão de acarretar o completo desvirtuamento das premissas racionais de valoração da prova e desvirtuar o sistema bifásico do procedimento do júri brasileiro, esvaziando a própria função da decisão de pronúncia. (Lima, 2020).

Desta forma, mais uma vez, observa-se a necessidade de atendimento ao *standard* probatório da presença de prova da materialidade e dos indícios de autoria que embasam a pronúncia que deverá ser demonstrada, através de decisão concretamente fundamentada, para admitir a submissão do acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri.

6 Conclusões

O processo criminal é uma arena de incertezas. A prova é o ato que visa a obtenção da veracidade de um fato ou da prática de um ato, tendo como base a formação do convencimento do julgador acerca da existência ou inexistência de determinada situação fática.

São elementos integradores da prova: o objeto; o sujeito; e os meios de prova, sendo que o ônus probante incumbirá a quem fizer a alegação (art. 156 CPP).

Para aferição da prova é necessária a compreensão dos sistemas de avaliação com o escopo de definir os seus reflexos na busca da verdade real, finalidade última do processo criminal, sendo eles: o sistema da *íntima convicção* (convencimento moral); da *prova legal ou tarifada*; o terceiro e último, e que veio a ser adotado pelo CPP decorre do *livre convencimento motivado* (valoração racional da prova).

A verdade como explica Ferrajoli deve ser compreendida pela ideia de “verdade por aproximação” entendendo que objetivamente a verdade é algo inalcançável tal como a “certeza absoluta”, assim, conceitos de verdade e certeza são inatingíveis.

Originado no direito anglo-saxão, inicialmente designado como *Standard of proof*, e traduzido para a língua portuguesa como medidas de prova, graus de convicção, graus de prova ou modelos de constatação, os *standards* probatórios significam os níveis ou grau de convicção que o julgador necessita para dar como provada determinada hipótese.

Doutrinariamente são estabelecidos pelo menos quatro padrões probatórios: prova clara e convincente (clear and convincing evidence); prova mais que provável que sua negação (more probable than not); preponderância da prova (preponderance of the evidence); prova além da dúvida razoável (beyond a reasonable doubt), sendo os três primeiros de mais ampla aplicação no direito civil e administrativo e o último considerado, na maioria das vezes, em processos de natureza criminal condenatória.

O Brasil caminha, ainda que lentamente, rumo à adoção da teoria dos *standards* de prova como meio de fornecer segurança jurídica aos profissionais do direito, na averiguação da hipótese fática e sua comprovação. É dizer, *standards* de prova são critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado” (Badaró, 2019, p. 236).

Inegavelmente, o *standard* probatório mais seguro para alicerçar a condenação criminal é prova para além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*) que justifica a prolação da sentença condenatória quando restar comprovada a hipótese acusatória e não haja coerência nas justificativas apresentadas pela defesa para refutar a acusação.

Esse sistema é compatível com a Constituição Federal e encontra arrimo também no Estatuto de Roma, sendo ratificado em decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Não se pode perder de vista que no processo penal a acusação sempre tem uma considerável vantagem por contar com o aparato estatal (investigadores, peritos, banco de dados), ao passo que o acusado conta apenas com seu defensor, surgindo desta forma uma maior necessidade de demonstração da responsabilidade por parte daquele, e por essa razão, o Estado nas sociedades livres e democráticas deve tratar os cidadãos como inocentes até que se prove em contrário, privilegiando um julgamento pró-cidadão.

A preocupação com a segurança do juízo de fato à luz da completude da prova transparece em diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre diversas questões probatórias, a exemplo:

a) Da admissibilidade da denúncia por lavagem de capitais não ser exigida a comprovação da *prova além da dúvida razoável* quanto ao delito antecedente, todavia, que a ausência de propositura posterior por este fato implica na impossibilidade de reconhecer a origem ilícita na fase de julgamento;

b) Da aplicação do art. 158 do CPP e a imprescindibilidade de exame pericial para comprovação do furto qualificado como garantia do reforço probatório apto a justificar a condenação;

c) Um outro tema que já foi enfrentado pela jurisprudência do STJ com a adoção da regra *para além da dúvida razoável* foi o reconhecimento de pessoas, vedando o reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia realizado apenas na fase do inquérito policial como elemento único a justificar a condenação;

d) Também o Tribunal da Cidadania entendeu pela necessidade de registro da diligência policial que determina a invasão de domicílio pautando seus fundamentos na existência de *provas suficientes* para justificar a medida extrema, sob pena de nulidade;

e) Finalmente, a orientação da reavaliação do princípio do *in dubio pro societate* nas decisões de pronúncia, posto que, deve estar plenamente justificada a prova da materialidade e a presença de “indícios suficientes de autoria ou de participação”, devendo ser entendido dentro de um contexto de um juízo de probabilidade de autoria ou um juízo de probabilidade de participação. Isso porque, se houver dúvida sobre a preponderância de provas, deve ser aplicado o “*in dubio pro reo*” e não o “*in dubio pro societate*”, cuja aplicação não tem qualquer amparo constitucional ou legal, e tem o condão de acarretar o completo desvirtuamento das premissas racionais de valoração da prova e desvirtuar o sistema bifásico do procedimento do júri brasileiro.

Desta forma, observa-se a necessidade do aprofundamento das discussões acerca do atendimento e acolhimento da teoria que explica os *standards* probatórios como elemento garantidor de um processo penal democrático.

Referências

AGUIAR, Gisela Wanderley. **Código de Processo Penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência, v.2. São Paulo: RT, 2021.

AUILO, Rafael. **A valoração judicial da prova no direito brasileiro**. Salvador: Jus Podium, 2021.

BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: RT, 2019.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 7. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo; BOTTINI, Peirpaolo. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: RT, 2019.

BRASIL. [Código de Processo Penal]. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 14 ago. 2023.

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. [Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências]. Brasília – DF: Presidência da República, 3 de março de 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613compilado.htm. Acesso em: 14 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 206.846/SP**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 22 de fevereiro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus 598.051/SP. Tráfico de drogas. Flagrante. Domicílio como expressão do direito à intimidade. Asilo inviolável. Exceções constitucionais. Interpretação restritiva. Ingresso no domicílio. Exigência de justa causa (fundada suspeita). Consentimento do morador. Requisitos de validade. Ônus estatal de comprovar a voluntariedade do consentimento. Necessidade de documentação e registro audiovisual da diligência. Nulidade das provas obtidas. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Prova nula. Absolvição. Ordem concedida. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, 02 de março de 2021. **STJ**: informativo de jurisprudência, n. 687, 8 mar. 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@CNOT=%27018034%27>. Acesso em: 14 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso Especial 1.729.033/MG. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 17 de dezembro de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**: 3 mar. 2020.

CARNELUTTI, Francesco. **Principi del processo penale**. Napoli: Morano, 1947.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: Teoria del garantismo penale. 2. ed. Roma: Laterza, 1990.

FLETCHER, George. **Basic concepts of criminal law**. New York: Oxford University Press, 1988.

FREIRE JR., Américo Bedê; SILVA, Evandro Ventura da. Entre a certeza e a ausência de dúvida razoável: contribuições para a adoção do standard probatório anglo-saxão no Brasil. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, n. 106, fev- mar/2022.

IACOVIELLO, Francesco. Motivazione dela sentenza penale. **Enciclopedia di diritto**, v. 4, Milano: Giuffrè, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 5. ed. rev., atual e ampl., Salvador: Juspodivm, 2020.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das Provas em Matéria Criminal**. São Paulo: Edjur. 2022.

MALENDO, Santiago. **La prueba**: los grandes temas del derecho probatório. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa America, 1979.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 2. Campinas: Book-seller, 1997.

MATIDA, Janaína. Considerações epistêmicas sobre o reconhecimento de pessoas: Produção, valoração e insatisfação do Standart probatório penal. In: MDEIRA, Guilherme; BARDARÓ, Gustavo; SCHIETTI, Rogério (Orgs.). **Código de Processo Penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. São Paulo: RT, 2021.

MINAGÉ, Thiago M. O ônus da prova NÃO incumbe a quem alega. **Justificando**. Rio de Janeiro, 10 ago. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/08/10/oonus-da-prova-nao-incumbe-a-quem-alega>. Acesso em: 26 nov. 2019.

NANCE, Dale. The best evidence principle. **Iowa Law Review**, v. 73, n. 2, Faculty Publications, jan. 1988, p. 227-298.

PACELLI Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PIMENTEL, Fabiano. **Processo Penal**. Belo Horizonte, São Paulo: d'Placido, 2021.

ROSA, Alexandre Moraes da; MATIDA, Janaína. Para entender standards probatórios a partir do salto com vara. **Revista Consultor Jurídico**, 20 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara>. Acesso em: 31 mar. 2023.

TARUFFO, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti. **Revista de Processo**, v.154. São Paulo: RT, dez. 2007.

“

**LOS DELITOS DE PELIGRO
ABSTRACTO A LA LUZ DEL
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

”

TERESA AGUADO-CORREA

LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD¹²

TERESA AGUADO-CORREA³

Sumário: 1 Introducción. 2 Contenido del Principio de Proporcionalidad. 2.1 Principio de Idoneidad. 2.2 Principio de Necesidad en Derecho Penal. 2.2.1 Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos. 2.2.2 Principio de Intervención Mínima: Principio de Subsidiariedad y Principio de Fragmentariedad. 2.2.3 Principio de Necesidad de la pena. 3 Principio de proporcionalidad en sentido estricto. 3.1 Introducción. 3.2 Proporcionalidad Abstracta. 3.3 Proporcionalidad Concreta. 4 Compatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el principio de proporcionalidad en sentido amplio. 4.1 Introducción. 4.2 Principio de idoneidad y delitos de peligro abstracto. 4.2.1 Idoneidad de los delitos de peligro abstracto para la protección de bienes jurídicos. 4.2.2 Control constitucional del respeto del principio de idoneidad. 4.3 Principio de necesidad y delitos de peligro abstracto. 4.3.1 Principio de ofensividad y delitos de peligro abstracto. 4.3.2 Principio de subsidiariedad y delitos de peligro abstracto. 4.3.3 Control constitucional del respeto del principio de necesidad. 4.4 Principio de proporcionalidad en sentido estricto y delitos de peligro abstracto. 4.4.1 Compatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el principio de proporcionalidad en sentido estricto. 4.4.2 Control constitucional del respeto del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

RESUMEN

Se analiza la compatibilidad de los delitos de peligro abstracto con los principios que integran el principio de proporcionalidad en sentido amplio: principio de idoneidad, principio de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto (proporcionalidad abstracta y concreta). También, y dada la dimensión constitucional que adquieren estos conflictos, nos ocupamos del eventual control que puede efectuar el Tribunal Constitucional,

1 Nota editorial: por se tratar de um trabalho publicado em língua estrangeira, serão respeitadas as opções normativas de citação e de referências utilizadas pela autora em nota de rodapé.

2 Versión reducida y con jurisprudencia constitucional actualizada del trabajo publicado bajo el título “El principio de proporcionalidad en derecho penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto”, en el libro El principio de proporcionalidad penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 2014. Estos trabajos constituyen un resumen de la postura sostenida en mi tesis doctoral “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto”, defendida en abril de 1998 en la Universidad de Sevilla, y publicada como monografía en el año 1999, bajo el título El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Una versión actualizada y ampliada de la citada monografía ha sido publicada bajo el título El principio constitucional de proporcionalidad por la Editorial Jurídica Continental, San José, 2013, publicación conforme a la cual se realizarán las citas del presente trabajo.

3 Doctora en Derecho Profesora Titular de Derecho Penal Universidad de Sevilla.

principalmente, frente a una desmesurada intervención penal cuando se trata de comportamientos que sólo implican un peligro abstracto para el bien jurídico.

Palabras-clave: idoneidad; necesidad; proporcionalidad en sentido estricto; delitos de peligro abstracto; control de constitucionalidad.

ABSTRACT

The compatibility of the crimes of abstract danger is analyzed with the principles that integrate the principle of proportionality in a broad sense: principle of adequacy, principle of necessity and the principle of proportionality in the strict sense (abstract and concrete proportionality). Also, and given the constitutional dimension that these conflicts acquire, we deal with the eventual control that the Constitutional Court can carry out, mainly, in the face of an excessive criminal intervention when it comes to behaviors that only imply an abstract danger for the legal interest protected.

Keywords: Adequacy; necessity; proportionality in a strict sense; abstract danger crime; constitutionality control.

1 Introducción

El principal problema que plantean los denominados delitos de peligro abstracto se debe, fundamentalmente, a la amplitud con la que son redactados por el legislador. Por una parte, en el tipo se incluyen aquellas acciones que pese a ser subsumibles formalmente en el comportamiento descrito por la norma, en el caso concreto no son idóneas para menoscabar el bien jurídico protegido. Esta realidad y los problemas que de ella se derivan ha sido ampliamente discutida por la doctrina, tanto española como extranjera, y se han buscado distintas soluciones dogmáticas. Además, la importancia de este problema se debe a que no sólo posee dimensiones dogmáticas, sino que también adquiere dimensiones constitucionales, siempre que se pongan en relación estos delitos con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y con el principio de ofensividad principios que forman parte del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Sin embargo, no se acaban aquí los problemas con relevancia constitucional que plantea esta técnica de tipificación. También los supuestos en los que se pone en peligro el bien jurídico de manera insignificante pueden plantear problemas desde el punto de vista del principio constitucional de proporcionalidad en sentido estricto. Ello se debe a que los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales se suelen configurar como delitos de peligro abstracto, no exigiéndose, pues, ni la lesión ni la puesta en peligro concreto del bien jurídico en cuestión, debido a la imposibilidad de su comprobación.

En el estudio que realizamos a continuación, lo que pretendemos poner de relieve es hasta qué punto el principio de proporcionalidad en sentido amplio se comporta como un verdadero límite al *ius puniendi*⁴ y hasta qué punto, en caso de que no sea respetado

4 En este análisis tendremos muy presente lo afirmado por el Tribunal Constitucional alemán en la Sentencia de 9 de marzo de 1994 (BVerfGE 90, 145), conocida popularmente como la sentencia del cannabis o del hashish. En ella se pronunció sobre la posible vulneración del principio de proporcionalidad por parte de los preceptos de la Betäubungsmittelgesetz (BtMG), que amenazan con pena el tráfico ilegal de drogas o la posesión de las mismas cuando se trata de productos derivados del cannabis; preceptos, en los que el legislador había acudido a la técnica del peligro abstracto.

por el legislador cuando utiliza la técnica del peligro abstracto, puede ser objeto de control por parte del Tribunal Constitucional su vulneración, puesto que nos encontramos ante un principio constitucional. El principio de proporcionalidad debe, en gran medida, su formulación actual al Tribunal Constitucional alemán (BVerfG). En los últimos años también ha sufrido un importante desarrollo, en la jurisprudencia constitucional de algunos países de Latinoamérica, siguiendo la formulación del Tribunal Constitucional alemán, como en el Perú, Colombia⁵, Brasil⁶ o Costa Rica⁷. Este enfoque nos exige abordar como cuestión previa el contenido del denominado principio de proporcionalidad en sentido amplio en Derecho penal⁸, teniendo muy presente en dicha labor, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Como nos recuerda el TC en la Sentencia 121/2021, en virtud de lo dispuesto en el art. 9.1 CE, el principio de proporcionalidad obliga tanto al legislador como a los órganos encargados de la aplicación e interpretación de las normas, así como a los responsables de su ejecución, en los siguientes términos: “Tanto la configuración legislativa de las limitaciones de los derechos fundamentales, como su aplicación judicial o administrativa concreta, han de quedar reducidas por tanto a las que se hallen dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarlas. Y, aun así, identificada tal finalidad legítima, la limitación solo se hallará justificada en la medida en que suponga un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario para conseguirlo y resulte proporcionado a ese fin legítimo.” (FJ 12). No obstante, la intensidad del control de constitucionalidad es diferente cuando se trata del legislador, en atención a su posición constitucional: “La posición constitucional del legislador a la que antes aludíamos obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de una forma y con una intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes” (SSTC 55/1996, FJ 6; 131/1997, FJ 9; 136/1999, FJ 23; 169/2021, FJ 7)). Antes de pasar a ocuparnos del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio, queremos aclarar que no tratamos de pronunciarnos sobre la vulneración o no de este principio por parte del legislador cada vez que utiliza a lo largo del Código Penal esta técnica, sino de realizar una serie de consideraciones generales. Somos conscientes de que cualquier intento de dar una solución global y válida sobre la legitimación y validez de todos los delitos de peligro abstracto está abocada al fracaso y se requiere un estudio detallado de cada grupo de delitos, pero ello excede de las pretensiones de nuestro trabajo.

2 Contenido del Principio de Proporcionalidad

2.1 Principio de Idoneidad

En virtud de este principio de idoneidad, el Derecho penal únicamente puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz e idóneo para prevenir el delito, debiéndose evitar su intervención cuando político-criminalmente éste se muestre inoperante, ineficaz o

5 Vid., entre otras, Sentencias C-070 de 1996; C-939 de 2002; C- 121 de 2012; C-212 de 2012; C 365 de 2012.

6 Vid, por todas, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 104.410 - Rio Grande do Sul, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em de 6 de março de 2012. Acórdão eletrônico DJe 062, divulgado em 26.03.2012, publicado em 27.03.2012.

7 Cfr. AGUADO CORREA, El principio constitucional..., cit., pp.404 y ss.

8 El contenido de este principio en Derecho penal se analiza profusamente en AGUADO CORREA, El principio constitucional..., cit., pp. 123-267.

inadecuado o cuando incluso se muestre contraproducente para la prevención de delitos⁹. En palabras del Tribunal Constitucional español,

[...] cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal... cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución...deberá indagarse si la medida era idónea... para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión” (STC 121/2021, FJ 12). “...cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal... cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución... deberá indagarse si la medida era idónea... para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. (STC 121/2021, FJ 12).

El principio de adecuación demanda “una relación de congruencia objetiva entre el medio adoptado por el legislador y el fin que con él persigue, entendiéndose que tal circunstancia se producirá si la medida que se deriva del precepto cuestionado puede contribuir positivamente a la realización del fin perseguido. Por el contrario, la medida habrá de reputarse inidónea o inadecuada si entorpece o, incluso, si resulta indiferente en punto a la satisfacción de su finalidad”, bastando con que la disposición cuestionada “contribuya en alguna medida a la realización del fin que persigue. (STC 60/2010, FJ12) (STC 169/2021, FJ 7).

Teniendo en cuenta el presupuesto de que el fin de las normas que prevén penas es la protección de bienes jurídicos a través de la prevención, tanto general como especial¹⁰, habrá que excluir del Derecho penal aquellas penas que se manifiesten como ineficaces por no servir a la prevención. De la exigencia de que la pena ha de ser idónea para alcanzar el fin de prevención se pueden derivar varias consecuencias: a) se pueden rechazar las teorías absolutas basadas en una concepción retributiva de la pena en las que no se tienen en cuenta los fines preventivos; b) se deben excluir las penas ineficaces por no servir a la prevención, habiendo sido consideradas inidóneas por no servir a los fines preventivos, tanto las penas privativas de libertad de corta duración (el límite mínimo de la pena de prisión es de 3 meses) como las de larga duración (prisión permanente revisable). Las primeras por su escaso poder intimidante y por su corta duración que no permite realizar un programa de reeducación y reinserción social, no cumpliendo con la función de prevención que se les asigna; las de larga duración, y no sólo la prisión permanente revisable, no son idóneas para conseguir el fin de reeducación y reinserción social proclamado en el art. 25.2 CE¹¹ y tampoco la agravación de las penas conlleva una reducción del número de delitos amenazados con penas de

9 GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß: Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal u.zur Funktion d. Rechtfertigungsgründe im Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1983, p. 186; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte General I*, Madrid, p. 84; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Los límites del ius puniendi”, ADPCP, 1994, p. 101.

10 Una vez negado que la retribución fuese el fin de las penas, afirma Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, traducción de JUAN ANTONIO DE LAS CASAS, edición de 1774, presentación de TOMÁS Y VALIENTE, Madrid, 1993, p. 60: “El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales.”

11 En la STC 169/2021, de 6 de octubre, en la que ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad sobre la prisión permanente revisable, el Alto Tribunal ha señalado “que el canon de control de la proporcionalidad integra igualmente principios constitucionales materiales como el de libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el art. 10.1 CE (STC 60/2010, FJ 8, b) y el de resocialización enunciado en el art. 25.2 CE (STC 160/2012, FJ 3).

larga duración, por lo que la eficacia preventivo general negativa también se cuestiona. No obstante, el TC ha declarado la idoneidad de la pena de prisión de permanente revisable en base a los siguientes argumentos:

El fin legítimo declarado se identifica, pues, con el reforzamiento de la función protectora de los bienes jurídicos tutelados a los que se le asigna esta pena –la vida humana independiente y la libertad sexual– frente a ataques de extraordinaria gravedad por las circunstancias del sujeto que los sufre y el modo en que se producen.

No menos relevante es el fin que se infiere de la concreta articulación normativa de la pena...se trata de evitar que la reincorporación a la sociedad de penados que no se hayan rehabilitado y que presenten un pronóstico sombrío de comportamiento futuro. Responde a una necesidad reforzada de inocuización del delincuente –prevención especial– que trasluce nuevamente un juicio de insuficiencia del sistema de penas precedente [...]

La idoneidad de la agravación de la prisión para producir un efecto reforzado de disuasión no parece discutible, por lo que el examen de la medida ha de centrarse en su necesidad [...]. (STC 169/2021, FJ 7).

Por otra parte, también pueden darse supuestos en los que una concreta tipificación del delito se muestra ineficaz, existiendo una elevada “cifra negra” de comisión de delitos¹². El principio de idoneidad implica, además de la necesidad de que la pena sea apta para la tutela del bien jurídico – para evitar conductas que lo pongan en peligro o lo lesionen –, que la pena sea “cualitativamente adecuada para conseguir la finalidad”. Ya en este sentido afirmaba Beccaria: “otro principio que sirve admirablemente para estrechar más y más la importante conexión entre el delito y la pena; este es, que se ella conforme, quanto se pueda, a la naturaleza del mismo delito”¹³. No se agota aquí el significado del principio de idoneidad, sino que este principio también implica que el mismo ha de ser realizable a través de las normas de Derecho procesal¹⁴ y de Derecho penitenciario¹⁵. De nada serviría una regulación penal si ésta no puede llevarse a la práctica¹⁶. El debate sobre la idoneidad del Derecho penal adquirió un gran protagonismo en el seno de la doctrina alemana, debido al planteamiento realizado por la “Escuela de Frankfurt” sobre la inidoneidad del Derecho penal para hacer frente a los problemas que se derivan de lo que se denomina “sociedad de riesgo”¹⁷. En este

12 Como ejemplo, se ofrecía la regulación del aborto antes de que se introdujese el artículo 417 bis ACP –punible sin excepción alguna–, regulación que debido a que no era compartida por gran parte de la sociedad, carecía de eficacia preventivo-general.

13 BECCARIA, *Tratado de los delitos...*, cit., p. 108.

14 ARMENTA DEU, “Pena y proceso: fines comunes y fines específicos”, en *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 215.

15 En este sentido, RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, I 13 Lfg. 5 Auf. (November 1990), previos al § 1, Nm. 13; HASSEMER, *Theorie und soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main, 1973, pp. 196 y ss.

16 No debemos olvidar que en el artículo 24.2 de la Constitución Española se reconoce el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

17 El primero en utilizar esta expresión fue el sociólogo alemán Beck en su monografía *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. M., 1986. Esta expresión, que en palabras de KUHLEN, “Zum

sentido, Hassemer previno de los inconvenientes de lo que se entiende por un Derecho penal “eficaz” y, desde luego, no le falta razón. Ante el acuciante sentimiento que tiene la sociedad de amenaza por la creciente violencia que se da en el seno de la misma, se recurre al Derecho penal y al Derecho procesal penal, esperándose de los mismos una ayuda eficaz ante situaciones de necesidad y también que garanticen la seguridad de los ciudadanos¹⁸. Con ello se provoca una mayor dureza del Derecho penal y del Derecho procesal penal, puesto que se pretende afrontar de un modo efectivo el creciente sentimiento de inseguridad. Por una parte, la Política criminal “moderna” se caracteriza por la creación de nuevos delitos y agravación de las penas de los ya existentes; por otra parte, el Derecho penal amplía su ámbito de actuación a los sectores que la opinión pública considera más amenazados: el medio ambiente, la economía, las drogas, el terrorismo, la delincuencia organizada. Se trata de proteger bienes jurídicos colectivos que pueden, según este autor, justificar cualquier tipo de conminación penal y para cuya protección se utiliza normalmente la técnica del peligro abstracto. Esta Política Criminal desemboca en un debilitamiento de la vinculación del Derecho penal a los principios que lo limitan y se minimizan los presupuestos de la pena con el empleo de la técnica de los delitos de peligro abstracto. Ello hace olvidar al legislador que un Derecho penal contundente tiene sus costos “y se paga con la renuncia a principios políticamente valiosos y difíciles de mantener”¹⁹. Al prescindir de principios tan importantes como el principio de proporcionalidad en sentido amplio, el principio de culpabilidad o el principio *in dubio pro reo*, el Derecho penal aumenta su eficacia y responde así a las inquietudes sociales²⁰.

2.2 Principio de necesidad en derecho penal

2.2.1 Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

La mayoría de la doctrina admite como uno de los límites al *ius puniendi* el denominado principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. En virtud del mismo, el Derecho penal tan sólo ha de intervenir cuando se trata de proteger bienes jurídicos (penales). Constituye una de las garantías del Derecho penal moderno que no sólo explica la función del Derecho penal (protección de bienes jurídicos), sino que limita y circunscribe la intervención punitiva del Estado. Además, el Derecho penal no puede incriminar cualquier conducta, sino tan sólo aquellas que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico, correspondiéndose de esta forma el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos con el principio de ofensividad o lesividad, el cual se usa para expresar el conocido aforismo *nullum crimen sine iniuria*, es decir, que todo delito comporta la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico²¹. El princi-

Strafrecht der Risikogesellschaft”, GA, 1994, p. 347, “en los últimos años ha hecho furor”, ha sido adoptada en el seno de la dogmática penal.

18 HASSEMER, “El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal “eficaz””, EPC, XV (1990-1991), p. 189.

19 HASSEMER, “El destino de los derechos...”, EPC, XV (1990-1991), p. 197.

20 PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt am Main, 1993, p. 370, afirma que muestra de que el Derecho penal no constituye un medio idóneo para hacer frente a los problemas generados por la sociedad de riesgo, es que en ninguno de los campos nuevos de actuación del Derecho penal se pueden demostrar resultados visibles.

21 No hay que entender esta puesta en peligro como la exigencia de un peligro concreto, cfr. Aguado Correa, El principio constitucional..., cit., p. 132, n.p.p. 42.

pio de exclusiva protección de bienes jurídicos permite, por lo tanto, la exclusión del ámbito del Derecho penal, por un lado, de las incriminaciones a través de las cuales se pretenden proteger meros valores éticos o morales²², sin que por ello se desconozca que los bienes jurídicos penales puedan ser también bienes morales, pero requieren algo más para merecer la protección por parte del Derecho penal²³. Por otro lado, el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, y más concretamente el principio de ofensividad, permite excluir aquellas acciones que en concreto se muestran inofensivas para el bien jurídico protegido²⁴.

El carácter de límite al *ius puniendi* que venimos propugnando de este principio, se ha visto enturbiado, en buena parte, por la polémica suscitada en torno al concepto de bien jurídico. La capacidad o incapacidad del concepto de bien jurídico para servir de límite al *ius puniendi* depende del criterio por el que se opte para la selección de los bienes protegibles penalmente²⁵, convirtiéndose así la discusión sobre el bien jurídico en “primordial cuestión político-criminal”²⁶. Para que el bien jurídico pueda desempeñar esta función y no únicamente una función interpretativa o sistemática, es imprescindible distinguir entre “bien jurídico” y ratio legis, puesto que, si confundimos ambos conceptos, el bien jurídico perdería su utilidad como criterio limitador, como se puso de manifiesto con la propuesta realizada por Honig²⁷. La finalidad objetiva de la norma no tiene por qué coincidir con el bien jurídico protegido por la norma²⁸. Además, la finalidad puede alcanzarse o no, pero el bien jurídico siempre ha de resultar lesionado o puesto en peligro.

Por lo que respecta a la doctrina jurisprudencial del TC sobre los criterios de selección de los bienes jurídico-penales, adquiere especial relevancia el pronunciamiento contenido en el Fundamento Jurídico 6 de la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 28 de marzo (STC 55/1996). El legislador, según el Alto Tribunal, posee plena libertad para el diseño de la política criminal y la selección de bienes jurídicos, pero ha de proceder dentro de los límites

22 COBO/VIVES, Derecho penal. Parte General, 4ª ed., Valencia, 1996, p. 290; GARCÍA-PABLOS, Derecho penal. Introducción, Madrid, 1995, p. 265.

23 MIR PUIG, Derecho penal. Parte General, 4.ª ed., Barcelona, 1996, p. 91.

24 Haremos referencia al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos cuando se trate de imponer un límite al legislador y hablaremos de principio de ofensividad cuando hagamos referencia al límite a la actividad de interpretación y aplicación de las leyes por parte del poder judicial.

25 Así lo ha puesto de manifiesto expresamente en nuestra doctrina, entre otros, Gómez Benítez, “Sobre la teoría del “bien jurídico” (aproximación al ilícito)”, RFDUCM, 69 (1983), p. 87.

26 QUINTERO OLIVARES, Curso de Derecho penal. Parte General, Barcelona, 1996, p. 244. También Muñoz Conde, en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho penal. Parte General, Valencia, 1996, p. 81, considera que la protección de bienes jurídicos a través del Derecho penal constituye un problema de Política Criminal antes que una cuestión dogmática.

27 Este autor alemán, en su obra *Die Einwilligung des Verletzten. Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage*, 1919, p. 94, citado por RUDOLPHI, “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, Nuevo Pensamiento Penal, 1975, pp. 331 y 332, concibió el bien jurídico protegido como “el fin que ha reconocido el legislador en las prescripciones penales, en su más breve formulación”.

28 Por ello resulta criticable, desde nuestro punto de vista, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la Sentencia 55/1996, en la que da primacía a la finalidad, sin que le importe el bien jurídico protegido por la norma, en estos términos: “Con independencia de cuál sea el bien jurídico protegido por la norma analizada (LO 8/1984), lo cierto es que la finalidad de protección explícita e inmediata de la misma recae sobre...”. Afortunadamente, el Tribunal Constitucional ha rectificado esta postura en la STC 161/1997, al afirmar: “conviene precisar como prius lógico de este enjuiciamiento los bienes o intereses que la norma cuestionada pretende proteger” (FJ 10).

establecidos por la Constitución. Por ello, y dada la restricción de libertad que comporta toda norma penal, únicamente podrá proteger penalmente valores, bienes o intereses constitucionalmente legítimos y socialmente relevantes (STC 55/1996, FJ 6; STC 161/2021, FJ 12). Este límite no será difícil de superar por el legislador y poco tendrá que decir al respecto el máximo órgano garante de la Constitución. Aparece, pues, el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos como un límite “relativo” en la elección de los bienes jurídicos a tutelar²⁹. Ni incluso la relevancia constitucional de un determinado bien jurídico aparece como un verdadero límite al *ius puniendi*. Un ejemplo lo encontramos en el campo del Derecho penal económico³⁰.

Como hemos señalado anteriormente, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se corresponde con el principio de ofensividad en el sentido de que todo delito ha de comportar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, exigiendo en el momento de aplicación de la ley penal que el comportamiento concreto que se está juzgando haya lesionado o puesto en peligro el bien jurídico. En este sentido se habla de una “doble influencia” del principio de lesividad³¹: por una parte, sobre el legislador, que es el que elige el bien jurídico a tutelar; por otra parte, sobre el juez, quien no se puede conformar con la subsunción formal del hecho en el comportamiento descrito por la norma, sino que tendrá que comprobar que dicho comportamiento ha lesionado o ha puesto en peligro el bien jurídico protegido a través de dicha norma, y en el caso de que no sea así, deberá declarar su atipicidad. Adquiere de esta manera el bien jurídico un papel central en la interpretación de los tipos penales. A pesar de la importancia práctica de esta vertiente del principio que venimos comentando, son varios los supuestos en los que la jurisprudencia ha desconocido la vigencia del principio de ofensividad como límite en el momento de interpretación y aplicación de la ley. Esto ha ocurrido cuando se ha enfrentado con supuestos de anticipación de la protección penal: tentativa y delitos de peligro abstracto³².

Desde nuestro punto de vista, el bien jurídico como límite al *ius puniendi* adquiere mayor importancia en el momento de interpretación y aplicación de la ley que en el momento legislativo debido al amplio margen que posee el legislador para elegir e incluso configurar los bienes jurídicos que son merecedores de la protección penal, con el único límite de que no estén constitucionalmente proscritos y sean socialmente relevantes. Aparte, es mayor el control por parte del Tribunal Constitucional que se puede llevar a cabo sobre la actividad de los Jueces y Tribunales que la que se puede realizar en relación con la actividad del legislador.

2.2.2 Principio de Intervención Mínima: Principio De Subsidiariedad y Principio de Fragmentariedad

Una vez afirmado que tan sólo son merecedores de tutela penal los bienes constitucionalmente legítimos y socialmente relevantes frente a comportamientos que los lesionen o los

29 En este sentido DOLCINI/MARINUCCI, “Costituzione e politica dei beni giuridici”, RIDPP, 1994, pp. 334 y 335.

30 Vid. ARROYO ZAPATERO, “Derecho penal económico y Constitución”, RP, 1997, pp. 3 y 4. Cfr. ulteriores referencias en Aguado Correa, El principio constitucional..., cit., pp. 161 y ss.

31 Expresión adoptada por GARCÍA RIVAS, El poder punitivo en el Estado democrático, Cuenca, 1996, p. 49, del autor italiano PALAZZO.

32 Cfr. AGUADO CORREA, El principio constitucional..., cit., pp. 166 y ss.

pongan en peligro, cabe plantearse la cuestión de si el legislador está obligado a protegerlos penalmente. A esta cuestión debe responderse de una forma negativa, salvo para los casos en los que así se contemple expresamente. La doctrina contemporánea se muestra casi unánime en considerar que la existencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal no es suficiente para justificar la creación de un tipo penal: el bien jurídico debe necesitar dicha protección penal para llegar a convertirse en un bien jurídico penal³³. Podemos afirmar que en el plano político-criminal los conceptos de merecimiento y necesidad de pena, tal y como vienen siendo concebidos por la mayoría de la doctrina³⁴, se asumen como fórmula concentrada de los principios jurídicos constitucionalmente consagrados -que delimitan el horizonte de la criminalización³⁵-, y más concretamente de alguno de los subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad en sentido amplio³⁶: el principio de idoneidad y el principio de necesidad. Así, el concepto de merecimiento de pena expresa el principio de protección exclusiva de bienes jurídicos y el principio de fragmentariedad, en tanto que el concepto de necesidad de pena no es sino una expresión de los principios de idoneidad y de subsidiariedad.

El principio de intervención mínima estaría integrado por los postulados del carácter fragmentario del Derecho penal y el carácter de *ultima ratio* o subsidiario del Derecho penal³⁷. En virtud de este último, el Derecho penal tan sólo debe ser utilizado como *ultima ratio*, es decir, cuando no existan medios menos lesivos para proceder a la protección del bien jurídico en cuestión. Con la expresión carácter fragmentario del Derecho penal se quiere hacer referencia a que el Derecho penal no ha de sancionar todos los ataques a los bienes jurídicos penales, sino tan sólo aquellos que resulten más graves para los bienes jurídicos fundamentales.

El principio de subsidiariedad del Derecho penal implica que éste tan sólo debe ser utilizado únicamente allí donde sea imprescindible para la protección de la sociedad, lo cual significa su utilización, exclusivamente, para la protección de aquellos bienes jurídicos que sean indispensables para la convivencia de los hombres y que no pueden ser protegidos eficazmente por otros medios distintos al Derecho penal. Únicamente en caso de que estos mecanismos se muestren como insuficientes para la protección del bien jurídico, el legislador podrá acudir a las sanciones penales. Pero no olvidemos que la utilización de las sanciones penales requiere una comprobación previa: que el comportamiento que se pretende amenazar con estas sanciones es idóneo para lesionar o poner en peligro el bien jurídico en cuestión, que nos encontremos ante un comportamiento merecedor de pena. En caso contrario, el recurso a la pena resultaría más dañoso que útil y sería ilegítimo³⁸. La necesidad de tutela

33 La doctrina se muestra casi unánime en este sentido. Cfr. para las referencias doctrinales AGUADO CORREA, *El principio constitucional...*, cit., p. 176, n.p.p. 205.

34 En relación con el contenido de los conceptos de merecimiento y necesidad de pena, a pesar de que la mayoría de los autores coinciden sobre el mismo, cfr. AGUADO CORREA, *El principio constitucional...*, cit., p. 178, n.p.p. 207.

35 *Vid.*, en este sentido, VOLK, "Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus", *ZStW*, 1985, pp. 873 y 874; DA COSTA ANDRADE, "Merecimiento y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito", en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1995, p. 165. Para ulteriores referencias doctrinales vid. AGUADO CORREA, *El principio constitucional...*, cit., p. 179, n.p.p. 209.

36 Cfr. AGUADO CORREA, *El principio constitucional...*, cit., p. 179, n.p.p. 209.

37 La mayoría de la doctrina considera que tanto el carácter fragmentario del Derecho penal, así como el carácter de *ultima ratio*, constituyen concreciones o manifestaciones del principio de intervención mínima, cfr. AGUADO CORREA, *El principio constitucional...*, cit., p. 182.

38 *Vid.* en este sentido FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, 5.ª ed., Bologna, 1992, p. 7.

penal significa, además de que la tutela penal es adecuada y necesaria para la prevención de la dañosidad social, que la intervención penal en el caso concreto no va acompañada de efectos secundarios desproporcionadamente lesivos, de consecuencias accesorias negativas. En este sentido también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional alemán, para quien las consecuencias accesorias negativas pueden llegar a cuestionar la aptitud general de la norma penal³⁹.

El problema de la elección entre los distintos mecanismos se ve acrecentado por la insuficiencia de los datos procedentes de investigaciones sociológico-empíricas, concernientes a en qué medida el Derecho penal es necesario para conseguir los fines de prevención y en qué medida las sanciones civiles o administrativas o los mecanismos de control social, siendo igualmente idóneos y eficaces para conseguir los mismos, constituyen una alternativa menos gravosa⁴⁰. No obstante, ante la insuficiencia de las investigaciones empíricas es necesario acudir a otros criterios, encontrándose entre ellos la propia experiencia del legislador: es, por consiguiente, esta insuficiencia la que propicia la excesiva prerrogativa de decisión que se le otorga al legislador⁴¹. En este sentido, el propio Tribunal Constitucional ha señalado que el juicio de necesidad corresponde al legislador y que el amplio margen de libertad del que goza responde, en parte, a la complejidad de la tarea (STC 55/1996, FJ 8). Por supuesto, el legislador, a diferencia de lo que le ocurre al Juez o Tribunal, no ha de atender al criterio del menoscabo de los derechos de la concreta persona, sino que debe partir del menoscabo puede sufrir la totalidad de los destinatarios de la norma⁴². Además del carácter empírico de este principio, podemos afirmar que nos encontramos ante un principio comparativo, el legislador ha de buscar medidas alternativas menos gravosas, pero igualmente eficaces. Este último aspecto es muy importante: no se trata de buscar una alternativa menos gravosa, sino una alternativa menos gravosa igualmente eficaz o idónea, tal y como se ha encargado de subrayar el Tribunal Constitucional:

No cabe la menor duda de que las medidas señaladas por los recurrentes entrañan una menor intensidad coactiva que la pena de privación de libertad prevista por el legislador en el art. 174 bis a) del C.P. de 1973. Sin embargo, el juicio de necesidad que compete a este Tribunal es mucho más complejo y matizado. Como hemos dicho en otras ocasiones, el control del Tribunal Constitucional sobre “la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia [...] tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente

39 BVerfGE 88, 203 (265 y ss.).

40 Cfr., entre otros, DÖLLING, “Generalprävention durch Strafrecht”, ZStW, 102 (1990), pp. 19 y 20; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 19 y 20.

41 LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Tübingen, 1996, p. 180. El Tribunal Constitucional alemán ha afirmado que en ocasiones son suficientes consideraciones de practicabilidad y efectividad, BVerfGE 68, 193 (219).

42 Lo recuerda en el seno de la doctrina alemana, LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken...*, cit., pp. 345 y 365. En el seno de la doctrina española, ARROYO ZAPATERO, “Derecho penal económico y Constitución”, RP, núm. 1 (1997), p. 5.

ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido”; por ello, esta tacha de desproporción solamente será aplicable cuando “las medidas alternativas (sean) palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada” (STC 161/1997, fundamento jurídico 11) (STC 136/1999, FJ 28).

En virtud del principio de fragmentariedad, el Derecho penal no debe proteger a los bienes jurídico-penales frente a cualquier tipo de ataque, sino únicamente frente a aquellos que resulten más graves o peligrosos, ya sea por razones objetivas, ya por razones subjetivas⁴³. Como ya dijera Roxin, seguramente nada contribuye más al aumento de la criminalidad que la penalización de los hechos de mínima gravedad⁴⁴. El olvido del respeto del principio de fragmentariedad por parte del legislador conduce a tal inflación punitiva, que provoca la degradación de la función de la pena⁴⁵. En el principio de fragmentariedad no sólo inciden consideraciones utilitaristas, como ocurre fundamentalmente con el principio de idoneidad y de subsidiariedad, sino que también inciden en él consideraciones de proporcionalidad⁴⁶. Eso no significa, desde nuestro punto de vista, que el carácter fragmentario se corresponda con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, si bien tampoco cabe desconocer que en los casos en los que el legislador no ha respetado el principio de fragmentariedad tampoco respetará el principio de proporcionalidad en sentido estricto⁴⁷. El carácter fragmentario del Derecho penal constituye una concreción o uno de los postulados que integran el principio de intervención mínima, y cuando se alude al mismo se hace referencia a la necesidad de que el Derecho penal no sancione todas las conductas lesivas de los bienes jurídicos por él protegidos, sino aquellas que resulten más peligrosas para los mismos. Cuando se alude al principio de proporcionalidad en sentido estricto se hace referencia a la exigencia de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y la gravedad del injusto, exigencia que sólo de una forma parcial se tiene en cuenta cuando se habla de carácter fragmentario.

2.2.3 Principio de Necesidad de la Pena

Del principio de intervención mínima no sólo se deriva que el Derecho penal no debe intervenir donde no es necesario porque el bien no necesita ser tutelado o porque puede serlo por medios menos gravosos, sino que del mismo también se derivan una serie de consecuencias en el momento de interpretación y aplicación de las leyes penales⁴⁸. Para los casos

43 La formulación de este principio varía muy poco de unos autores a otros, vid. AGUADO CORREA, El principio constitucional..., cit., p. 203, n.p.p. p. 309.

44 ROXIN, “Sinn und Grenzen staatlicher Strafe”, *JuS*, 1966, pp. 14 y ss.

45 COBO/VIVES, *Derecho penal...*, cit., p. 78, afirman que con razón reclamaba Von Liszt la restauración de la vigencia de la regla “*minima non curat praetor*”.

46 *Vid.*, en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho...*, cit., p. 246, n.p.p. 284.

47 ARROYO ZAPATERO, “Derecho penal económico y Constitución”, *RP*, núm. 1 (1997), p. 6, sostiene que la proporcionalidad en sentido estricto es lo que se invoca cuando se habla del carácter fragmentario o del merecimiento de pena de un comportamiento.

48 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho...*, cit., p. 247, distingue una manifestación externa y otra interna del principio de subsidiariedad. En virtud de esta última, se deberá prescindir de una pena siempre que quepa esperar parecidos efectos preventivos de otra sanción penal menos gravosa.

en los que no sea necesario castigar o no sea necesario castigar con una pena tan grave, el Código Penal ha de prever mecanismos que permitan prescindir de la pena o que permitan sustituirla por otra menos grave o incluso por medidas de otra índole⁴⁹. El propio Tribunal Constitucional, en la Sentencia de 15 de octubre de 1982 (STC 62/1982, FJ 5), proyecta la exigencia de necesidad de pena tanto sobre el plano de la conminación penal abstracta como sobre la imposición concreta de la pena. Recientemente, el Alto Tribunal ha afirmado: “La pena, además, habrá de ser necesaria...” (STC 121/2021, FJ 12).

3 Principio de proporcionalidad en sentido estricto

3.1 Introducción

Junto al merecimiento y la necesidad de pena, constituye un requisito indispensable para considerar punible un determinado comportamiento, que exista una proporción entre la pena y el delito. Por lo tanto, la pena habrá de aparecer, en abstracto y en concreto, tanto merecida como necesitada y proporcionada⁵⁰. No se trata una exigencia novedosa, sino que ya reclamaba expresamente la necesidad de proporción entre los delitos y las penas Beccaria⁵¹. El Tribunal Constitucional español alude al mismo como “la vertiente del principio de proporcionalidad que se refiere a la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena (proporcionalidad en sentido estricto)” (STC 55/1996, FJ 9), siendo el juicio estricto de proporcionalidad, en palabras del Alto Tribunal, “[...] el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir –y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales– y la gravedad de la pena que se impone –y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales –” (STC 136/1999, FJ 29).

En el momento legislativo, el principio de proporcionalidad en sentido estricto implica una relación de proporcionalidad entre la gravedad del injusto y la gravedad de la pena; en el momento judicial, que la pena resulte proporcionada a la gravedad del hecho concreto cometido. El hecho de que entre la pena y el delito no exista relación natural alguna no impide que la pena deba ser adecuada a éste en alguna medida. Entre los mismos existe un nexo legal y convencional, siendo ésta la razón por la que le corresponde al legislador en un primer momento, y posteriormente al juez, la elección de la cantidad y la calidad de la pena en relación con la naturaleza y la gravedad del hecho⁵². Lo cierto es que hay que reconocer la heterogeneidad que existe entre la pena y el delito⁵³ y que solamente son criterios pragmáticos basados en consideraciones de oportunidad los que sirven al legislador para determinar

49 Sobre las manifestaciones de este principio, vid. AGUADO CORREA, *El principio constitucional...*, cit., pp. 217.

50 En el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”, en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1995, p. 120.

51 BECCARIA, *De los delitos y de las penas...*, cit., pp. 28 y 29.

52 Vid. en este sentido FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995, p. 398.

53 Señala FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 451, que uno de los autores más críticos con la posibilidad de comparar la pena con el delito fue BOVIO, quien trató de demostrar analíticamente el carácter ilusorio de cualquier cálculo dirigido a establecer una proporción entre la entidad de la pena y la entidad del delito.

la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna (STC 55/1996, FJ 6; STC 161/1997, FJ 12). No obstante, de lo que no cabe duda es que, aun cuando se afirme que es imposible medir la gravedad del injusto individualmente considerado, es posible afirmar, atendiendo al principio de proporcionalidad en sentido estricto, que, desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente; en tanto que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado por el legislador más grave que el segundo. De lo dicho se deriva que, si desde el punto de vista externo, dos delitos no son considerados de la misma gravedad, considerándose uno más grave que el otro, y se sancionan ambos con la misma pena o el que se considera más grave se sanciona con una pena menor, se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad en sentido estricto⁵⁴.

Al abarcar el estudio de este principio es muy importante distinguir los dos ámbitos en los que actúa, el legislativo y el judicial, y así lo ha manifestado reiteradamente el propio Tribunal Constitucional⁵⁵. En tanto que la exigencia de proporcionalidad abstracta entendida como proporción entre la gravedad del injusto y la gravedad de la pena con la que éste se conmina se dirige al legislador, la exigencia de proporcionalidad concreta entendida como la necesaria proporción entre la gravedad del hecho concreto cometido y la pena aplicada al autor, tiene como destinatario al Juez o Tribunal (vid. STC 121/2021, FJ 12).

3.2. *Proporcionalidad Abstracta*

El principio de proporcionalidad de las penas es una fórmula vacía en tanto que no se establezcan los criterios de proporcionalidad que son constitucionalmente legítimos. Por consiguiente, hay que traducir el principio de proporcionalidad en una serie de directivas más precisas para el legislador, encontrándonos ante una tarea ciertamente delicada, a pesar de la simplicidad estructural de este principio.

Con carácter general, se puede afirmar que la gravedad de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, siendo fundamental la gravedad intrínseca del hecho, es decir, el desvalor de acción y desvalor de resultado⁵⁶. Tradicionalmente se ha reconocido que la importancia del bien jurídico agredido es un factor esencial, si bien no el único que habrá de tener en cuenta el legislador a la hora de determinar la pena, ya que no puede desconocer el grado de la ofensa al bien jurídico protegido⁵⁷, es decir, la gravedad del ataque. Ésta puede ser considerada tanto bajo el aspecto extensivo, es decir, el número

54 Vid. en este sentido FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 402. Esto también se puede deducir de lo afirmado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 2 de octubre de 1997, FJ 13.

55 En la Sentencia 111/1993, FJ 3, distingue claramente los distintos ámbitos en los que opera el principio de proporcionalidad.

56 LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., p. 85; el mismo, "Principio de igualdad, Derecho penal de hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones", en *Estudios penales*, Barcelona, 1991, p. 308.

57 ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, cit., pp. 205 y ss.; CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto...*, cit., p. 203; DOLCINI, "Sanzione penale o sanzione amministrativa...", RIDPP, 1984, p. 613, afirma que, junto con el rango del bien jurídico agredido, juega un papel decisivo la gravedad de la ofensa al bien jurídico; MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*, 3.ª edizione, Padova, 1992, p. 753, habla del "grado y la cantidad de la ofensa".

de bienes a los que afecta⁵⁸, como bajo el aspecto intensivo. Ya que en virtud del principio de proporcionalidad en sentido estricto debe existir una relación de proporcionalidad entre la gravedad de la sanción y la gravedad de la ofensa, si la ofensa no reúne un cierto nivel de gravedad, es decir, si es exigua, no puede seguir considerándose proporcional a la sanción penal: “*Minima non curat praetor*”⁵⁹. Por este motivo, es por el que sostenemos que el principio de insignificancia responde fundamentalmente a la exigencia del respeto del principio de proporcionalidad en sentido estricto: no se puede seguir considerando proporcional la pena prevista por el legislador para determinados comportamientos, cuando nos encontremos ante supuestos en los que el contenido de injusto es mínimo. Para estos supuestos se debe prever la posibilidad de que el Juez deje de aplicar la pena por desproporcionada⁶⁰. En relación con la gravedad de la ofensa nos interesa destacar lo afirmado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 2 de octubre de 1997 (FJ 13): “No siempre el legislador considera en el CP vigente de menor gravedad o merecedores de menor sanción los comportamientos de incidencia más lejana en el bien finalmente protegido que los que afectan de una manera más inmediata. El peligro abstracto o remoto puede merecer un castigo mayor que el próximo [...]”. Por lo tanto, y en virtud de lo manifestado por el Tribunal Constitucional, no es contrario al principio de proporcionalidad estricto amenazar con una pena más grave los comportamientos que suponen un peligro abstracto de un bien jurídico, frente a aquellos que lo ponen en peligro concreto. En la STC 136/1999, la única ocasión en la que se ha declarado la inconstitucional de un precepto por vulnerar el principio de proporcionalidad, el Alto Tribunal concluyó:

El precepto resulta, en efecto, inconstitucional únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes. Expresado en otros términos, no es la apertura de la conducta típica de colaboración con banda armada la que resulta constitucionalmente objetable, sino la ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo. A partir, por tanto, de la apreciación por parte de la Sala sentenciadora de que nos encontramos ante uno de los mencionados “actos de colaboración” con banda armada, el precepto legal en cuestión hubiera debido permitir la imposición de una pena proporcionada a las circunstancias del caso: No habiéndolo hecho así, el reiterado precepto incurre en inconstitucionalidad en el sentido que se acaba de indicar. (STC 136/1999, FJ 30).

Otro factor que influye es el elemento subjetivo del desvalor de la acción: el dato de que el hecho haya sido cometido dolosa o imprudentemente habrá de ser tenido en cuenta a la hora de determinar la proporcionalidad entre delito y pena, en cuanto demostrativo de la

58 A este aspecto hace referencia el Tribunal Constitucional en el FJ 13 de la Sentencia de 2 de octubre de 1997.

59 ANGIONI, *Contenuto e funzioni...*, cit., p. 209.

60 Sobre el principio de insignificancia vid. AGUADO CORREA, *El principio constitucional*, cit., pp. 23 y ss.

mayor o menor gravedad del delito, respectivamente⁶¹. El legislador no puede sancionar con la misma pena el ataque doloso o imprudente a un mismo bien jurídico.

Para un sector doctrinal, otro de los criterios que debe tener en cuenta el legislador en la determinación de la pena, es la trascendencia social del hecho: el legislador no puede ser ajeno a la importancia social del hecho, a la “nocividad social” del ataque del bien jurídico, de manera que en un Estado democrático, el legislador debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen dichos hechos⁶². También son criterios que el legislador ha de tener en cuenta cuando establece la gravedad de la pena, tanto el grado de ejecución como las formas de participación en el delito.

Sin embargo, a pesar de la simplicidad que ofrece a primera vista el problema de la proporcionalidad de la pena, como afirmó Dorado Montero⁶³, éste resulta más complicado de lo que en un principio pudiera pensarse, puesto que no es otro que el problema de la finalidad penal, ya que la pena proporcionada equivale a la pena adecuada al fin. Y así lo ha considerado en parte el Tribunal Constitucional, al afirmar que

[...] el legislador, al establecer las penas, carece, obviamente, de la guía de una tabla precisa que relacione unívocamente medios y objetivos, y ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos: a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma -intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.- y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y prevención especial.

Como se desprende de estos pronunciamientos, el legislador, a la hora de establecer las penas, ha de atender tanto a los fines de prevención general, positiva y negativa, como a los de prevención especial – resocialización –. Por consiguiente, en la conminación penal abstracta, si bien el legislador ha de partir de criterios de proporcionalidad entre el injusto y

61 MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal...*, cit., p. 85; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto de Derecho Penal*, Madrid, 1984, p. 364; HASSEMER, *Fundamentos de Derecho penal*, Barcelona, 1984, pp. 280 y 281; GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Cuenca, 1996, p. 61; GIMBERNAT ORDEIG, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal”, en *Estudios de Derecho penal*, cit., p. 154; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho...*, cit., pp. 85 y 87; Por el contrario, ROXIN, “¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal?”, CPC, núm. 30 (1986), p. 674, afirma que “el principio de culpabilidad posibilita, además, una graduación del marco penal según si el autor ha actuado dolosa o imprudente; permite también, en el seno de estas categorías, nuevas graduaciones de la pena, que se fundan en si el autor actuó con dolo directo de primer grado, de segundo grado o eventual, o con imprudencia temeraria”; también GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo...*, cit., p. 60, considera que la graduación de la respuesta penal, según los grados de participación interna en el delito, constituye uno de los postulados del principio de culpabilidad.

62 Ésta no es una idea nueva, sino que ya fue expresada por BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., p. 35. al comenzar el capítulo que lleva por rúbrica “Errores en la graduación de las penas”. *Vid.*, en este sentido, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Barcelona, 1976, p. 159; el mismo, en *Derecho penal...*, cit., p. 100; GARCÍA-PABLOS, *Derecho penal*, Introducción, cit., p. 291; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho...*, cit., p. 260; ARROYO ZAPATERO, “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, *RJCLM*, núm. 1 (1987), p. 105.

63 “Sobre la proporción penal”, *RGLJ*, 1916, p. 39.

la pena, su decisión debe incorporar además criterios de prevención general y de prevención especial⁶⁴. La consideración de criterios de prevención general en el momento legislativo se debe a que es ésta la función fundamental de la pena en el momento de conminación penal; la inclusión de criterios de prevención especial no es más que una consecuencia de la necesidad de vigencia de los principios de resocialización⁶⁵ y de humanidad de las penas en las tres fases de la pena y no de manera exclusiva a la fase de imposición de la pena.

Aun cuando la proporcionalidad no deriva de la prevención general, no cabe duda de que una y otra se encuentran vinculadas⁶⁶. Y es que la experiencia ha demostrado que las penas más graves no son las más eficaces para obtener los objetivos prevencionistas, sino que las más eficaces son aquellas que resultan más adecuadas a la gravedad de los comportamientos, de manera que la pena proporcionada a la gravedad del hecho será también la más adecuada a la finalidad de tutela⁶⁷. Así lo ha puesto de relieve, en parte, el propio Tribunal Constitucional en el FJ 6 de la Sentencia 55/1996, y lo ha reiterado en el FJ 9 de la Sentencia 161/1997, al afirmar: “Estos efectos (prevención general y especial) de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena”⁶⁸. Pero tampoco cabe desconocer que, en algunos casos, la prevención y la proporcionalidad se hallan en conflicto: lo normal es que la gravedad de la pena no sea determinante de la eficacia preventiva, de forma que se favorece la coincidencia entre el interés de la proporcionalidad con el hecho y el de la intimidación, pero en otros casos el incremento de la pena por motivos de prevención, contrarios a la proporcionalidad en sentido estricto, desarrolla un efecto intimidatorio superior⁶⁹. Desde nuestro punto de vista, existe una tendencia exagerada del legislador penal de intentar incrementar la eficacia preventiva del Derecho penal a través del aumento de las penas, que lleva a la merma de las garantías propias de un Estado de Derecho, entre las que se encuentra la proporcionalidad en sentido estricto. Cuando se controla el respeto de la proporcionalidad en sentido estricto por parte del legislador se trata de contrapesar: por una parte, el menoscabo de derechos fundamentales que implica toda amenaza penal; y, por otra, la mejora que a través de la misma se consigue para la protección del bien jurídico⁷⁰. En definitiva, si se produce un sa-

64 QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho...*, cit., p. 539; GARCÍA ARÁN, en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal...*, cit., p. 553, no incluye la prevención especial. Para esta autora, en el momento de individualización legal de la pena predominan criterios de prevención general y proporcionalidad.

65 Como señalamos anteriormente, en la STC 169/2021, de 6 de octubre, en la que ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad sobre la prisión permanente revisable, el Alto Tribunal ha señalado “que el canon de control de la proporcionalidad integra igualmente principios constitucionales materiales como el de libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el art. 10.1 CE (STC 60/2010, FJ 8,b) y el de resocialización enunciado en el art. 25.2 CE (STC 160/2012, FJ 3).

66 OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto...*, cit., p. 368.

67 COBO/VIVES, *Derecho penal...*, cit., p. 80.

68 En este sentido se ha manifestado un gran número de autores entre ellos, BECCARIA, *De los delitos y de las penas...*, cit., pp. 103 y 105; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, 1986, cit., p. 229; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto...*, cit., p. 368.

69 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho...*, cit., p. 279.

70 VOGEL, “Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts”, StV, 2/96, p. 114. Y así parece que lo entiende también nuestro Tribunal Constitucional cuando en la STC de 2 de octubre de 1997 afirma: “En aplicación de las ideas fundamentales relativas

crificio excesivo del derecho fundamental que la pena restringe y por ello cabe esperar que el Tribunal Constitucional puede llevar a cabo un control más intenso en esta sede⁷¹.

3.3 Proporcionalidad Concreta

El otro ámbito en el que opera el principio de proporcionalidad en sentido estricto es el de aplicación por parte del Juez de la pena concreta al autor, hablándose en estos casos de proporcionalidad concreta: la pena aplicada al autor por el Juez ha de ser proporcionada a la gravedad del hecho cometido. Puesto que los principios de culpabilidad y proporcionalidad en sentido estricto son condensadores de algunos de los principios constitucionales del sistema penal en relación con un individuo concreto, en el momento judicial la relación de complementación entre ambos conceptos se intensifica y, por ello, en el momento de imponer la pena concreta al autor, el juez deberá atender tanto a la gravedad del injusto como a la culpabilidad concreta⁷². El grado del injusto y el de la culpabilidad no tienen por qué coincidir, de forma que en un hecho de elevada gravedad la culpabilidad puede ser escasa, y viceversa. Por consiguiente, siguiendo el método ofrecido por la teoría del delito, el juez tendrá que examinar en primer lugar la gravedad del injusto (principio de proporcionalidad) y en segundo lugar debe valorar en qué medida es atribuible a su autor (principio de culpabilidad)⁷³.

Por último, creemos necesario destacar que el principio de proporcionalidad en sentido estricto, entendido como un principio constitucional que limita la prevención, se opone a ser vulnerado hacia arriba, pero no hacia abajo, es decir, constituye un límite máximo y no un límite mínimo⁷⁴. El principio de proporcionalidad no impide que pueda disminuirse o incluso renunciarse a la pena por razones de prevención especial y, más concretamente, para impedir la desocialización o facilitar la socialización⁷⁵. En estos casos en los que la finalidad de tutela de la pena puede quedar satisfecha bien con una pena menor o bien incluso sin pena alguna, “la proporcionalidad ha de ser entendida conforme a los requerimientos de la finalidad de tutela, que es el único objeto de ponderación, y no según la gravedad del, que

al principio de proporcionalidad como criterio de enjuiciamiento del tratamiento de derechos fundamentales, hemos de reiterar que la relación final que guarde la magnitud de los beneficios obtenidos por la norma penal y la magnitud de pena...”

71 VOGEL, “Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz...”, *StV*, 2/96, p. 113.

72 En este sentido también se ha pronunciado ZIPF, *Introducción a la política criminal*, Madrid, 1979, p. 56. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia de 22 de mayo de 1986 (FJ 3), afirma que la cuestión de la desproporción de la pena en el momento de su individualización se plantea en aquellos casos en los que la gravedad de la pena atribuida al condenado fuese superior a la legalmente imponible en relación a la gravedad de su culpabilidad.

73 MIR PUIG, *Introducción a las bases...*, cit., p. 164. Como señala este mismo autor, “Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena”, en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, pp. 178 y 179, el principio de culpabilidad no debe confundirse con la exigencia de cierta proporción entre la pena y la gravedad del delito, al no existir en nuestra legislación un precepto con el § 46 StGB en el que la imposición de la pena al individuo se fundamenta explícitamente en la culpabilidad del sujeto.

74 MIR PUIG, *Introducción a las bases...*, cit., pp. 104 y 105. Ésta es una de las diferencias que existen entre la postura sostenida por los defensores de la prevención general positiva fundamentadora y la que aquí sostenemos. Para aquéllos, no es posible imponer penas inferiores a lo “proporcionado” por los posibles efectos desestabilizadores que ello podría conllevar; cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho...*, cit., p. 259.

75 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho...*, cit., p. 297.

es sólo un criterio genérico para efectuarla⁷⁶. En este sentido es en el que vendría a confluír la proporcionalidad en sentido estricto con la necesidad⁷⁷. Por todo lo expuesto hasta ahora, y ante la insuficiencia del mecanismo previsto para asegurar la proporcionalidad concreta de una determinada pena, sería deseable, desde nuestro punto de vista, que se previese la posibilidad de que el Juez o Tribunal prescinda de la pena cuando resulte desproporcionada o innecesaria⁷⁸.

4 Compatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el principio de proporcionalidad en sentido amplio

4.1 Introducción

La ley tan sólo contiene tipos delictivos, no contiene ni delitos de lesión ni delitos de peligro, procediendo su distinción por parte de la doctrina de su puesta en relación con los bienes jurídicos protegidos⁷⁹. Dentro de los delitos de peligro es usual la distinción entre delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto e incluso, algunos autores reconocen una tercera categoría denominada delitos de peligro abstracto-concreto. Los delitos de peligro concreto se diferencian en esencia de los delitos de lesión, no en virtud de los distintos criterios de imputación, sino que en vez de un resultado de lesión se da un resultado de peligro concreto. También hay autores que admiten la existencia de una categoría intermedia entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto. La nomenclatura es variada y también varían las características y los delitos incluidos en esta categoría por parte de los distintos autores, siendo usual que la doctrina defina los delitos de peligro abstracto de forma negativa a través de su confrontación con los delitos de peligro concreto y de lesión, como aquellos en los que no se exige ni la puesta en peligro en concreto ni la lesión del bien jurídico protegido. Pero qué caracteriza positivamente a los delitos de peligro abstracto es una cuestión que está abierta y sin una respuesta única. Ello se debe, en parte, a que de la configuración legal de los delitos de peligro abstracto no se extrae ningún elemento común a todos ellos que haga posible el reconocimiento de cuándo estamos ante un delito de peligro abstracto, y más aún, si tenemos en cuenta que no todos los tipos recogen expresamente los bienes protegidos por los mismos⁸⁰.

4.2 Principio de idoneidad y delitos de peligro abstracto

4.2.1 Idoneidad de los delitos de peligro abstracto para la protección de bienes jurídicos

76 COBO/VIVES, *Derecho penal...*, cit., pp. 80 y 81.

77 COBO/VIVES, *Derecho penal...*, cit., p. 81.

78 En este sentido también se pronuncia QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho...*, cit., p. 542, para quien el marco penal debería incluir, junto al límite mínimo, la posibilidad de no imponer pena alguna para los casos de desproporción o falta de sentido.

79 BOHNERT, "Die Abstraktheit der abstrakten Gefährdungsdelikte", *JuS*, 1984, p. 184.

80 Si consideramos, como hace la mayoría de la doctrina, que los denominados delitos de aptitud son delitos de peligro abstracto, en estos casos sí que en el tipo se hace referencia expresa a los bienes jurídicos protegidos.

Los delitos de peligro abstracto encuentran su justificación en la necesidad de una tutela más acabada y eficaz de los bienes jurídicos que se consideran esenciales y, fundamentalmente, de los denominados bienes jurídicos colectivos⁸¹. Sin embargo, como ya dijimos cuando tratamos el principio idoneidad del Derecho penal, no todos los bienes jurídicos son aptos o idóneos para ser protegidos penalmente. De ello podemos concluir que no serán idóneos para proteger bienes jurídicos aquellos delitos de peligro abstracto que consisten en la violación de reglas ético-sociales o ético-religiosas, al no tipificar acciones que supongan peligro alguno para un bien digno de protección jurídico-penal⁸².

Por otra parte, se puede afirmar que un tipo penal es apto para la protección de un bien jurídico siempre y cuando las acciones típicas por él descritas afecten de algún modo al bien jurídico. De ello se deduce que aquel tipo penal en el que se tipifique acciones que de ningún modo afectan al bien jurídico que se pretende proteger a través del mismo, será inidóneo, puesto que la protección del bien jurídico no puede tener lugar a través de dicha prohibición. Al ser inidóneo para la protección del bien jurídico, dicho tipo se puede considerar inconstitucional por ser contrario al principio de proporcionalidad en sentido amplio. Por lo tanto, no son idóneos los delitos de peligro abstracto para la protección del bien jurídico cuando a través de los mismos se incriminan meras infracciones administrativas que no suponen peligro alguno para el respectivo bien jurídico. Lo más inquietante es que este problema, la criminalización de meros injustos administrativos, está adquiriendo de nuevo importancia en los ordenamientos jurídicos.

Pero no podemos desconocer que en los casos en los que el bien jurídico puede ser afectado a través de una gran variedad de conductas, a veces es difícil establecer una línea de separación entre las conductas inofensivas y aquellas otras conductas que afectan al bien jurídico. Y es en los denominados delitos de peligro abstracto, a través de los cuales se incriminan aquellas acciones general y abstractamente peligrosas para el bien jurídico, donde resulta bastante difícil para el legislador separar claramente a la hora de tipificar, aquellos comportamientos inofensivos de los que realmente suponen un peligro abstracto para el bien jurídico protegido. En aquellos supuestos en los que encuentra dificultades para esta delimitación, y debido a la importancia del bien jurídico en juego, el legislador considera más idóneo para su protección acudir a la prohibición de un comportamiento generalmente peligroso para el bien jurídico, sin que de esta manera se privilegien los comportamientos menos peligrosos. Desde el punto de vista de la idoneidad, no hay nada que objetar a esta forma de tipificación siempre que se trate de un comportamiento generalmente peligroso, no estando justificada, por el contrario, la conminación penal de comportamientos que excepcionalmente pueden resultar peligrosos para el bien jurídico. Queda justificada, por este motivo, la idoneidad de esta técnica en el delito de tráfico de drogas o en el supuesto del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes.

Lo cierto es que la opción adoptada por el legislador cuando se trata de proteger bienes jurídicos colectivos es la técnica del peligro abstracto, ya que suele acudir a la prohibición de acciones generalmente peligrosas para los bienes jurídicos fundamentalmente para

81 MAQUEDA ABREU, "La idea de peligro en el moderno Derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992", *Actualidad Penal*, 1994, p. 487.

82 En este sentido FIANDACA, "La tipizzazione del pericolo", *Dei Delitti e delle Pene*, 1984, p. 460, cuestiona la admisibilidad constitucional y político-criminal de la protección a través de la técnica de los delitos de peligro abstracto de objetos tales como el pudor público. TORÍO LÓPEZ, "Los delitos del peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)", *ADPCP*, 1981, pp. 827 y ss., distingue tres grupos de delitos de peligro abstracto, estando los primeros constituidos por los delitos que consisten en la violación de reglas ético-sociales o ético-religiosas.

evitar los problemas de prueba que se plantearían si se exigiese la puesta en peligro concreto o la lesión de estos bienes jurídicos colectivos⁸³. Se trata de ámbitos en los que es muy difícil tipificar la producción de resultados lesivos o de puesta en peligro concreto, al exigir los delitos de resultado el conocimiento y comprobación del nexo causal entre la acción individual y el resultado, siendo más fácil la determinación de la aptitud general de determinados comportamientos para poner en peligro el bien jurídico protegido⁸⁴.

Por otra parte, normalmente la prohibición de las conductas que pongan en peligro o lesionen el bien jurídico no es suficiente para su protección, ya que con carácter general los ataques a estos bienes jurídicos tienen lugar a través de acciones masas cuya peligrosidad individualmente considerada es insignificante, pero cuya repetición puede menoscabar el bien jurídico. Es lo que sucede, por ejemplo, en los delitos contra el medio ambiente⁸⁵, en los que resulta particularmente difícil especificar tanto cuantitativa como cualitativamente los efectos que una conducta particular ocasiona sobre el medio ambiente y en los que la afectación del bien jurídico tiene lugar por la repetición generalizada y frecuente de la conducta⁸⁶. Con el mismo problema que en los delitos contra el medio ambiente se encuentra el legislador, según un sector de la doctrina, cuando se trata de tipificar los ataques a los bienes jurídicos colectivos que se refieren a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado o del sistema social (contra la Administración de Justicia, contra la Administración Pública, contra el orden socio-económico): la tipificación de una lesión o un peligro concreto es difícil porque el menoscabo del bien jurídico se produce por la reiteración generalizada de conductas que no respetan las reglas básicas que permiten asegurar el sistema y su funcionamiento, más que por una conducta concreta⁸⁷. Y para soslayar este problema, el legislador decide acudir a la técnica de tutela que considera más eficaz: los delitos de peligro abstracto. Parte de la doctrina habla en estos casos de “delitos con bien jurídico intermedio espirituali-

83 WEBER, “Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte”, *ZStW*, Beiheft, 1987, pp. 24 y ss.; WEIGEND, “Bewältigung von Beweisschwierigkeiten...?”, *Festschrift für Otto Triffterer*, 1996, p. 695 y ss., sostiene que el legislador penal tiene varias formas de evitar las dificultades de prueba que se le puedan presentar, soluciones que redundan en una ampliación material del Derecho penal. En el XIII Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal sobre “El concepto y los principios fundamentales del Derecho penal económico y de la empresa” (El Cairo, 1984) se admite la validez de los delitos de peligro abstracto para la lucha contra la delincuencia económica y de la empresa, siempre que la conducta que se prohíbe se determine con claridad y los bienes jurídicos también se encuentren determinados. Por contra, niegan la justificación de los delitos de peligro abstracto cuando exclusivamente se pretenda facilitar la prueba de los delitos.

84 Como acertadamente pone de manifiesto TERRADILLOS BASOCO, “Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español. Luces y sombras”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX (1996), p. 317, el argumento de la dificultad de la imputación objetiva del resultado presente en el origen de la mayoría de los delitos de peligro abstracto y que exonera al juez de la obligación de verificar la corrección del juicio de peligro elaborado por el legislador en el tipo, se puede replicar afirmando que mayores son las dificultades con las que se topa el legislador que tiene que actuar sobre supuestos más generales.

85 Cfr. AGUADO CORREA, *El principio constitucional...*, cit., p. 286, n.p.p. 71, sobre el gran número de autores que consideran preferible la tipificación como delito de peligro abstracto en materia medio ambiental. Contrario a la utilización de tipos de peligro en materia medio-ambiental se muestra PRATS CANUT en Comentarios al Nuevo..., cit., pp. 1518 y 1519.

86 KLEINE-COSACK, *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*, Berlín, 1988, pp. 77 y 78.

87 En este sentido LOOS, “Zum ‘Rechtsgut’ der Bestechungsdelikte”, *Festschrift für Welzel*, 1974, 879 y ss.; ANGIONI, *Contenuto e funzioni...*, cit., pp. 63 y ss.; FIANDACA, “La tipizzazione del pericolo”, *Dei Delitti e delle Pene*, 1984, 456; GRASSHOF, *BVerfGE* 90, 145 (204); y, en el seno de nuestra doctrina, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, p. 301.

zado”, adoptando la denominación propuesta por SCHÜNEMANN⁸⁸, quien incluía en esta categoría delitos en los que se sostiene que la lesión del bien jurídico intermedio representa, por sí misma, un injusto⁸⁹.

4.2.2 Control constitucional del respeto del principio de idoneidad

El legislador cree que la técnica más idónea para la protección de determinados bienes jurídicos, y fundamentalmente de bienes jurídicos colectivos, es la utilización de la técnica de los delitos de peligro abstracto, valiéndose cada vez con más frecuencia de la técnica de los delitos de peligro hipotético en los que el legislador incluye elementos normativos de aptitud en el tipo, sin que por ello dejen de ser delitos de peligro abstracto, debiendo comprobar el juez en el caso concreto la aptitud lesiva de la conducta. En algunos supuestos, no compartimos la decisión adoptada por legislador: en unos casos porque creemos que hubiese sido más idóneo para la protección del bien jurídico correspondiente el uso de la técnica del delito de peligro hipotético en vez de la técnica del peligro concreto; en otros casos, no consideramos idónea la utilización de la técnica de los delitos de peligro abstracto por parte del legislador porque a través de los mismos se trata de incriminar meros injustos administrativos, meros incumplimientos de deberes en los que no estamos ante comportamientos generalmente peligrosos, sino que sólo excepcionalmente pueden resultar peligrosos para el bien jurídico.

No tiene sentido que nos planteemos aquí la idoneidad o no de todos y cada uno de los delitos que nuestro legislador ha configurado como delitos de peligro abstracto, porque en este trabajo queremos hacer hincapié en la virtualidad del principio de prohibición en sentido amplio como límite del *ius puniendi* y el control del cumplimiento de este principio constitucional. Lo cierto es que el legislador tiene un amplio ámbito de decisión en el momento de elegir el medio más idóneo para alcanzar el fin pretendido y el Tribunal Constitucional en el control de esta decisión muy poco tiene que decir. Como muestra de lo que acabamos de afirmar sobre el ámbito de decisión del legislador, tenemos tanto el pronunciamiento del Tribunal Constitucional alemán sobre los preceptos de la BtMG como algún pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional (SSTC 161/1997 y 136/1999). En Alemania, el juicio de aptitud no es un requisito difícil de cumplir, y ello no sólo por la prerrogativa de evaluación y espacio de decisión que se le concede al legislador penal, sino también debido a que el BVerfG únicamente reconoce la inconstitucionalidad de aquellas leyes que manifiestamente no son aptas para alcanzar el fin pretendido. Para este Tribunal, no constituye obstáculo al-

88 Este autor (“Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, JA, 1975, p. 798) distingue tres categorías dentro de los delitos de peligro abstracto. La primera de ellas viene constituida por los “delitos con bien jurídico intermedio espiritualizado” (“Delikte mit einem vergeistigten Zwischenrechtsgut”); la segunda, por las acciones masas, y la tercera, por aquellos delitos en los que se tipifica una tentativa imprudente que se caracteriza por la “infracción del cuidado subjetivo”. Esto ocurriría, según este autor, en delitos tales como el falso testimonio, el cohecho y el delito de falsedad documental, aun cuando en la doctrina es más discutida la consideración de este último como un delito de peligro abstracto. Entre otros, han adoptado esta denominación WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafrechtssystem*, Berlin, 1981, pp. 328 y ss.; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª Auf, München, 1994, 11/126; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, cit., p. 300. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin, 1991, 6/88, si bien no utiliza esta denominación, llega a la misma conclusión que SCHÜNEMANN, según señala el propio autor, de que cuando un delito es de peligro abstracto ello no impide que su resultado lesione un objeto que representa al bien en un plano menos abstracto.

89 ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., § 11/126, considera que el desvalor de la acción en estos delitos fundamenta por sí solo la punibilidad, puesto que el bien jurídico correspondiente no ha de ser puesto en peligro en el caso concreto a través de la acción subsumible en el tipo.

guno, en orden a confirmar la idoneidad de una ley, el escaso número de los casos perseguidos o sentenciados o el elevado número de la cifra oscura, ya que en estos casos el BVerfGE enfatiza el efecto de prevención general⁹⁰. Y es el argumento al que recurre el BVerfG cuando se trata de justificar el adelantamiento de la protección penal a través de los delitos de peligro abstracto: el efecto de prevención general de estos tipos. Afirma que, debido a motivos de prevención general, está justificado que los tipos que contemplan la prohibición de traficar con productos derivados del *cannabis* amplíen la protección abarcando todos los comportamientos que “son generalmente aptos” para producir los peligros descritos⁹¹. El BVerfG parte de la premisa de que el fin de la Ley sobre estupefacientes (BtMG) es la de proteger la salud tanto de los individuos como de la colectividad frente a los peligros que se derivan de los estupefacientes y preservar a la sociedad, ante todo a la juventud, de la dependencia de las drogas⁹². A este fin sirven los preceptos de la BtMG y, para alcanzar este fin, el legislador no sólo incrimina aquellos comportamientos que son peligrosos para el individuo, sino que pretende la organización de la vida comunitaria (*sozialen Zusammenlebens*), de tal manera que quede libre de todos los efectos perjudiciales socialmente que se derivan del tráfico con estupefacientes. Además, el BVerfG considera que este fin que se pretendía cuando fue promulgada la BtMG se ha ampliado entre tanto de una forma considerable con los distintos convenios internacionales y, en especial, a través de la Convención de las Naciones Unidas sobre tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988⁹³, siendo la BtMG “a la luz de esta Convención la contribución de Alemania al control internacional de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, al control del comercio con estos estupefacientes y así como a la lucha del mercado ilegal de drogas y de las organizaciones criminales que en él participan”⁹⁴.

En principio nada hay que objetar al hecho de que el legislador considere que la intimidación de todos los potenciales consumidores a través de la conminación legal sea más idónea/eficaz que la impunidad de estos comportamientos. El propio BVerfG reconoce, tras la exposición de una serie de datos sobre los efectos de los productos derivados del *cannabis*, que a pesar de que los peligros derivados de los mismos son menores que los que el legislador había considerado a la hora de promulgar la ley, todavía existen y no carecen de importancia. El legislador parte de que la totalidad del tráfico con productos derivados del *cannabis*, excepto el consumo, requiere un control estatal debido a los peligros que se derivan de la droga y del tráfico de drogas, tanto para el individuo como para la colectividad, y que la mejor forma de llevar a cabo ese control estatal es la de amenazar con pena todos los comportamientos relacionados con los productos derivados del *cannabis*.

Con el argumento ofrecido por el BVerfG para justificar la idoneidad de los delitos de peligro abstracto (prevención general), se plantea el problema, no exclusivo de los delitos de peligro abstracto, de la legitimidad de la prevención general para justificar el Derecho penal. En concreto, en relación con la prevención general negativa, las dudas de la doctrina se han centrado en la posibilidad de imposición de una pena a un sujeto que no es responsa-

90 BVerfGE 39, 1 (57); VOGEL, “Strafrechtsgüterschutz und Rechtsgüterschutz...”, *StV*, 2/96, p. 113.

91 BVerfGE 90, 145 (184). Los peligros que según el BVerfGE derivan de las drogas son el peligro para la salud individual, el peligro de dependencia física y además la puesta en peligro de importantes intereses de la colectividad.

92 BVerfGE 90, 145 (174).

93 Naciones Unidas ha reconocido, en especial en esta Convención, el merecimiento de pena de cualquier tráfico con estupefacientes porque la “salud y el bienestar de las personas se pone seriamente en peligro y las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad se menoscaban”.

94 BVerfGE 90, 145 (175).

ble del hecho, porque resulta necesario para evitar un mal social mayor. Pero también cabe plantearse hasta qué punto en las conminaciones penales abstractas la utilidad ha llevado al legislador a no respetar las exigencias derivadas de la proporcionalidad abstracta⁹⁵.

Como conclusión podemos afirmar, que serán idóneos los delitos de peligro abstracto para la protección de bienes jurídicos cuando, según la forma y la intensidad de los ataques, sea necesaria su protección frente a peligros abstractos; cuando se trate de prohibir comportamientos que no afectan de modo alguno al bien jurídico correspondiente serán inidóneos. Por otra parte, únicamente será idónea la prohibición penal de acciones peligrosas en abstracto cuando las distintas formas de actuación que se prohíben, normalmente supongan un peligro para el bien jurídico protegido y no cuando tan solamente en casos excepcionales puede suponer un peligro para el mismo⁹⁶.

4.3 Principio de necesidad y delitos de peligro abstracto

4.3.1 Principio de ofensividad y delitos de peligro abstracto

Uno de los problemas a los que mayor atención ha prestado la doctrina, es el de la compatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el principio de ofensividad. La razón no es otra que la imposibilidad, en un Ordenamiento jurídico presidido por el principio de ofensividad, de que la antijuricidad de un comportamiento se agote en la antijuricidad formal, sin que se exija la concurrencia de la antijuricidad material⁹⁷.

Las objeciones formuladas a esta categoría de delitos, atendiendo a la vigencia del principio de ofensividad, ha llevado a la doctrina a intentar dotar a estos delitos de antijuricidad material y conseguir la limitación de la punibilidad de los delitos de peligro abstracto. Con este fin, se han propuesto distintas soluciones reconducibles principalmente a dos: las opiniones orientadas a la producción de un resultado y aquellas que se orientan al comportamiento⁹⁸. Es posible dotar de un contenido material a los denominados delitos de peligro abstracto y, por lo tanto, considerarlos compatibles con uno de los subprincipios del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y el correlativo principio de ofensividad. Desde nuestro punto de vista, para que los delitos de peligro abstracto resulten compatibles con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y con el principio de ofensividad, es necesario: por una parte, que a través de los mismos se intente proteger bienes jurídicos merecedores de pena, es decir, constitucionalmente legítimos y dotados de una especial relevancia social, puesto que implican una ampliación muy importante de la tutela penal; por otra parte, que a través de los delitos de peligro abstracto se tipifiquen aquellas conductas que aparezcan como generalmente peligrosas para el bien jurídico que se trata de proteger, y no aquellas conductas que

95 SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho...*, cit., p. 215.

96 En el mismo sentido, GRASSHOF, BVerfGE 90, 145 (199 y ss.).

97 Tanto en el seno de la doctrina española como italiana, la crítica a los delitos de peligro abstracto ha girado en torno a la vigencia del principio de ofensividad y no al principio de culpabilidad, tal y como ha tenido lugar principalmente en el seno de la doctrina alemana. Vid. AGUADO CORREA, *El principio constitucional...*, cit., p. 301, n.p.p. 119.

98 BERZ, *Formelle Tatbestandverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz*, München, 1986, p. 101. Estas opiniones doctrinales están desarrolladas en AGUADO CORREA, *El principio constitucional...*, cit., pp. 302 a 325.

sólo en algunos casos aparecen como peligrosas; en último lugar, que, en el caso concreto, el comportamiento sea efectivamente peligroso para el bien jurídico protegido⁹⁹, en el sentido de que aparezca como peligroso ex ante para el bien jurídico, sin necesidad de que se produzca un peligro concreto, porque de lo contrario faltará el substrato de la antijuricidad material del mismo. Ahora bien, el hecho de que la categoría de los delitos de peligro abstracto, en cuanto tal, no sea necesariamente contraria al principio de exclusiva protección y al correlativo principio de ofensividad, no quiere decir que en todos los casos en los que el legislador ha recurrido a esta técnica de tipificación haya respetado estos principios. Siempre que el legislador haya tipificado injustos meramente formales o de mera desobediencia, se puede afirmar que ha conculcado no sólo el principio de idoneidad, como ya hemos tenido ocasión de comprobar¹⁰⁰, sino también el principio de ofensividad y, por ende, el principio de proporcionalidad en sentido amplio.

4.3.2 Principio de subsidiariedad y delitos de peligro abstracto

La técnica de los delitos de peligro abstracto aparece como idónea para proteger determinados bienes jurídicos ante acciones generalmente peligrosas, requiriendo la vigencia del principio de subsidiariedad que una determinada exigencia político-criminal justifique la introducción de la anticipación de la protección penal que supone la introducción de este tipo de delitos¹⁰¹. En principio, tal y como puso de manifiesto Tiedemann, la utilización de la técnica de los delitos de peligro abstracto no contraviene el principio constitucional de proporcionalidad y, más concretamente, el principio de subsidiariedad, ya que la prohibición de ejecutar ciertas acciones corresponde a la idea de que el Derecho penal sólo puede prohibir que se lleven a cabo comportamientos peligrosos y no a la idea de impedir que se produzca un resultado dañoso¹⁰². El problema se plantea cuando se trata de justificar, desde la perspectiva del principio de subsidiariedad, aquellos casos en los que se procede a utilizar la técnica de los delitos de peligro abstracto sin existir una exigencia de naturaleza político-criminal, sino debido a la dificultad de incriminar aquellos comportamientos que atentan contra bienes jurídicos cuyos contornos no están claramente definidos, sino todo lo contrario¹⁰³. No olvidemos que ya la mera amenaza de una pena supone un grave menoscabo de los derechos de los afectados.

Tampoco serían justificables, desde el punto de vista del principio de subsidiariedad, aquellos casos en los que el legislador decide acudir a la técnica de los delitos de peligro abstracto para incriminar meros injustos administrativos, si bien en estos casos lo realmente criticable no es que haya acudido a la técnica de los delitos de peligro abstracto, sino que

99 RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, cit., p. 298, habla de la necesidad de que los delitos de peligro abstracto representen un peligro real para el bien jurídico.

100 Al analizar el principio de idoneidad ya afirmábamos que la técnica de los delitos de peligro abstracto no es idónea para proteger a los bienes jurídicos cuando se trata de prohibir comportamientos que no afectan de modo alguno al bien jurídico.

101 Vid. en este sentido GÜNTHER, "Die Genese eines Straftatbestandes...", JuS, 1978, p. 12; GRASSO, "Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs und Unternehmensdelikte im italienischen Strafrecht", en *Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes, Beiheft zur ZStW*, 1987, p. 92.

102 TIEDEMANN, *Poder económico y delito (Introducción al Derecho penal económico y de la empresa)*, Barcelona, 1985, pp. 33 y 34.

103 Cfr. GRASSO, "Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes...", en *Beiheft zur ZStW*, 1987, p. 89.

haya acudido al Derecho penal cuando han fallado el resto de las medidas, y más concretamente las medidas administrativas. En estos supuestos, aun cuando se pueda afirmar que nos encontramos ante un bien jurídico merecedor de tutela penal, no se puede afirmar que esté necesitado de tutela penal. Por todo ello consideramos contrarios al principio de subsidiariedad, y, por lo tanto, vulneradores del principio de proporcionalidad en sentido amplio, todos aquellos delitos de peligro abstracto que no son más que meras incriminaciones de injustos administrativos, aquellos “delitos de peligro abstracto absolutamente coincidentes con las infracciones administrativas que también existen en las leyes administrativas”¹⁰⁴.

4.3.3 Control constitucional del respeto del principio de necesidad

El legislador, a la hora de decidir sobre la necesidad de amenazar con pena un determinado comportamiento, posee una prerrogativa de evaluación y decisión que sólo en una medida muy restringida puede ser objeto de control por parte del Tribunal Constitucional. El legislador es plenamente libre para decidir qué bienes jurídicos son merecedores de protección, de manera que únicamente cuando los bienes jurídicos que haya decidido proteger penalmente se puedan tachar de constitucionalmente ilegítimos o socialmente irrelevantes, puede declarar el precepto correspondiente desproporcionado y, por ende, inconstitucional¹⁰⁵. Por lo tanto, todos aquellos delitos de peligro abstracto que protejan bienes jurídicos constitucionalmente ilegítimos y, lo que puede ser más normal, socialmente irrelevantes, deberán ser declarados desproporcionados. No olvidemos que la mera amenaza de una pena, debido a la desaprobación moral que conlleva, supone un menoscabo grave de los derechos personales y de la libertad de actuación, debiendo tener lugar dicho ataque únicamente cuando estén en juego intereses o bienes comunitarios importantes, cuya protección constituye la función del Derecho penal. Además, y aun cuando el Tribunal Constitucional no haga referencia a este aspecto en sus pronunciamientos sobre el principio de proporcionalidad¹⁰⁶, tan sólo el comportamiento que implique la lesión o puesta en peligro de los mismos será merecedor de pena y, por consiguiente, cuando el injusto se agote en la mera contradicción formal de un precepto no será ni merecedor ni estará necesitado de pena, por lo que habrá que declarar la desproporcionalidad y la inconstitucionalidad de aquellos preceptos que incriminen comportamientos que no impliquen la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico protegido.

El control constitucional sobre la existencia o no de medidas alternativas menos graves, pero de la misma eficacia tiene un alcance y una intensidad muy limitadas. Cuando el Tribunal Constitucional alemán se planteó la necesidad de acudir a la técnica de peligro abstracto para la protección del bien jurídico protegido a través de los preceptos de la BtMG, recordó la prerrogativa de evaluación y de decisión, la cual, no puede ser objeto de control por parte del alto Tribunal. En este sentido, afirmó que si el legislador, en el caso de la BtMG, decide que para la protección del bien jurídico es necesario y más idóneo la

104 MUÑOZ CONDE, “El “moderno” Derecho penal en el nuevo Código Penal. Principios y tendencias”, *La Ley*, 1996, p. 1339.

105 En la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 1997 se afirma: “Esta primera aproximación al problema de la proporcionalidad suscitado podría incluso conducir ya a su resolución desestimatoria “si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya también socialmente relevantes”.

106 También pone de manifiesto el hecho de que el *BVerfG* no haga referencia a este aspecto cuando analiza la exigencia de necesidad, GRASSHOF en el voto particular a la *BVerfGE* 90, 145 (202).

intimidación de un gran número de potenciales consumidores a través de la prohibición del comercio con el *cannabis* que la supresión de la amenaza penal, ello es conforme con la Constitución¹⁰⁷. El BVerfG afirma que, puesto que la discusión político-criminal sobre la disminución del consumo de *cannabis* no está cerrada y se puede realizar tanto a través del efecto de prevención general del Derecho penal como a través de la liberalización del consumo de *cannabis*, no se puede objetar nada desde el punto de vista constitucional al recurso a la técnica del peligro abstracto.

En conclusión, si bien la prohibición penal de determinadas actuaciones peligrosas en abstracto es necesaria solamente cuando éstas no puedan evitarse o no pueda reducirse su potencial de peligro mediante otros medios menos incisivos, contando el Estado con más posibilidades de reacción cuanto más se adelante la prohibición de determinadas acciones (en abstracto peligrosas) en relación con las acciones lesivas, difícilmente el Tribunal Constitucional se pronunciará sobre la desproporcionalidad de la misma. Y ello a pesar de que en muchos casos, debido a la injerencia que el Derecho penal implica, aparece como innecesario si no existen datos incontestables sobre la menor intensidad coactiva y una funcionalidad manifiestamente similar a la obtenida por la prohibición de los comportamientos generalmente peligrosos para el bien jurídico¹⁰⁸. Por este motivo es por el que difícilmente se podrá declarar que un delito de peligro abstracto es contrario al principio de subsidiariedad y, por consiguiente, desproporcionado e inconstitucional.

4.4 Principio de proporcionalidad en sentido estricto y delitos de peligro abstracto

4.4.1 Compatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el principio de proporcionalidad en sentido estricto

En el ámbito de los delitos de peligro abstracto, el principio de proporcionalidad en sentido estricto adquiere una especial relevancia al encontrarnos ante una prohibición de actuación, redactada de una forma amplia¹⁰⁹. En este análisis de la compatibilidad de los delitos de peligro abstracto con el principio de proporcionalidad en sentido estricto partiremos de lo afirmado por el Tribunal Constitucional alemán, debiendo aclarar que, aun cuando se refiere exclusivamente a algunos preceptos de la BtMG, desde nuestro punto de vista y tal como puso de manifiesto la juez GRASSHOF en el voto particular¹¹⁰ que formuló a esta sentencia, las consideraciones que lleva a cabo este Tribunal atinentes a la técnica del peligro abstracto, son extrapolables a todos aquellos preceptos penales en los que el legislador ha optado por esta técnica.

Cuando se trata de analizar la proporcionalidad en sentido estricto, el BVerfG señala que es preciso distinguir entre la prohibición de comercio con *cannabis* y, por otra parte, su refuerzo a través de la amenaza de una sanción penal, para las distintas formas de contravención del precepto -BVerfGE 90, 145 (183 y ss.)-. Por lo que respecta a la prohibición general de comercio con *cannabis*, señala que no cabe afirmar que sea contraria a la prohibición de exceso ya que se pretende hacer frente a los “peligros derivados de la droga para

107 BVerfGE 90, 145 (183).

108 BVerfGE 90, 145 (182 y 183).

109 Sobre la importancia de este principio en relación con los delitos de peligro abstracto vid. el voto particular emitido por la juez GRASSHOF a la BVerfGE 90, 145 (203).

110 BVerfGE 90, 145 (203).

la salud de la sociedad y, en especial, para los jóvenes, así como proteger frente al peligro de dependencia psíquica de la droga y, por lo tanto, de las organizaciones criminales que dominan el mercado de la droga y de los efectos dañosos colectivos” [BVerfGE 90, 145 (184)]. Esta afirmación, según el Alto Tribunal alemán, también es válida cuando se trata de analizar la proporcionalidad de la amenaza con una sanción penal, puesto que no nos encontraríamos ante simples desobediencias de normas administrativas, es decir, ante injustos administrativos, sino que dichos comportamientos ponen en peligro intereses colectivos importantes, que son los que trata de proteger el legislador. Según el Tribunal Constitucional alemán, son motivos lo suficientemente justificados y claros los que llevan al legislador a considerar estas contravenciones como merecedoras y necesitadas de pena¹¹¹. Tampoco habría nada que objetar al hecho de que el legislador haya decidido prescindir de la técnica de la lesión y del peligro concreto y se haya decantado por acudir a la técnica del peligro abstracto: los tipos penales sobre el comercio de productos derivados del *cannabis* pretenden llevar a cabo la protección de los correspondientes bienes jurídicos, abarcando todos los comportamientos que son generalmente idóneos para crear el peligro descrito, lo cual se justifica por motivos de prevención general¹¹². Sin embargo, el Tribunal Constitucional reconoce que la propia naturaleza de una protección penal entendida de esta manera, implica que los tipos penales comprendan comportamientos que presentan una notable diferencia en relación con la clase y la intensidad del peligro que representa para el bien jurídico, y en relación con el contenido de injusto y de culpabilidad individual. El peligro para los bienes jurídicos comunitarios puede alcanzar una intensidad tan insignificante, si se atiende a las propiedades y clase de droga, la cantidad encontrada en el caso concreto, la clase de contravención ante la que nos encontramos, así como todas aquellas circunstancias relevantes en relación con el peligro, que los motivos de prevención general que son los que justifican la amenaza con una sanción penal, perderían peso.

Por todo ello resulta fundamental, desde nuestro punto de vista, la afirmación del BVerfG en la que señala que la pena podría aparecer como excesiva y, por ende, inconstitucional, si se atiende a los derechos del afectado, a la culpabilidad individual del autor y a los fines político-criminales de prevención especial que de ella se desprenden¹¹³. Como sabemos, la protección de los bienes jurídicos a través de la amenaza de una sanción penal se lleva a cabo mediante el mecanismo de la prevención general y de la prevención especial. Pero puede suceder que en los supuestos en los que la puesta en peligro de los bienes jurídicos sea insignificante, la prevención general, que es la que en los delitos de peligro abstracto juega un papel fundamental en la justificación de los mismos, ceda ante las necesidades de prevención especial, y atendiendo tanto a la culpabilidad insignificante y los predominantes fines de prevención especial, la pena resulta desproporcionada¹¹⁴. Solamente en aquellos casos en los que nos encontremos ante comportamientos de una cierta peligrosidad para el bien jurídico protegido no deberán ceder las necesidades de prevención general frente a la especial¹¹⁵. Como vimos al exponer el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en la conminación penal abstracta el legislador debe partir de criterios de proporcionalidad entre el injusto y la pena, pero también debe incorporar, aparte de criterios de prevención

111 BVerfGE90,145(184).

112 BVerfGE90,145(184).

113 BVerfGE 90, 145 (185).

114 BVerfGE 90, 145 (185).

115 VOGEL, “Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz...”, *StV*, 2/96, p. 114.

general, criterios de prevención especial. Por ello, el legislador debe prever una solución para aquellos casos en los que la pena imponible al autor aparezca como desproporcionada si se atiende tanto a la insignificancia del injusto como del grado de culpabilidad y a las exigencias de prevención especial.

No porque el legislador considere idóneo y necesario para alcanzar la pretendida protección de bienes jurídicos amenazar con una sanción penal el comercio prohibido con productos derivados del *cannabis*, sobra el examen de la proporcionalidad en sentido estricto. Muy al contrario, el tercer nivel del principio de proporcionalidad en sentido amplio pretende ser un control de signo opuesto de aquellas medidas que han sido consideradas idóneas y necesarias, en el sentido de si los medios utilizados, que son los que causan esa restricción de derechos fundamentales en los afectados, se encuentran en una relación de proporción con la protección del bien jurídico que a través de los mismos se pretende alcanzar. Este examen puede llevar a la conclusión de que un medio en principio idóneo y necesario para la protección del bien jurídico, no debe ser utilizado porque el menoscabo de derechos fundamentales del afectado que conlleva supera el aumento de protección del bien jurídico, de manera que la utilización de dicho medio de protección, puede ser reputado desproporcionado. Ello implica que bajo determinadas circunstancias se deja de proteger legítimamente el bien jurídico porque, de lo contrario, se produciría un menoscabo desproporcionado de los derechos fundamentales¹¹⁶.

Y esto puede ocurrir, desde nuestro punto de vista, no sólo en materia de drogas, sino en todos aquellos casos en los que el bien jurídico es amenazado de forma tan variada, que las puestas en peligro que padece son de muy diversa intensidad, resultando una tarea muy difícil, si no imposible para el legislador, prever distintas medidas de protección atendiendo al diverso grado de peligrosidad de una determinada acción. De manera que puede haber casos en los que el legislador considera que la técnica más adecuada y necesaria para la protección de bienes jurídicos es la de prohibir comportamientos generalmente peligrosos para el bien jurídico en cuestión, considerando el comportamiento de peligro abstracto en cuanto tal como merecedor y necesitado de pena, sin que en principio exista posibilidad de “privilegiar punitivamente” aquellas formas de actuación que revisten una peligrosidad escasa. Como recordaremos, en virtud de la vigencia del principio de fragmentariedad, el límite inferior del principio de proporcionalidad en sentido amplio será traspasado por aquellos comportamientos amenazados con pena que no aparezcan como tales, suficientemente peligrosos para el bien jurídico protegido, pero no por aquellos otros que son considerados como generalmente peligrosos, aun cuando en el caso concreto nos encontremos ante un comportamiento escasamente peligroso. En tanto que los elementos o requisitos del principio de proporcionalidad en sentido amplio de idoneidad y necesidad justifiquen la incriminación de comportamientos generalmente peligrosos y los trate de una manera indiferenciada como merecedores y necesitados de pena, el tercer elemento o requisito del principio de proporcionalidad en sentido amplio, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, adquiere aún mayor relevancia.

Cuanto más amplia es la tipificación que lleva a cabo el legislador penal de las conductas peligrosas en abstracto para el bien jurídico, más en serio ha de tomarse la posibilidad de que queden comprendidos por el tipo comportamientos que sólo resultan peligrosos para el bien jurídico de una manera insignificante. Y es para tales situaciones en las que el contenido de injusto es irrelevante, para las que el legislador ha de prever soluciones que permitan evitar un excesivo gravamen, un excesivo perjuicio al afectado por la persecución y, en su caso, evitar la imposición de la pena prevista en el correspondiente precepto, al cual en principio no cabe hacer reparo alguno. Pero no olvidemos que

116 BVerfGE90,145(185).

el principio de proporcionalidad en sentido estricto coincide en su efecto limitador de la pena con el principio de culpabilidad, de manera que la pena imponible a una determinada persona ha de guardar una relación de proporcionalidad tanto con el grado de injusto como con el grado de culpabilidad individual, por lo que el legislador habrá de incluir una regulación que permita a los órganos de persecución y al Juez, adoptar en los casos concretos aquellas reacciones que se encuentren en una relación de proporcionalidad tanto con el correspondiente grado de peligrosidad como el grado de culpabilidad, de forma que no grave al afectado de una manera inexigible¹¹⁷.

El propio Tribunal Constitucional alemán nos apunta las posibilidades que posee el legislador para respetar el principio de proporcionalidad en sentido estricto en los supuestos de injusto y culpabilidad insignificante: una solución jurídico-material y una solución formal. En virtud de la primera de ellas, el legislador puede, a través de tipos privilegiados, reducir el ámbito de aplicación de los preceptos penales o bien posibilitar la imposición de sanciones especiales para los casos de criminalidad de bagatela. La solución procesal, que es la que ha adoptado el legislador alemán en la Ley Procesal Penal, consiste en reducir o relajar las necesidades de persecución penal¹¹⁸.

En conclusión, el principio de proporcionalidad en sentido estricto y el principio de culpabilidad, exigen que siempre que el legislador considere idóneo y necesario para la protección de un bien jurídico amenazar con pena de una forma indiscriminada todos aquellos comportamientos generalmente peligrosos para el mismo, sin privilegiar los escasamente peligrosos, habrá de incluir las previsiones necesarias que permitan encontrar la pena que se encuentre en una relación proporcional tanto con el grado de injusto como con el de culpabilidad individual del autor¹¹⁹.

4.4.2 Control constitucional del respeto del principio de proporcionalidad en sentido estricto

El control que puede llevar a cabo el Tribunal Constitucional en aquellos casos en los que el legislador no ha tenido en cuenta las exigencias del principio de proporcionalidad es más intenso que el control que puede realizar en relación con el principio de idoneidad y de

117 Cfr. GRASSHOF, BVerfGE 90, 145 (203); BVerfGE 50, 205 (213 y ss.); 54, 100 (109 y ss.). Sobre la armonización de los delitos de peligro abstracto y el principio de proporcionalidad en sentido estricto vid. AGUADO CORREA, El principio constitucional..., cit., pp. 337 a 390, donde se analizan las soluciones que se podrían prever en la ley en orden a esta armonización, centrándonos en las soluciones formal y material a las que se refiere el BVerfG.

118 BVerfGE 90, 145 (191). Esta opción, tal y como aclara el alto Tribunal alemán, no puede ser tachada de inconstitucional al no contravenir ningún principio constitucional, concretamente, el principio de legalidad penal contemplado en el artículo 103.2 GG, de manera que la prohibición de retroactividad de leyes penales más graves, la necesidad de previsión legal de la punibilidad, así como la determinación de la ley, no se ven afectadas por la misma.

119 Así ha procedido finalmente el legislador español en relación con el tipo básico de tráfico de drogas previsto en el art. 368 CP tras la reforma sufrida por éste a través de la LO 5/2010. A través de ésta reforma además de reducir el límite máximo a imponer por delito de tráfico de drogas de los que causan grave daño a la salud, se previó la facultad de reducir la pena de prisión para los supuestos de escasa entidad, facilitándose de este modo que puedan aplicar alternativas a la pena de prisión, como la suspensión o la sustitución. El párrafo 2º del art. 368 CP reza así: "No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriera alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370". A través de esta previsión, el legislador ha refrendado la práctica judicial plasmada en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005.

necesidad. Por este motivo, el Alto Tribunal podrá declarar inconstitucional todos aquellos preceptos en los que, habiéndose acudido a la técnica de los delitos de peligro abstracto, el legislador no ha tenido presente “la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad en caso de incumplimiento... (STC 53/1989, FJ 9)”. Siempre que la imposición de la pena suponga un sacrificio innecesario y excesivo del derecho a la libertad reconocido en el artículo 17 CE, se podrá apreciar la vulneración del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Por lo tanto, se podrán declarar contrarios a este principio todos aquellos preceptos en los cuales no se contemplan las previsiones necesarias para adecuar la pena al contenido de injusto y de culpabilidad individual. Prueba de ello es que, en la Sentencia 136/1999, de 26 de abril, el Tribunal Constitucional español declaró, por primera y única vez, la inconstitucionalidad de un precepto penal que contenía un delito de peligro abstracto, por infringir el principio de proporcionalidad en sentido estricto, en concreto, la proporcionalidad abstracta, fallando en los siguientes términos:

El precepto resulta, en efecto, inconstitucional únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes. Expresado en otros términos: no es la apertura de la conducta típica de colaboración con banda armada la que resulta constitucionalmente objetable, sino la ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo (FJ 30).

“

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL,
RECONHECIMENTO DE PESSOAS
E ERROS JUDICIAIS:
CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA
NOVA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

”

ROGERIO SCHIETTI CRUZ

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, RECONHECIMENTO
DE PESSOAS E ERROS JUDICIAIS: CONSIDERAÇÕES
EM TORNO DA NOVA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**CRIMINAL INVESTIGATION, RECOGNITION
OF PERSONS AND MISCARRIAGE OF JUSTICE:
CONSIDERATIONS AROUND THE NEW JURISPRUDENCE
OF SUPERIOR COURT OF JUSTICE**

ROGERIO SCHIETTI CRUZ¹

Sumário: 1 Introdução. 2 A dinâmica das investigações policiais. 3 Alguns casos de erros judiciais relacionados à prova de reconhecimento formal. 4 Necessidade de melhoria da qualidade da atividade investigativa. 5 Novas rotinas investigativas pela Polícia Civil. 6 A presunção de inocência já na fase investigativa como premissa para o aperfeiçoamento da prova produzida. 7 Conclusão.

RESUMO

A investigação criminal deve ser eficiente na tarefa de identificar autores de crimes e fornecer elementos para o início da ação penal, sem, todavia, violar os direitos dos suspeitos. Os procedimentos policiais adotados atualmente em inquéritos policiais são simplistas, sobretudo em investigações relativas à criminalidade de rua, geralmente direcionadas a obter confissões dos suspeitos e depoimentos de testemunhas. As falhas de procedimento, em geral, surgem com a Polícia, se mantém com o Ministério Público e produzem seus efeitos mais dramáticos com a decisão judicial, especialmente nos casos em que a vítima é convidada para um ato de reconhecimento formal do suspeito. Essa realidade motivou, no Brasil, a mudança do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que passou a exigir o cumprimento fiel das disposições do Código de Processo Penal. O próximo passo na correção de tais erros depende de uma transformação da rotina policial, com a fiscalização do Ministério Público e a rejeição da prova ilícita pelo juiz, por meio da adoção de critérios que imprimam racionalidade ao procedimento policial, por meio da apropriação do conhecimento científico acumulado sobre a dinâmica dos reconhecimentos equivocados.

Palavras-chave: Investigação criminal; falhas; reconhecimento formal; Superior Tribunal de Justiça; mudança de jurisprudência; novas rotinas policiais; presunção de inocência; polícia; Ministério Público; Judiciário.

¹ Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo do São Francisco. Professor dos cursos de Doutorado e Mestrado da UniNove. Professor de Direito Penal e Processual na Pós-Graduação do Damásio Educacional. Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

The criminal investigation must be efficient in the task of identifying criminal offenders and providing elements for the prosecution, without, however, violating the rights of those suspects. The police procedures currently adopted in police investigations are oversimplified, especially in investigations related to street crime, which usually focused on obtaining confessions of suspects and witness statements. Failures of police procedure are endorsed by the criminal prosecutor and produce their most dramatic effects with a judicial decision, mainly in the cases in which the victim of the crime is invited to a formal identification of the suspect. This framework motivated, in Brazil, the Superior Court of Justice to overrule an old precedent, in order to, from then on, demand the faithful fulfillment of the rules of the Criminal Procedure Code. The following steps in correcting such errors depend, however, on a transformation of the police procedures, on prosecutors overseeing this police work, and on the adoption of exclusionary rules by the judges. Furthermore, they must rely on scientific knowledge of the dynamics of mistaken identifications.

Keywords: Criminal investigation; failures; formal identification of suspects; jurisprudence overruling; Superior Court of Justice; new procedures by police officers; presumption of innocence; prosecutor; judiciary.

1 Introdução

No contexto da atividade estatal de punir culpados e absolver inocentes, espera-se que as instituições e seus agentes funcionem de tal modo a ensinar um grau de eficiência que corresponda às justas expectativas da população – cuja satisfação permite a coesão e a ordem social – sem, todavia, desatender aos legítimos direitos daqueles que são acusados de violar as leis penais.

A Lei Fundamental de 1988, cuja vigia mestra é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) – que dá ao Estado Democrático de Direito uma dimensão antropocêntrica, em que o homem é um ser com dignidade, um fim e não um meio, um sujeito e não um objeto (Franco, 2000, p.49) – consagrou um processo penal de cariz democrático, o qual assegura ao acusado o respeito às “regras do jogo”, mediante o devido processo legal. E, para além da ótica exclusivamente processual do *due process of law* e tendo em vista a instrumentalidade do processo, o direito deve ser compreendido como um sistema de garantias, que realize dupla função: “de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado” (Lopes Jr., 2001, p.20).

Assim também pensava o saudoso Prof. Rogério Tucci, quando ressaltava, já na primeira edição de sua mais festejada publicação, que o processo penal objetiva dupla finalidade: “por um lado, a tutela da liberdade jurídica do indivíduo, membro da comunidade” e “por outro, o de garantia da sociedade contra a prática de atos penalmente relevantes, praticados pelo ser humano, em detrimento de sua estrutura” (Tucci, 1993, p.23).

Sob essa matriz teleoaxiológica, o Poder Público, para tanto, utiliza seu aparato oficial à procura de um resultado que traduza a realização do direito objetivo (a segunda das funções acima referidas). E essa realização do direito objetivo dá-se, concretamente, pela busca da verdade processual e constitucionalmente válida (Grinover, 1999, p.75), a partir da qual se possa, ao acusado, ou aplicar uma sanção, se considerado culpado e responsável pela prática de um delito, ou declarar sua inocência, quando as evidências não autorizarem o julgamento favorável à pretensão punitiva.

Em diversas palavras, o fim do processo “só pode ser a descoberta da verdade e a realização da justiça”, por meio de uma decisão obtida de modo “processualmente admissível e válido” (Figueiredo Dias, 1984, p.43-49). Ainda que com algum sacrifício epistemológico, há de ser feita a escolha, posto que nem sempre compreendida pelo público, entre o possível (no mundo dos fatos) e o aceitável (no mundo do Direito). Deveras, “a investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas de uma certa maneira, de acordo com um rito determinado, com observância de certas regras. A dignidade e a moralidade do instrumento utilizado constituem, de *per si*, um valor a ser perseguido e que se colocam como limite à liberdade do investigador” (Massimo Nobili *apud* Badaró, 2019, p.176).

O modo de ser do processo, portanto, é que legitima o resultado alcançado – a efetiva prestação jurisdicional – aos olhos de quem sofre o peso do braço punitivo estatal e aos olhos, também, da comunidade. Uma condenação pode ser materialmente justa, porque de um modo ou de outro se reuniram provas suficientes para revelar a culpabilidade do autor em relação ao fato criminoso. Mas poderá se deslegitimar e, então, não cumprir aquilo a que se propõe um Estado Democrático de Direito, se não decorreu de um devido processo legal, sob sua ótica procedimental, com a observância estrita das formas e das normas pertinentes.

Disso já falava, em meados do século XIX, Francesco Carrara:

Não basta que o juízo tenha atingido efetivamente seu fim jurídico, isto é, de conduzir à exata cognição da verdade enquanto seja propriamente condenado o verdadeiro culpado, e condenado somente na medida de seu merecimento. É necessário que o povo creia nisso. Eis o fim político das formas processuais. Quando as formas não forem observadas, a confiança pública na justiça do julgado não é senão a confiança na sapiência e na integridade do homem que julgou, e nem todos podem tê-la; mas quando as formas forem observadas, a confiança pública se apoia racionalmente nessa observância. (Carrara *apud* Ferrajoli, 2002, p.552).

Interessa, ou deveria interessar, à comunidade saber não apenas que o culpado por uma infração penal foi punido, mas que a inflicção da pena, na medida da culpabilidade do sancionado, decorreu de um processo no qual hajam sido observadas as “regras do jogo”, sem favorecimentos indevidos, sem atropelos, sem excessos nem arbitrariedades. E que as provas sobre as quais se assentou o juízo de condenação foram epistemologicamente idôneas, suficientes e devidamente valoradas, mediante justificativa racional, pelo juiz competente.

É preciso, para tanto, que não só a atividade jurisdicional se revista de tal legitimação procedimental – calha lembrar Calamandrei, quando diz que a justiça necessita “*não somente de ser, mas de parecer justa*” (Calamandrei, 1960, p.37) –; é mandatório que todos os demais órgãos que integram o sistema de justiça criminal assim se pautem no desempenho de suas funções.

Dito isso, a pergunta que motiva o centro dos argumentos deste escrito é: Como devem policiais, promotores de justiça e juízes, no desempenho de suas funções, agir para que a investigação criminal possa se desenvolver de modo a respeitar as garantias fundamentais do indivíduo e ao mesmo tempo fornecer prova idônea e válida para a futura ação penal?

Este é, cabe a ênfase, o ponto a ser desenvolvido neste estudo: a percepção de que toda a atividade persecutória e judicial do Estado, em qualquer esfera (jurisdicional ou administrativa) e em qualquer dimensão temporal ou espacial, deve revestir-se da preocupação de expressar o ponto ótimo da qualidade do serviço público nesse doloroso campo de limitação ou de supressão da liberdade humana².

2 Jens David Ohlin, diretor da Cornell Law School, salienta que, “justamente por sua potência em sub-

2 A dinâmica das investigações policiais

Sobre a atividade instrutória em juízo muito já se falou e escreveu. O mesmo não se pode dizer do que se realiza, em nome do Estado, no âmbito da investigação policial, ou, para ser mais abrangente, da investigação criminal, em que se investiga o cometimento de um crime, para identificar seu autor e fornecer ao titular da ação penal os elementos informativos suficientes e necessários para, se assim entender, propor a ação penal.

Essa atividade inicial se dá quase sempre, no Brasil, em uma delegacia, espaço próprio da Polícia Civil, visto que, ao contrário do que se verifica em outros países, o Ministério Público brasileiro – como órgão a quem se incumbe, com exclusividade, o exercício da ação penal pública – opera de modo burocrático e passivo, ainda que, eventualmente, possa acompanhar, ou ele próprio empreender, o trabalho investigativo, o que geralmente se nota ocorrer em casos de macrocriminalidade, nos quais há empenho institucional mais nítido, mercê, inclusive, da criação de grupos especializados, que recebem o nome de Gaeco (Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado).

Certo é que, no tocante ao grosso da criminalidade de rua – crimes violentos, patrimoniais, ou contra a vida, e os relacionados ao tráfico de drogas –, o trabalho investigativo é invariavelmente feito pela Polícia Civil, com a particularidade de que, nos delitos de mercancia ilícita de drogas, as provas que selam o destino do inquérito policial e da futura ação penal costumam ser os depoimentos prestados por policiais militares que, quase sempre, foram os agentes públicos a efetuar a prisão em flagrante-delito dos suspeitos³.

Dito de outro modo, à parte os crimes relacionados ao tráfico de drogas – em que pequenos traficantes e usuários de substâncias psicoativas são presos em operações de rotina das guarnições da Polícia Militar –, quase tudo que se produz, em nível de formação de provas dos crimes em geral, para futuro uso na ação penal, sai do interior de uma unidade da Polícia Civil.

E, sendo ainda mais específico – até porque é disso que iremos tratar doravante –, a prova do crime de roubo, nas hipóteses em que não se haja flagrado e prendido o seu autor, consiste, eminentemente, em um ato a que o Código de Processo Penal denomina “reconhecimento formal de pessoa”, tal qual positivado no art. 226 daquele diploma legal.

Isso ocorre porque, quando ao crime não sucede uma prisão em flagrante, o trabalho de investigação se direciona a tentar identificar o autor da ação, contando com o auxílio da

meter o indivíduo ao poder coercitivo do Estado”, há que se conter o processo penal por meio de controles que o impeçam de operar em desconformidade com as liberdades democráticas.” (Ohlin, 2019, p. 44, tradução livre).

3 Ademar Borges, em diagnóstico do sistema de justiça criminal, aponta que “A atividade policial brasileira se baseia fundamentalmente na gestão burocrática da prisão em flagrante. A partir de ampla pesquisa realizada pelo IPEA em parceria com o Ministério da Justiça entre os anos de 2011 a 2013, foi possível concluir que a atividade da política judiciária no Brasil se concentra na espera passiva da realização de prisões em flagrante, com baixa realização de atividades ligadas à inteligência policial. Depois de analisar a origem dos processos criminais – casos em que houve apresentação de denúncia pelo Ministério Público – em nove Estados da federação, o estudo mostrou que mais da metade (57,6%) dos inquéritos policiais instaurados se iniciaram a partir de prisões em flagrante. A quase totalidade desses inquéritos (89%) indiciaram apenas uma pessoa, aquela presa em flagrante. Além disso, na imensa maioria dos casos (73,8%) a polícia não realizou qualquer outra diligência após a prisão em flagrante. A grande maioria das detenções no Brasil decorrem de prisões em flagrante, que fazem instaurar inquéritos policiais que contam, em cerca de dois terços dos casos, com a palavra do policial que efetuou a prisão como única fonte de prova. Além disso, no caso dos delitos envolvendo o tráfico de entorpecentes, 91% das prisões são realizadas com a entrada dos policiais nas residências sem autorização judicial. E mais: a confissão tem um papel central nas investigações policiais, o que está na base da institucionalização da tortura como usual técnica de investigação.” (Borges de Sousa Filho, 2019, p. 46).

vítima, quer por declarações, quer por descrição do assaltante, para elaboração de um retrato falado, quer, ainda, por identificação de um suspeito que a Polícia lhe apresente como tal.

Por vezes, logo após o evento, a vítima descreve o assaltante para a guarnição da PM e esta, em diligências nas imediações, logra prender alguém com características supostamente similares, sendo o suspeito imediatamente trazido ao local onde se encontra a vítima – quando esta própria não acompanha os policiais – para que confirme tratar-se da pessoa que a abordou.

Quando isso ocorre e o produto do roubo ou algo que ligue o suspeito ao delito é encontrado em seu poder, dificilmente se colocará em dúvida o ato de reconhecimento – informal, saliente-se – realizado pela vítima. Em situações assim, nem seria necessário um ato formal na delegacia, porque já se deu o apontamento direto do autor do crime, logo após sua ocorrência, pela pessoa lesada, o que se amolda, talvez com algum esforço argumentativo, ao que dispõe o art. 302 do CPP.

Decerto que se poderão levantar questionamentos sobre a confiabilidade de tal identificação – insisto não se tratar de ato de reconhecimento formal –, mas, pela experiência de foro, dificilmente se desacreditará a versão acusatória apoiada em uma situação assim, máxime quando flagrado o suspeito na posse de instrumento ou produto do roubo, ou quando confessa seu cometimento.

Bem diversa será a situação em que, não identificado o autor do roubo logo após sua ocorrência, a Polícia Civil convida a vítima para, horas, dias, semanas ou meses depois do crime, realizar um ato de reconhecimento formal do suposto autor do crime.

Nesse caso, a crônica judiciária, alimentada por relatos reproduzidos em ações penais e em habeas corpus, exhibe uma riqueza de situações – das mais imponderáveis e absurdas, para dizer o mínimo – de violação frontal ao determinado na lei processual no que diz respeito a esse meio de prova.

A lei em questão é o Código de Processo Penal, que dedica três sucintos artigos ao ato do reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 226, 227 e 228). Em relação ao reconhecimento de pessoas, o art. 226 estabelece que o ato deverá ocorrer da seguinte forma: a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever o indivíduo que deva ser reconhecido (art. 226, I); a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la (art. 226, II); se houver razão para recear que a pessoa chamada para realizar o ato, por intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa a ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela (art. 226, III); do ato de reconhecimento lavrar-se-á termo pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais (art. 226, IV).

3 Alguns casos de erros judiciários relacionados à prova de reconhecimento formal

A despeito da clareza do que preceitua tal comando normativo – especialmente quanto à exigência de que a vítima deva, antes de iniciar o ato, fornecer as características da pessoa a ser reconhecida, bem como quanto à previsão de que sejam alinhados, ao lado do suspeito, outras pessoas a ele semelhantes –, são frequentes os casos de realização do ato sem a observância de tais formalidades⁴.

4 Em 2011, o professor Brandon Garrett, da Universidade de Duke, ao publicar pesquisa em que investigou 250 casos de condenados posteriormente inocentados pelo teste de DNA, concluiu que os testemunhos oculares são expressivamente menos confiáveis do que poderíamos supor. Em muitos casos, por erros na condução

De fato, motivado pela mudança de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça, a partir da decisão proferida pela Sexta Turma no julgamento do *Habeas Corpus* n. 598.886-SC (Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020), realizou-se levantamento com os dados oficiais dos processos, especialmente os de habeas corpus e de recursos em habeas corpus que tramitaram no Superior Tribunal de Justiça no período de 27/10/2020 a 19/12/2021, entre decisões colegiadas e monocráticas dos dez ministros que integram as duas turmas criminais da Terceira Seção, do que resultou a identificação de 89 concessões da ordem postulada, tendo como base a constatação de falha, vício ou inexistência do ato de reconhecimento formal do acusado⁵.

Nesse universo, houve casos de reconhecimentos feitos presencialmente – é dizer, com o suspeito detido na delegacia e apontado pela vítima do roubo (no levantamento em apenas 13 casos, dos 89 catalogados, o reconhecimento foi feito presencialmente) – ou a partir de fotografia(s) do suspeito, estampada(s) em álbum de suspeitos da própria unidade policial ou simplesmente extraídas de redes sociais e exibidas à vítima.

Cito, a título de exemplo, alguns casos reproduzidos nesse levantamento:

No RHC n. 133.408/SC (DJe 18/12/2020), de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, não ficou demonstrado que o reconhecimento fotográfico realizado na fase do inquérito policial fora corroborado por outros elementos de prova amealhados no feito. Os acusados estavam com rostos parcialmente cobertos, sem que fosse possível ver totalmente suas faces, apenas detalhes de cor de pele, olhos, compleição física.

No HC n. 630.949/SP (DJe 29/3/2021), de minha relatoria, identificaram-se diversas irregularidades no auto de reconhecimento. Além disso, o ofendido deixou claro que foram apresentados outros indivíduos por foto, mas, para o reconhecimento pessoal, o acusado foi exibido sozinho. Previamente ao reconhecimento pessoal, foram mostradas à vítima várias fotos, entre as quais estaria, segundo a autoridade policial, a do indivíduo envolvido no roubo, sugestionando, portanto, que ao menos uma pessoa deveria ser reconhecida como indivíduo que participou do delito e buscando, na verdade, já uma pré-identificação do autor do fato. Ou seja, a vítima não recebeu expressamente a opção de não apontar ninguém no reconhecimento pessoal que foi realizado depois da exibição das fotografias.

O AgRg no AREsp n. 1.722.914/DF (DJe 28/4/2021), de relatoria da Ministra Laurita Vaz, trouxe hipótese na qual a vítima reconheceu o agravante apenas na fase investigativa, depois de lhe serem mostradas as fotos constantes de álbum fotográfico e porque o conheceria das redes sociais. O ofendido disse que reconheceu o acusado pela “touca” que usava no dia do delito, inclusive porque teria ele uma foto nas redes sociais em que portava a mesma peça de vestuário. Contudo, a vítima afirmou haver se lembrado do agravante em razão das características de seu rosto, que seriam bem peculiares (rosto seco e nariz achatado). Disse, ainda, que o reconheceu pelas tatuagens no braço; entretanto, ao mesmo tempo, afirmou que este estava com blusa de mangas compridas no momento da prática delitiva, o que se mostra

do procedimento policial de identificação do suspeito: “Muitas dessas testemunhas oculares foram solicitadas a escolher o suspeito usando métodos sugestivos há muito conhecidos por aumentar as chances de um erro. A polícia fez comentários que indicavam à testemunha ocular quem deveria ser selecionado durante uma formação, usou apresentações em que a testemunha ocular foi perguntada se uma única pessoa era o agressor ou usou alinhamentos de maneira que tornasse óbvio quem a testemunha ocular deveria escolher porque o réu se destacou. A sugestão está relacionada ao segundo problema, a falsa certeza. Embora essas testemunhas estivessem confiantes no julgamento, sua falsa confiança pode ter sido criada pelo que veio antes. Não apenas as testemunhas oculares estavam de fato erradas, tendo identificado uma pessoa inocente, mas no julgamento as falhas em sua memória eram muitas vezes bastante evidentes.” (Garret, 2011, p. 48-49, tradução livre).

5 Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Paginas/Comunicacao/Noticias/06022022-Reconhecimento-de-pessoas-um-campo-fertil-para-o-erro-judicial.aspx>. Acesso em: 25 abr. 2022.

incompatível, a menos que as instâncias ordinárias houvessem explicitado o motivo pelo qual seria possível esse reconhecimento, o que não ocorreu.

No HC n. 648.232/SP (DJe 21/5/2021), de relatoria do Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF1), o réu foi reconhecido através de uma viseira aberta de seu capacete, acessório que usava no momento do fato. Destaca-se, da sentença absolutória, que a vítima, certamente dificultada pela visibilidade e pelo uso de capacete, não foi nada assertiva no reconhecimento pessoal em juízo. No julgamento do HC n. 652.284/SC (DJe 3/5/2021), o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca registrou que “o reconhecimento fotográfico serve como prova apenas inicial e deve ser ratificado por reconhecimento presencial, assim que possível”.

A esses casos somam-se os já mencionados no HC n. 598.886/SC, relativamente a processos em que se ilustrou algo presente com relativa frequência na crônica judiciária, conforme breve narrativa ali feita do que ocorreu com os acusados Vinícius Romão de Souza, André Luiz Medeiros Biazucci Cardoso, Luiz Carlos Justino, Douglas Moreira, Antonio Claudio Barbosa de Castro e Lucas Moreira de Souza⁶.

Em arremate, faço menção a evento que se poderia chamar de a mais clara amostra do tipo de investigação que se tem produzido com base em prova como tal: no Ceará, em inquérito no qual investiga a Chacina da Sapiranga, que deixou cinco mortos em Fortaleza – CE, a Polícia Civil incluiu em reconhecimento fotográfico uma foto do ator americano

Michael B. Jordan. Como dito por Janaina Matida e William Cecconello:

O fato de que uma foto de um ator hollywoodiano tenha tido sua imagem exibida em investigação no Ceará escancara a total ausência de critérios para a inclusão/exclusão da fotografia de alguém em álbum de suspeitos bem como a falta de transparência quanto à procedência/origem delas, pois é inegável que a imagem foi conseguida na internet, sem que se impusesse qualquer freio à utilização da imagem daquela pessoa. (Matida; Cecconello, 2022).

Ainda sobre o levantamento realizado com dados da Seção Criminal do Superior Tribunal de Justiça, a data do crime relativo a cada processo examinado permite concluir, considerando que o ato de reconhecimento não tenha ocorrido muito tempo depois, que a quase totalidade dos casos julgados no sentido da desconformidade do ato com o modelo normativo refere-se a fatos acontecidos antes da decisão proferida no HC n. 598.886-SC. Isso leva à ilação de que, após a mudança da orientação jurisprudencial ocorrida com o julgamento desse habeas corpus – acórdão publicado em 27/10/2020 –, não foi significativo o número de impetrações em que se reconheceu tal ilegalidade.

O dado pode ser animador, se pudermos extrair a conclusão de que tem havido alguma ressonância, nas instâncias ordinárias – como se deveria esperar que houvesse –, da nova diretriz do STJ, mesmo que se tenha notícia de um caso ou outro em que a autoridade judicial ainda decreta prisão ou até condena o acusado diante de um conjunto probatório que se resume tão somente ao ato de reconhecimento formal viciado.

Digna de registro, a propósito, foi a expedição, em 7 de janeiro de 2022, pela Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, do Aviso 2^aVP 01/2022, por meio do qual o Desembargador Marcus Basílio recomenda aos magistrados fluminenses que reavaliem, com urgência, “as decisões em que a prisão preventiva do acusado foi decretada

6 Para um extenso exame de casos de reconhecimentos pessoais viciados e de pesquisas desenvolvidas sobre o tema, consultar também Garret (2011), *Convicting the innocent: Where criminal prosecutions go wrong*, e Marmelstein (2022), *Testemunhando a injustiça: a ciência da prova testemunhal e das injustiças inconscientes*.

tão somente com base no reconhecimento fotográfico operado sem a observância do disposto no art. 266 do CPP”, medida alvissareira e indicativa de uma compreensão, por parte da cúpula daquele importante tribunal, acerca da necessidade de mudança da orientação que até então prevalecia⁷.

Cabe, aqui, importante registro: como já dito, os tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, mantinham uma linha de decisão invariavelmente tolerante com os vícios do ato de reconhecimento de que resultavam prisões e condenações de réus acusados do cometimento de roubo.

No voto proferido na relatoria do HC n. 598.886-SC, fez-se questão de destacar esse detalhe:

Por sua vez, precedentes dos Tribunais, inclusive desta Corte Superior e também de minha relatoria, tem tolerado essas irregularidades, sob o argumento de que o art. 226 do CPP constitui “mera recomendação”, não ensejando nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos. [...] Não obstante essa orientação jurisprudencial, proponho sejamos capazes de abandonar essa interpretação, mercê da qual se convalida, de algum modo, o reconhecimento – tanto pessoal quanto fotográfico – feito em desacordo com o modelo legal, ainda que sem valor probante pleno, e que pode estar dando lastro a condenações temerárias.

É assustador – e constrangedor – imaginar quantas pessoas podem ter sido presas e cumprido pena no passado em razão dessa tolerância cômoda à admissão de tal tipo de procedimento policial, cujos vícios eram considerados irrelevantes, pois, afinal, dizíamos que o art. 226 do CPP constituía “apenas uma recomendação”.

Por isso, é de fundamental importância que se consolide essa nova jurisprudência, em todos os graus de jurisdição; mais do que isso, urge que as próprias corporações policiais se conscientizem da necessidade de modificar suas rotinas para evitar novos erros judiciários.

Nesse sentido se empenha Grupo de Trabalho, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, integrado por mais de 40 profissionais, acadêmicos e pesquisadores de diversas origens, do qual se esperam alguns produtos que irão contribuir para a minimização dos riscos de erros judiciários causados por falhas no processo de reconhecimento de pessoas⁸.

4 Necessidade de melhoria da qualidade da atividade investigativa

Nosso Código de Processo Penal acaba de completar 80 anos de existência, e, não obstante as reformas legislativas que lhe foram modificando os institutos e os procedimentos, visando à sua modernização, conserva ainda o ranço inquisitorial e autoritário de sua origem.

Como tive ocasião de anotar em apresentação a obra coletiva:

Certo é que vivíamos, no primeiro quartel do século XX, sob a influência de governos e líderes políticos de viés autoritário, de que resultava a sedimentação de ideias centradas no predomínio do Estado, com a anulação do indivíduo em prol do bem-estar social, a Era de Extremos referida por HOBBSAWM e estereotipada no Brasil especialmente pela bipolari-

⁷ A recomendação foi objeto de Nota Pública de apoio por parte da Associação Nacional dos Peritos Criminais Federais (APCF).

⁸ Cf. Portaria nº 209, de 31 de agosto de 2021, da lavra do Presidente do CNJ e do STF, Ministro Luiz Fux.

zação política que marcou a década de 30 do Século XX, tendo, de um lado, a Ação Integralista Brasileira, de influência fascista e, de outro, a Aliança Nacional Libertadora, vinculada aos ideais do comunismo.

Na trilha do movimento europeu, a ditadura de Getúlio Vargas construiu um Estado corporativo, baseado numa concepção hierárquica e orgânica da sociedade. Nessa ambiência política, infensa a ares democráticos, é outorgado o Código de Processo Penal de 1941, que bebeu na fonte do homólogo código italiano, declaradamente voltado para a conservação e defesa do Estado, característica do então regime fascista ali vigente.

Daí soar natural a assertiva do fautor do Código de Processo Penal de 1941, o Ministro da Justiça Francisco Campos, para quem “o interesse da administração da justiça não pode continuar a ser sacrificado por obsoletos escrúpulos formalísticos [...]”, sendo mister forjar-se um procedimento apto a permitir “maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem” (Exposição de Motivos).

Semelhante carga ideológica e estatizante da versão original do nosso atual Código começa a ruir com a democratização do Brasil, nomeadamente com a promulgação da Carta Política de 1988, momento em que, definitivamente e com um século de atraso, o nacional deixa de ser súdito e passa a ostentar o título de cidadão, com uma miríade de direitos individuais reconhecidos no Bill of Rights (art. 5º) da Carta de 1988, não por acaso conhecida, desde a referência feita por um de seus próceres, o Deputado Constituinte Ulisses Guimarães, como a Constituição Cidadã. (Schiatti, 2021)⁹

Pois bem, já se vão mais de três décadas desde a implantação da nova ordem constitucional e parece ainda estarmos, em alguns segmentos, impregnados de certos hábitos e visões de mundo que grassavam nesse modelo que forjou nossa cultura jurídica nos séculos passados. Como também já anotei,

O pensamento jurídico dominante na Justiça Criminal brasileira – tanto no mundo das normas e da Academia (law on the books) quanto no mundo dos fatos e do Fórum (law in action) – ainda se prende a valores, costumes, rotinas e normas características de uma formação jurídica de origem lusitana. Estamos a falar, portanto, de “permanências histórico-culturais do direito ibérico de um modo geral e do direito português, de modo particular” (NEDER, 2000, 13), as quais deixaram muitas marcas em nosso Código de Processo Penal, principalmente na divisão dos papéis desempenhados pelos sujeitos processuais responsáveis pela persecução penal, ao longo dos 300 anos de regime colonial, quase 70 de regime monárquico (imperial) e 100 anos de regime republicano, até o advento da Constituição de 1988.

Em verdade, do Brasil, por tudo o que ocorreu em seus três séculos de domínio português, pouco se podia esperar. Colonização predatória, ausência de brasilidade dos que transitaram ou se instalaram em nosso território, aversão ao trabalho por parte dos detentores do capital e das terras, sacralização da educação dos habitantes, inexistência de investimento na cultura e nas ciências são alguns dos fatores que atrasaram a inclusão do país no concerto das nações contemporâneas. (Schiatti Cruz, 2013, p.23-58).¹⁰

9 Apresentação do livro *Código de Processo Penal: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência* (Badaró; Madeira; Schiatti, 2021).

10 Some-se a esses ingredientes a questão racial, que está impregnada em muitos comportamentos subjetivos e institucionais, no aparato repressivo brasileiro. Um bom indicativo desse racismo impregnado em nossas

Sobre o tema, Luiz Eduardo Soares (2019) observa que “a arquitetura institucional da segurança pública, que a sociedade brasileira herdou da ditadura e permaneceu intocada nesses trinta anos de vigência da Constituição Cidadã, impediu a democratização da área e sua modernização”, o que contrasta “com o dinamismo acelerado que vem caracterizando o país no último quarto de século” (Soares, 2019). Conclui, assim, que “a transição democrática não se estendeu ao campo da segurança pública” (Soares, 2019).

De fato, se examinarmos os procedimentos adotados em inquéritos policiais, não iremos notar nada de substancialmente diferente em relação ao que sempre se fez, nomeadamente em investigações por crimes de rua.

É dizer, a lógica que prevalece nas investigações é a usual, direcionada a obter confissões e depoimentos de testemunhas. E, especialmente no caso dos crimes de roubo, a diligência fundamental, que assegura a tranquilidade à autoridade policial – “desvendei a autoria” – é o ato de reconhecimento do investigado.

No sistema das provas legais, vigente em boa parte da Idade Média, estabeleciam-se prévia e abstratamente algumas regras para a avaliação da prova. Havia tabelas, em que se atribuía uma espécie de valor ou tarifa a cada meio de prova, daí também ser conhecido como sistema das provas tarifadas. Dessa época vêm aforismos, ainda influentes em seus desdobramentos práticos, como é o caso da antiga regra segundo a qual *confessio est regina probationum* (a confissão é a rainha das provas). E, em nome dessa regra probatória, os maiores abusos e crimes foram cometidos e justificados, sem considerar os prejuízos causados à qualidade das investigações em geral, visto que se deixava de buscar outras fontes de prova mais idôneas e seguras quando se obtinha a confissão do suspeito.

O reconhecimento formal do suspeito tem, *mutatis mutandis*, a mesma função da confissão: permitir à autoridade policial considerar encerrada a tarefa de investigar a autoria delitiva e, por conseguinte, considerar provado o crime, em seus aspectos objetivo e subjetivo. É o que ele precisa para concluir o inquérito e enviá-lo ao representante do Ministério Público. Este, por sua vez, não se constrange, em boa parte dos casos, de acusar alguém com base tão somente em um reconhecimento formal, quase sempre levado a cabo sem a mínima observância do que determina a lei. A denúncia é oferecida, o acusado, provavelmente, já estará preso – com base também nessa prova isolada – e o processo caminhará até a instrução, na qual, mesmo com a ausência de confissão do réu, e sem que se perquiria sobre o procedimento adotado no momento do reconhecimento na delegacia, o juiz, à luz da confirmação, pela vítima, de que reconheceu mesmo o imputado na fase inquisitorial, o condena às penas do crime de roubo.

Esse é o usual *script* retratado nos muitos processos que têm chegado ao Superior Tribunal de Justiça, em habeas corpus impetrados, muitas vezes, anos depois da condenação, animados pela mudança de rumos da jurisprudência dessa Corte. Nota-se, como assere Janaína Matida, que “sob a retórica do combate à criminalidade e à impunidade, o reconhecimento sem apreço às formalidades se consolidou como rotina nas delegacias de polícia Brasil afora, logo chanceladas por promotores e magistrados nas etapas que se seguem ao inquérito criminal.” (Matida, 2021).

Em outro texto, a mesma autora (na companhia de William Cecconello) foi mais enfática:

práticas institucionais deflui do resultado do levantamento feito pela Comissão Criminal do CONDEGE (Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais) (Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/92d976d0d7b44b338a660ec06af008fa.pdf>. Acesso em: 12 maio 2022), a respeito de pessoas absolvidas em processos iniciados por reconhecimento fotográfico não confirmado em juízo. A partir de relatos de 75 processos por todo o país – entre junho de 2019 e dezembro de 2020 – de um total de 85 pessoas, em 77% dos casos foi decretada a prisão preventiva, com média de tempo de prisão de aproximadamente 9 meses. Além disso, verificou-se que em 81% dos casos os acusados são pessoas negras.

condenações injustas são produto de uma cadeia de irregularidades cometidas por uns, aproveitadas e chanceladas por outros. Cuidar seriamente de evitar condenações injustas demandará um giro comportamental que, entre outras coisas, deverá conduzir ao abandono da lógica das investigações a jato que se contentam com verdadeiros vazios probatórios. É preciso rumar para o desenvolvimento de uma investigação epistemicamente orientada que não ofereça injustificado protagonismo a uma única prova, muito menos quando é irregularmente produzida. (Matida, Cecconello, 2021).

Insta reforçar que, conquanto a responsabilidade maior seja do magistrado que chancela essa prova e a considera idônea e suficiente para a condenação (ou para a prisão cautelar), mesmo à falta de outras que robusteçam a versão acusatória, a falha se dá porque a autoridade policial, que produziu a prova, e o Ministério Público, que a usou como lastro para acusar o réu e/ou requerer sua prisão e condenação, deixaram de seguir o comando normativo. Ou seja, o erro não é meramente judicial (ou judiciário); é um erro que nasce com o delegado de polícia (ou, eventualmente, antes, com os policiais militares), se mantém com o promotor de justiça e se densifica e produz seus efeitos mais duradouros e dramáticos com a pena do magistrado.¹¹

Esse erro sistêmico depende, para ser extirpado (ou, ao menos, minimizado), de uma mudança da rotina policial, mediante a forte atuação fiscalizadora do Ministério Público – de quem se espera não apenas a função de receber, passivamente, as provas produzidas pela Polícia, o que vou explorar adiante – e a rejeição da prova pelo juiz competente. Em uma palavra, é preciso rever os “costumes persecutórios” e o automatismo com que se tratam esta e outras questões relativas à investigação criminal, inclusive, se for o caso, abandonando-se o “conforto dos entendimentos pacificados” no âmbito jurisprudencial (Raphaelli; Melo, 2021).

5 Novas rotinas investigativas pela Polícia Civil

No voto proferido no já referido *Habeas Corpus* n. 598.886/SC, destacou-se um item para exortar os órgãos de persecução penal – e o próprio Poder Judiciário – a imprimirem racionalidade a esse procedimento policial, de sorte a se apropriarem de “técnicas pautadas nos avanços científicos para que se promovam os ajustes necessários a evitar que os reconhecimentos equivocados sigam produzindo condenações de inocentes” (Innocence Project Brasil – Prova de reconhecimento e erro judiciário. São Paulo. 1. ed., jun./2020, p. 3).

Fez-se alusão, *inter alia*, a Machado e Barilli, que asseriram:

A academia já foi capaz de produzir inúmeras pesquisas sobre as mazelas do sistema de persecução penal, inclusive das nefastas práticas policiais quanto às falsas identificações pessoais. Faltam, agora,

11 Em obra com título provocativo, Chemerinsky anota: “Os magistrados provavelmente minimizam as chances de que uma testemunha identifique a pessoa errada, ignorando todos os estudos que mostram que os reconhecimentos são frequentemente falsos e ainda assim persuasivos para os jurados. A Suprema Corte confia nos policiais para prender e processar a pessoa certa e está disposta a presumir que aquela pessoa é culpada. Mesmo que a polícia às vezes cometa erros, a Corte assume, testemunhas geralmente são acuradas, e se não são, o exame cruzado delas é suficiente para proteger os inocentes. Eu temo que a premissa não explícita da Corte é de que é mais importante condenar alguém, ainda que seja a pessoa errada, do que deixar um crime sem solução” (Chemerinsk, 2021, p. 183, tradução livre).

estratégias concretas que, acolhidas pelo poder público, possibilitem a devida instrução e correta implementação de protocolos técnicos de reconhecimento pessoal nos diferentes âmbitos da Justiça criminal brasileira. (Machado; Barilli, 2019).

A observação de ambos os professores é correta e precisa: é fartahoje a literatura sobre a exigência de se imprimir racionalidade à atividade probatória, com a criação de standards que, seguidos, poderão conferir mais idoneidade e segurança às provas produzidas em ações penais.

Reclama-se uma dimensão epistêmica na produção dos elementos de conhecimento sobre os fatos em torno dos quais gira a atividade probatória, de tal sorte a assegurar que se obtenham “todos os meios lícitos relevantes e razoavelmente disponíveis aos sujeitos processuais”, quanto à “melhor prova razoavelmente disponível sobre os pontos fáticos controvertidos” (Wanderley, 2021, p.47-67).

Cabe avançar para a concretização do discurso acadêmico. E a iniciativa para a devida conformidade dessa prova ao modelo legal deve partir também das próprias Polícias (civil e federal).

Em 2014, a Academia Nacional de Ciências norte-americana convocou um painel de especialistas para investigar o problema da identificação de testemunhas oculares, a partir de evidências crescentes de registros científicos (baseados em testes de DNA) de condenações de inocentes. Concluíram que tais disfuncionalidades decorrem de uma plethora de erros, que vão desde a ingenuidade científica e o viés investigativo até o desrespeito do Ministério Público e a ignorância judicial, bem como uma tendência humana natural de confiar no que as pessoas dizem. Por fim, ofereceram algumas sugestões de reforma de tais procedimentos:

[...] Essas recomendações foram: (1) treinar todos os policiais sobre as variáveis que podem afetar a identificação de testemunhas oculares; (2) adotar procedimentos “cegos” de alinhamento e matriz de fotos (como ter o procedimento administrado por um policial que não está envolvido na investigação subjacente; (3) fornecer aos oficiais que administram os procedimentos instruções padronizadas para oitiva de testemunhas destinadas a evitar sugestividade e contaminação; (4) documentar o nível de confiança declarado da testemunha no momento da identificação; e (5) filmar processo de identificação de testemunhas. (Albright; Rakoff, 2017, p.26, tradução livre).

Até que essas mudanças não ocorram voluntariamente no âmbito das próprias polícias, cumpre ao Ministério Público exercer efetivamente a função de controle externo da atividade policial, dada sua ínsita função de custos iuris, a qual deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, caput), bem assim da sua específica função de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] ... promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (art. 129, II).

Não é desnecessário lembrar, outrossim, como bem frisa Figueiredo Dias, que

interessando à comunidade jurídica não só a punição de todos os culpados mas também – sobretudo dentro de um verdadeiro Estado de Direito – a punição só dos que sejam culpados, segue-se daí que ao Ministério Público, como órgão de administração de justiça, há de

competir trazer à luz não só tudo aquilo que possa demonstrar a culpa do arguido, mas também todos os indícios de sua inocência ou da sua menor culpa. (Figueiredo Dias, 1984, p.369).

Arremata o mestre lusitano que, mesmo sob o ponto de vista prático, não faz sentido extirpar do Parquet esse dever de objetividade, pois graças a ele resulta um “muito menor número de processos penais infundados ou mal fundados” com os quais os tribunais terão de ocupar-se. (Figueiredo Dias, 1984, p.369).

O Poder Judiciário, a seu turno, tem a responsabilidade de proteger os direitos do acusado contra incursões arbitrárias ou ilegais por parte dos órgãos de persecução.

Mais ainda, é preciso que se tenha a coragem de, doravante, não mais validar qualquer reconhecimento – pessoal ou fotográfico – em desconformidade com o art. 226 do CPP.

Na precisa assertiva de Antônio Vieira, “[...] a prevenção de erros e, especialmente, de condenações errôneas, passa por uma importante mudança de atitude em relação ao reconhecimento de pessoas, passando da postura – comum até então – de confiança exagerada e percepção de suficiência na prova de identificação para uma atitude de ceticismo epistêmico” (Vieira, 2019, p.15-16).

Nessa perspectiva, ao julgar o Habeas Corpus n. 712.781 (Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe 22/3/2022), fez-se o seguinte registro, em voto acolhido à unanimidade perante a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

Sob outra perspectiva, devem as agências estatais de investigação e persecução penal envidar esforços para rever hábitos e acomodações funcionais, de sorte a “utilizar instrumentos para maximizar as probabilidades de acerto na decisão probatória, em particular aqueles que visam a promover a formação de um conjunto probatório o mais rico possível, quantitativa e qualitativamente” (Ferrer-Beltrán, op. cit., p. 255).

Impõe compreender-se que a atuação dos agentes públicos responsáveis pela preservação da ordem e pela apuração de crimes deve se dar em um marco de respeito às instituições, às leis e aos direitos fundamentais. Ou seja, quando se fala de segurança pública, esta não se pode limitar à luta contra a criminalidade; deve incluir também a criação de um ambiente propício e adequado para a convivência pacífica das pessoas e respeito institucional a quem se vê na situação de acusado e, antes disso, de suspeito.

Convém lembrar que as prescrições legais relativas às provas cumprem não apenas uma função epistêmica, i.e., de conferir fiabilidade e segurança ao conteúdo da prova produzida, mas também uma função de limitar o exercício do poder dos órgãos encarregados de obter a prova para uso em processo criminal, vis-à-vis os direitos inerentes à condição de suspeito, investigado ou acusado.

Nesse sentido, é sempre oportuna a lição de Perfécto Ibañez, que divisa na exigência de cumprimento das prescrições legais relativas à prova uma função implícita, que é a de induzir os agentes estatais à observância dessas normas, o que se perfaz com a declaração de nulidade dos atos praticados de forma ilegal. E acrescenta:

De que esto se haga con rigor depende, en buena parte, la regularidad de ulteriores actuaciones; como la irregularidad endémica de muchas de las que habitualmente se producen entre nosotros, depende de la escasa relevancia y alcance que – en general por razones defensistas que no acostumbran a explicitarse – suele atribuirse a algún género de incumplimientos. (Andrés Ibáñez, 1993, p. 242-242).

Essa nova linha jurisprudencial implica, certamente, desconstituição de decisões e anulação de processos, com possível incremento do número de culpados beneficiados (nos casos em que, tendo sido efetivamente autores de um roubo, forem beneficiados pelo reconhecimento da invalidade da prova formada em seu desfavor). Mas implica, em direção contrária, a soltura e a absolvição de pessoas injustamente processadas, porque inocentes, e a evitação de novos erros judiciais, minimizando, assim, o percentual de casos de condenações injustas e ilegais. É a opção pela diretriz de que nenhum inocente pode ser punido, mesmo que isso implique a não punição de alguns culpados (Ferrajoli, 2002, p.85).

6 A presunção de inocência já na fase investigativa como premissa para o aperfeiçoamento da prova produzida

Na compreensão do significado e do alcance da presunção de inocência, quer como princípio-motriz, quer como derivação do favor rei, sobrepõe reconhecer que sua mais forte injunção se verifica na vertente de regra de tratamento.

Sob tal angulação, o princípio da presunção de inocência exige que o investigado ou acusado seja tratado com respeito à sua pessoa e à sua dignidade e que não seja equiparado àquele sobre quem já pesa uma condenação definitiva. Mais ainda, o estado de inocência assegura ao investigado ou réu a “lealdade do procedimento penal”, desde seu nascedouro. Assim, todos os que de algum modo intervêm no inquérito e no processo (juízes, membros do Ministério Público, policiais, servidores) se obrigam a ter uma “correção de comportamento”, vinculados aos limites e à forma da lei, relativamente ao sujeito passivo da persecução penal (Dalia, 2003, p. 256), de sorte a impedir o Poder Público “de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário (HC n. 115.613, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 25/6/2013, DJe-155, 13/8/2014).

Ainda há muito a caminhar, não apenas em países sem tradição democrática, mas também em nações centrais, onde são férteis os exemplos de anacronismos punitivos, autoritarismos de agentes públicos, desumanidades no cumprimento de penas e uma ainda surpreendente falta de claro repúdio social a práticas não mais compatíveis com uma sociedade que se pretende “fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (Preâmbulo da Constituição do Brasil, de 1988).

Decerto que a postura da sociedade em relação ao modo de ser do processo penal tem a ver com a maneira autoritária ou respeitosa com que o Estado, por suas agências punitivas e seu Poder Judiciário, conduz a relação processual no que concerne ao tratamento dispensado ao acusado. “Diz-me como tratas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu”, como alerta Figueiredo Dias (1984, p. 428), bem expressa essa dupla possibilidade¹².

Nessa perspectiva, e ante a percepção de que a porta de entrada do sistema de justiça criminal é a unidade policial, é preciso que os Estados democráticos hodiernos se deem conta de que a proteção dos cidadãos por parte dos agentes da ordem deve se dar em um marco de respeito às instituições, às leis e, também, aos direitos fundamentais. Ou seja, quando se fala de segurança pública, esta não se pode limitar à luta contra a criminalidade; deve incluir também a criação de um ambiente propício e adequado para a convivência pacífica das pessoas e respeito institucional a quem se vê na situação de acusado e, antes disso, de suspeito.

Carnelutti, em uma de suas fecundas lições, expressou a compreensão de que “o castigo, infelizmente, não começa com a condenação, senão que começou muito antes, com o debate, a instrução, os atos preliminares, inclusive com a primeira suspeita que recai sobre o imputado” (Carnelutti, 2004, p. 36).

Assim, o zelo com que se houver a autoridade policial ao conduzir as investigações determinará não apenas a validade da prova obtida – afinal, como metaforicamente lembra Jordi Ferrer-Beltrán, “sem bons ingredientes não haverá forma de fazer um bom prato” (Ferrer-Beltrán, 2021) – mas a própria legitimidade da atuação policial e sua conformidade ao modelo constitucional, assentado em valores e princípios como o da dignidade da pessoa humana e o da presunção de não culpabilidade, malferidos quando o suspeito já é tratado como um culpado e se lhe subtrai o direito a que toda prova eventualmente produzida em seu desfavor passe pelo teste da racionalidade e da idoneidade epistêmica.

A propósito, Thiago R. Oliveira, André Zanetic e Ariadne Natal anotam que as instituições de segurança e justiça costumam adotar uma estratégia de impor o respeito à lei por meio da dissuasão, maximizando a certeza e a severidade da pena pelos crimes praticados. Nesses sistemas – em que se inclui o modelo brasileiro – o policiamento valoriza indicadores da “eficácia policial” apresentados como números de apreensões e prisões, em detrimento de questões como vitimização, percepção da população a respeito de medo, insegurança ou mesmo a qualidade do tratamento dos policiais.

Por certo, afirmam os pesquisadores, que os países assim configurados conseguem alguma eficácia no papel de estimular o respeito à lei, mas outros caminhos poderiam levar a um resultado melhor. Apoiados na teoria da justiça procedimental, desenvolvida originalmente por Tom Tyler e testada por uma série de pesquisas realizadas em diversos países, o que melhor estimula a obediência da população às normas relaciona-se à legitimidade da autoridade, ou seja, “envolve o modo como seus agentes se comportam durante os encontros com os cidadãos: sendo tratados com respeito e imparcialidade e reconhecendo decisões tomadas com alta qualidade, os indivíduos tendem a perceber a autoridade como legítima.”

Vale a menção a alguns segmentos do texto:

Outrossim, Tyler argumenta que o julgamento que as pessoas fazem a respeito da forma como as leis são aplicadas e como a autoridade age no cotidiano são elementos fundamentais para assegurar a legitimidade. É o que ele chama de “justeza procedimental” (procedural justice, no original), um conceito que faz referência à qualidade do processo decisório e do tratamento interpessoal, levando em conta a existência dos seguintes elementos: a) participação nas decisões, ou seja, se as pessoas envolvidas são ouvidas e seus pontos de vista considerados; b) neutralidade, que envolve decisões objetivas baseadas em fatos, sem

sário ter em mente que a polícia é apenas a parte mais visível da engrenagem do sistema de justiça criminal. Ele é formado por polícias, defensoria, ministério público, justiça e sistema penitenciário. A polícia é a ponta visível e externa do sistema, quem está nas ruas e exerce a prática fardada e armada da produção de suspeição, acusação e condenação. O papel dos agentes policiais camufla os papéis igualmente decisivos de delegados, promotores, juízes e agentes penais na manutenção e na reprodução cotidiana do racismo (Ramos et al., 2022, p. 46 e 50).

viés pessoal, discriminação ou favorecimento de grupos específicos; c) transparência com relação aos procedimentos e decisões tomadas; d) qualidade do tratamento interpessoal, o que envolve, educação, dignidade, respeito e cortesia; e) confiança nas intenções das autoridades e que suas decisões levam em consideração, o bem-estar e a necessidade daqueles que são afetados (Sunshine; Tyler, 2003; Tyler, 2004; 2009).

[...] O modelo de Tyler contrapõe essencialmente os meios e os fins do trabalho policial. De acordo com esse autor, o que faz com que a população confira legitimidade à instituição policial não é uma avaliação positiva do trabalho realizado pelos policiais, isto é, não é a eficácia policial; mas a avaliação positiva do tratamento recebido pelos oficiais. Havendo justeza nos procedimentos cotidianos e nas interações entre cidadãos e policiais, maior a percepção de legitimidade. (Oliveira; Zanetic; Natal, 2020).

De fato, sem que haja uma postura de respeito ao indivíduo, inclusive o que se apresenta como suspeito de um crime, não há avanços a assinalar na área da segurança pública e do sistema de justiça criminal como um todo.

Isso não significa desconsiderar os indícios que levem à possível responsabilização penal do suspeito, muito menos significa negligenciar os meios probatórios e investigativos postos à disposição da polícia para o esclarecimento da autoria delitiva. Em verdade, o que se espera de todo e qualquer agente público que potencial ou atualmente interfere na liberdade de alguém é um comportamento de respeito às normas e, acima de tudo, civilidade no trato com os envolvidos em um fato criminoso, nada mais do que isso¹³.

Sublinhe-se, ainda, que a tão apregoada presunção de inocência não diz respeito apenas à atividade judicial ou processual, pois incide em qualquer dimensão funcional do Estado quando um de seus agentes se depara com a atribuição de uma possível acusação contra alguém. Desde o policial militar, passando pelas autoridades policiais e pelo representante do Ministério Público, todos, sem exceção, devem tratar o suspeito ou acusado, até que se prove o contrário, como inocente.

Perfecto Ibáñez (2021, p. 85-100) obtempera que “a vigência do princípio da presunção de inocência, com todas as suas implicações, é o que impede que o processo penal seja um mero rito formal de castigo”, tanto sob a vertente da regra de tratamento do acusado – “primeiramente assumida como reação às atrocidades da justiça do ancien régime, com a massiva utilização da tortura” – como, “sobretudo, em sua qualidade de regra de julgamento”, caracterizada à necessidade de que a aplicação do *ius puniendi* seja “associada à prévia determinação de uma verdade fáctica de qualidade, seguindo um curso processual que, inescusavelmente, deverá decorrer dentro de um exigente marco de garantias jurídicas”. E esse direito a que se presuma sua inocência “unicamente poderá decair na presença de prova condenatória suficiente para superá-la, mas se, e apenas se lícita ou regularmente adquirida. Portanto, depois de que isso já tenha sido produzido. Nunca antes” (Andrés Ibáñez, 2021, p. 85-100).

13 Merece menção, entre tantas outras, a orientação constante dos Princípios sobre Entrevistas Eficazes para Investigação e Coleta de Informações (conhecidos como Princípios de Méndez), de que “47. As autoridades devem assegurar que todas as pessoas entrevistadas gozem de seus direitos humanos sem qualquer distinção adversa e que sejam tratadas sem discriminação. A implementação efetiva da isenção de discriminação garante que todas as pessoas entrevistadas sejam iguais perante a lei e sejam tratadas com respeito e com a devida consideração e proteção específica de quaisquer situações de vulnerabilidade que possam enfrentar” (APT, 2021).

Mesmo para quem, como Jordi Nieva Fenoll (2013), considera não incidir a presunção de inocência na atividade pré-processual – porque “la policia no parte de la presunción de inocencia en sus investigaciones” e, assim, “tiene de utilizar la sospecha como motor de sus actuaciones, porque de lo contrario no las realizaria” – e ainda que, em compensação, sustente a ausência de valor probatório, para um juízo de condenação, do material investigativo e até pericial feito na fase anterior ao processo judicial, não admite, por óbvio, tratamento divorciado do modelo normativo e desrespeitoso aos direitos de quem ainda não é culpado (Nieva Fenoli, 2013, p. 97).

Isso violaria não apenas a presunção de não culpabilidade – sob a vertente, ao menos, da regra de tratamento – como, antes, a própria dignidade da pessoa humana, que, entre nós, não custa rememorar, é fundamento da República (art. 1º, III, da Constituição de 1988) e princípio fundante de toda a atividade estatal, mormente a persecutória.

Nessa perspectiva, o processo penal, conforme lição da saudosa professora Ada P. Grinover,

não pode ser entendido, apenas, como instrumento de persecução do réu. O processo penal se faz também – e até primacialmente – para a garantia do acusado. [...] Por isso é que no Estado de direito o processo penal não pode deixar de representar tutela da liberdade pessoal; e no tocante à persecução criminal deve constituir-se na antítese do despotismo, abandonando todo e qualquer aviltamento da personalidade humana. O processo é uma expressão de civilização e de cultura e consequentemente se submete aos limites impostos pelo reconhecimento dos valores da dignidade do homem. (Grinover, 1982, p. 20 e 52)

7 Conclusão

Urge, portanto, que as polícias modifiquem seus procedimentos investigatórios, de sorte a conferir maior confiabilidade epistêmica aos elementos informativos e provas produzidas na fase do inquérito policial; e que o Ministério Público cumpra seu papel de fiscal do direito, exercendo maior controle sobre a qualidade da investigação policial.

Mas não é só. A mudança de rumos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça produziu uma nova orientação para toda a investigação criminal assentada na prova do reconhecimento formal de pessoas suspeitas de crimes, mas os efeitos desse *overruling* somente se tornarão reais e irreversíveis se os juízes e tribunais do país forem mais rigorosos na avaliação dessa prova, repudiando o material probatório que não esteja em conformidade com o modelo normativo.

Somente assim se evitará a reedição de casos como os mencionados ao longo do texto, que certamente representam uma ínfima parte do que já ocorreu e continua a ocorrer com um universo de pessoas submetidas a esse tipo de procedimento investigatório. É premente, portanto, a cessação desses abusos, quotidianamente noticiados nas mídias e na crônica judiciária. A dor, o desespero, as privações, as perdas materiais e morais causadas por uma prisão injusta são irreparáveis¹⁴.

O exemplo de Ângelo Gustavo Pereira Nobre, produtor cultural que ficou preso por um ano, acusado da prática de um crime de roubo ocorrido em 2014, reproduz a situação de

14 É muito oportuna a observação de Erwin Chemerinsky: “os direitos não têm sentido sem remédios. A polícia sabe quando pode agir com impunidade, pois suas ações não terão consequências” (CHEMERINSKY, 2021, p. 243, tradução livre).

tantas outras vítimas do falho reconhecimento fotográfico. Após ser solto, soltou um desafo, que representa o sofrimento de todos os que passaram por similar situação:

Depois desse tempo todo que passei lá dentro e vendo o que está acontecendo com esses outros jovens, como João, Jeferson, Raoni e Alberto, me dá um nó na garganta e questiono: isso nunca vai acabar? Nós, jovens negros, estaremos sempre correndo o risco de sermos privados da nossa liberdade a qualquer momento? De qualquer jeito? Isso nunca vai acabar? Somos nós que temos que criar provas para provar nossa inocência e não o Estado? Por quê?! (Matida; Cecconelli, 2021).

Referências

ALBRIGHT, T. D.; RAKOFF, J. S. **The impact of the national academy of sciences report on eyewitness identification**. Proceedings of the National Academy of Sciences (PNAS), 2017.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. La función de las garantías en la actividad probatoria. *In: La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*. Madri: 1993, p. 242-242.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Princípio de presunção de inocência e princípio de vitimização: uma convivência possível. Trad. Janaina Matida e Aury Lopes Jr. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 29, v. 185, nov. 2021, p. 85-100.

ASSOCIATION FOR THE PREVENTIOS OF TORTURE. **Princípios sobre Entrevistas Eficazes para Investigação e Coleta de Informações**. [s.l.]: University of Oslo; Washington College of Law; Associação a prevenção da tortura, maio 2021. Disponível em: https://www.apr.ch/sites/default/files/publications/apr_PoEI_POR_03.pdf. Acesso em: 12 ago. 2023.

BADARÓ, G. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BADARÓ, Gustavo; MADEIRA, Guilherme; SCHIETTI, Rogerio. **Código de Processo Penal**: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BORGES DE SOUSA FILHO, Ademar. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil**. Belo Horizonte: Forum, 2019.

CALAMANDREI, Piero. **Proceso y democracia**. Trad. Hector Zamudio. Buenos Aires, EJE, 1960.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal**. Tomo I. Trad. Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2004.

CHEMERINSK, Erwin. **Presumed Guilty**. How the Supreme Court Empowered the Police and Subverted Civil Rights. Liveright, 2021.

DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di diritto processuale penale**. Milão: Cedam, 2003.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Relatório consolidado sobre reconhecimento fotográfico em sede policial**. Rio de Janeiro: maio 2022. Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/92d976d0d7b44b338a660ec06af-008fa.pdf>. Acesso em: 12 maio 2022.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. **Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Valoração racional da prova**. Trad. Vitor de Paula Ramos. Salvador: Juspodium, 2021.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito processual penal**. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**: anotações sistemáticas à lei 8.072/90. São Paulo: RT, 2000.

GARRETT, B. L. **Convicting the innocent**: Where criminal prosecutions go wrong. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

GRINOVER, Ada P. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 27, ano 7, jul/set-1999.

GRINOVER, Ada P. **Liberdades Públicas e Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MACHADO, Leonardo Marcondes; BARILLI, Raphael Jorge de Castilho. O reconhecimento de pessoas como fonte de injustiças criminais. **Conjur**, 16 jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-16/academia-policia-reconhecimento-pessoas-fonte-injusticas-criminais>. Acesso em: 10 abr. 2022.

MARMELSTEIN, George. **Testemunhando a injustiça**: a ciência da prova testemunhal e das injustiças inconscientes. Salvador: Juspodium, 2022.

MATIDA, Janaína. Considerações epistêmicas sobre o reconhecimento de pessoas: produção, valoração e (in)satisfação do standard probatório penal. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coords.). **Código de Processo Penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência: v. 2. São Paulo: RT, 2021, p. 141-155.

MATIDA, Janaína; CECCONELLO, William. O que há de errado no reconhecimento fotográfico de Michael B. Jordan?. **Conjur**, 8 jan. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-08/opinio-errado-reconhecimento-fotografico-michael-jordan>. Acesso em: fev. 2022.

MATIDA, Janaína; CECCONELLO, William. Outra vez sobre o reconhecimento fotográfico. **Conjur**, 1 out. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-01/limite-penal-outra-vez-reconhecimento-fotografico#_ftn4. Acesso em: 19 jan. 2022.

NIEVA FENOLL, Jordi. **La duda en el proceso penal**. Madri: Marcel Pons, 2013.

OHLIN, Jens David. **Adjudicative Criminal Procedure: Doctrine, Application, and Practice**. Amsterdam: Wolters Kluwer, 2019.

OLIVEIRA, Thiago R.; ZANETIC, André; NATAL, Ariadne L. Preditores e impactos da legitimidade policial: testando a teoria da justeza procedimental em São Paulo. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, v.63, n.1, Rio de Janeiro, 2020.

RAMOS, Silvia; SILVA, Pedro Paulo; SILVA, Itamar; FRANCISCO, Diego. **Negro trauma: racismo e abordagem policial no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: CESeC, 2022.

RAPHAELLI, Rafael Domingos Barroso da Costa; MELO, Andrey Régis de. O Brasil que se revela pelo reconhecimento fotográfico: o inconsciente de nossas práticas em persecução penal. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coords.). **Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. v. 2. São Paulo: RT, 2021, p. 239-254.

SCHIETTI CRUZ, Rogerio M. Rumo a um processo penal democrático. In: MACHADO, Bruno A. (Coord.) **Justiça Criminal e Democracia**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 23-58.

SCHIETTI, Rogério. Apresentação. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI, Rogerio (Coords.) **Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. v. 2. São Paulo: RT, 2021, p. 47-67.

SOARES, Luiz Eduardo. **Desmilitarizar**. São Paulo: Boitempo, 2019.

STJ. Reconhecimento de pessoas: um campo fértil para o erro judicial. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06022022-Reconhecimento-de-pessoas-um-campo-fertil-para-o-erro-judicial.aspx>. Acesso em: 25 abr. 2022.

TUCCI, Rogerio Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.

VIEIRA, Antônio. Riscos Epistêmicos no Reconhecimento de Pessoas: contribuições a partir da neurociência e da psicologia do testemunho. **Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal**. ano 2, n. 3, 2019.

WANDERLEY, Gisela A. Entre a probabilidade e a segurança do juízo de fato: a completude do conjunto probatório (evidencial completeness) e a melhor prova (best evidence) como princípios de valoração probatória. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coords.) **Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência**. v. 2. São Paulo: RT, 2021, p. 47-67.

“

PARA ENTENDER O QUE É O BARD (E O QUE ELE NÃO É)

”

SEBÁSTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO
LUÍZA GUIMARÃES CAMPOS BATISTA GOMES

**PARA ENTENDER O QUE É O BARD
(E O QUE ELE NÃO É)**

**TO UNDERSTAND WHAT THE BARD IS
(AND WHAT ISN'T)**

**SEBÁSTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO¹
LUÍZA GUIMARÃES CAMPOS BATISTA GOMES²**

RESUMO

Este ensaio, possui como objetivo geral, delimitar os contornos teóricos do *standard* probatório que convencionalmente chamamos de “além da dúvida razoável”. Do ponto de vista específico, nossa atenção se voltará para a descrição de uma possível metodologia decisória, a ser utilizada pelos juízes em sua tomada de decisão, centrada na ideia de que a motivação deve atender a determinados critérios ligados à lógica jurídica, para além dos critérios dogmáticos e normativos que são dados previamente. O texto segue uma exposição teórico-argumentativa, pautada na revisão bibliográfica específica do tema. Ao final, exibe-se uma reflexão relativa ao modo como esta técnica de decisão tem sido empregada na realidade brasileira e apontamos para uma possível rota de correção.

Palavras-chave: BARD. *Standards* probatórios. Lógica jurídica. Teoria da argumentação.

ABSTRACT

The general aim of this essay is to establish the theoretical outlines of the standard of proof conventionally called “beyond reasonable doubt”. From a specific point of view, our attention will turn to describe a potential methodology to be used by judges in their decision-making, centered on the idea that motivation must attend to certain criteria linked to legal logic, in addition to the dogmatic and normative criteria that are given in advance. The text follows a theoretical-argumentative exposition, based on the subject’s specific bibliographical review. At the end, we reflect on the way in which this decision-making technique has been used in Brazil and point to a possible path of correction.

Keywords: BARD. Standards of proof. Legal logic. Argumentation theory.

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, e-mail: sbam@terra.com.br; CV: <http://lattes.cnpq.br/2042697331981933>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3051-2966>.

2 Doutoranda em Processo Penal pela Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), e-mail: luguimares90@gmail.com; CV: <http://lattes.cnpq.br/2554520668602458>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-5891-8557>.

1 Introdução

A técnica decisória de *standards* probatórios – a despeito de sua ampla difusão e uso na jurisprudência brasileira desde os idos de 1996 (Matida; Vieira, 2019) – não possui ainda, no cenário nacional, um debate maduro quanto à metodologia indispensável para fundamentar tais decisões. Com efeito, há relevantes equívocos técnicos cometidos quando se faz referência ao instituto, que amiúde passa a ser mera expressão retórica, destituída de qualquer relação com os fundamentos teóricos que a sustentam³.

Neste ensaio, nossa atenção se voltará para o denominado *standard* probatório “além de toda dúvida razoável” (*beyond a reasonable doubt* – BARD) e o método de valoração probatória que é devido em sua aplicação, por meio de análise indutiva e argumentativa das diversas hipóteses (proposições) que são dispostas *a priori* (enquanto premissas, princípios e regras) e *a posteriori* (referentes aos fatos narrados pelas partes e, elementos informativos e probatórios).

A hipótese é que o modelo de interpretação necessário à aplicabilidade do BARD – silogismo linguístico adequado à justificativa do resultado (conclusão) do ato de decidir – não é seguido pelos magistrados em sua tomada de decisão. E a utilização do sobredito modelo é fundamental para fornecer respostas consideradas como “provavelmente verdadeiras” (levando-se em consideração os dados *a priori* e *a posteriori* que alimentam a base proposicional envolvida nesse processo).

Nosso objetivo geral centra-se, assim, em estabelecer quais são as premissas (em sentido genérico) que são necessárias para que possamos trabalhar com a técnica do BARD, de modo a fornecer respostas e conclusões judiciais aceitáveis do ponto de vista lógico-jurídico.

Para tanto, será realizada uma revisão bibliográfica relativa ao uso de argumentos, conforme a lógica formal e análise de validade de um resultado, confiabilidade e certeza de uma conclusão; que podem ser aplicáveis ao direito e cuja função, é fornecer respostas probabilísticas, a partir de sua alimentação de “dados” linguísticos.

Nosso objetivo específico é desenhar os contornos que são ignorados pelo debate doutrinário relativo ao tema. Esse debate, em sua maioria, concentra-se na possibilidade técnica de um magistrado compatibilizar o uso do BARD com a epistemologia de base garantista necessária para proteger os valores fundamentais do Estado Democrático de Direito e do Processo Penal Democrático, do ponto de vista jurídico.

O texto se iniciará, assim, com a exposição dos conceitos essenciais que classificam e qualificam aquilo que podemos tecnicamente chamar de BARD e, em seguida, aquilo que identificamos apenas como recurso retórico ao BARD. Os exemplos que acompanham a explicação são meramente ilustrativos e, a despeito de parecerem reais, não representam casos idênticos ou análogos que tenham sido acompanhados por nós, como advogados.

À guisa de conclusão, pretendemos oferecer uma provocação e, ao mesmo tempo, um convite à reflexão do modo como devemos utilizar esta técnica, a fim de compatibilizá-la com o que se espera de uma motivação racional das decisões judiciais.

2 O uso dos argumentos e a justificativa da tomada de decisão

2.1 Afinal, o que é o BARD?

A utilização da técnica de *standards* probatórios no Brasil é bem documentada pela doutrina (Baltazar Jr., 2007; Ávila, 2018; Peixoto, 2020; Castro, 2021), que ressalta as antino-

3 Acerca de tais equívocos, remetemos o leitor para nossa pesquisa anterior: *O Beyond a Reasonable Doubt no caso da Lava-Jato: uma análise conduzida pela Teorização Fundamentada nos Dados* (Gomes, 2021).

mias produzidas quando a técnica se faz apartada da base teórica necessária para a sua aplicabilidade (Badaró, 2019; Gomes, 2021). Não é possível falar de standards probatórios e, em especial, o BARD (mais elevado standard utilizado para fins de justificativa de decisão em matéria criminal) sem recorrer, contudo, ao estudo da filosofia da linguagem e à estrutura silogística básica que sustenta qualquer raciocínio lógico, seja ele dedutivo, indutivo ou de presunção.

As origens do BARD, contudo, remontam aos tempos em que a íntima convicção era admitida como modelo apto à tomada de decisão justa. Em 1219, o inglês Rei Henrique III ordena aos magistrados ingleses que novos modelos de adjudicação sejam implementados, haja vista que o Quarto Concílio de Latrão (1215) havia proibido os reinos cristãos de utilizarem julgamentos por ordálias (*hot iron and cold water trials from the "Judgments of Blood"*) e, menos de um ano depois, os magistrados inauguram uma forma protojurídica do que hoje conhecemos como Juri (Whitman, 2008).

Assim, tem-se que o Tribunal do Juri desenvolvido pelo *Common Law*, nasce como uma resposta da Inglaterra para uma demanda de Roma⁴; e visa resolver, as angústias cristãs que eram enfrentadas pelos magistrados no ato de julgar alguém (*moral responsibility for judgments*). As crises existenciais que acometiam os juízes singulares seriam, em tese, sope-sadas e divididas entre os membros do conselho de sentença do Juri que, a exemplo do que já era praticado pelos magistrados, deveria guiar sua decisão a partir da teologia moral da dúvida, a fim de proteger-se da culpa pelos julgamentos injustos (*the burthen of the responsibility for a wrong judgment*)⁵.

A dúvida – pautada na teologia moral cristã – é o pêndulo que marca o compasso dos julgamentos criminais por Juri, em seu nascedouro, mediante a promessa de que condenar alguém em estado de dúvida, não importará em desrespeito aos valores morais cristãos por parte dos jurados (Whitman, 2008, p.157). Paulatinamente, a doutrina jurídica passa a evoluir em torno da teologia moral da dúvida e apreende o seu sentido para aplicar às hipóteses em que o veredito poderia ser de inocente por infortúnio (p. ex., no caso de homicídio per *infotunium* ou legítima defesa) e esses são os primeiros passos em direção ao que hoje conhecemos como superação do estado de dúvida razoável que é necessário para se condenar alguém (Whitman, 2008, p.157 e p.160-161).

Mais de sete séculos se passaram até as primeiras menções à superação da dúvida razoável (BARD), como o mínimo necessário para que se possa condenar uma pessoa. A questão é que, apesar desse mínimo se referir ao material probatório exibido para os jurados durante o julgamento, a superação em questão, naquela época, se daria na consciência dos jurados, ou seja, em sua íntima convicção (Whitman, 2008, p.163).

Que as coisas se passem dessa maneira, até hoje, em relação ao Tribunal do Juri – como conhecemos – não é um problema, já que o método de valoração probatória que é adotado por julgamentos leigos é o da persuasão retórica e íntima convicção.

Esse não é o caso dos julgamentos técnicos, realizados por magistrados singulares e colegiados. A regra do livre convencimento motivado e o dever de fundamentação das de-

4 É importante lembrar que no início do século XIII, Roma disputava a soberania dos vereditos jurídicos com os magnatas e oligarcas feudais, tanto na Europa Continental, quanto na Inglaterra. Desse modo, quando Roma lança mão da proibição dos julgamentos sangrentos, o Estado inglês vê a sua oportunidade de fulminar o poder do Vaticano em relação à soberania dos julgamentos, ou seja, o Rei Henrique II, enxerga a chance que a coroa possui de extirpar o poder romano da Inglaterra e reunir os senhores feudais, vassalos, ao redor de sua própria soberania, trocando the power of the sword (soberania jurídica romana) pelos king's courts (Whitman, 2008, p. 132-133 e p. 139-140).

5 Whitman (Op. Cit., p. 127-128 e p. 147-148), donde destaca-se importante passagem do discurso de Thomas More (Utopia) aos magistrados do Rei; e p. 156-157, em relação à transferência da responsabilidade e do peso de julgar alguém e promover um derramamento de sangue injusto (nesse momento, as penas capitais ainda eram aplicadas para grande parte dos crimes praticados).

cisões determina que os juízes exponham todo o seu raciocínio decisório, de modo a oportunizar ao leitor externo o exame de validade das premissas que foram adotadas em seu julgamento e que, em última análise, conferirão legalidade interna (e externa – em sentido de alcance erga omnes) para a sentença prolatada.

Tendo em vista que o nosso intento neste tópico é esclarecer o que podemos compreender como BARD, em seus aspectos teórico-jurídicos e, pautados na defesa de um processo penal democrático (presidido por um juiz), destacamos, em primeiro lugar, que o BARD é uma técnica de decisão⁶:

- 1) voltada à proteção de um valor inegociável ao Estado Democrático de Direito (liberdade);
- 2) pautada pela gestão do risco institucional de absolver eventuais culpados a condenar eventuais inocentes;
- 3) e que expõe a justificativa da conclusão, do ponto de vista argumentativo e inferencial, de modo a exibir a totalidade do raciocínio empreendido pela formação do juízo em sua tomada de decisão.

Crítérios de decisão, portanto, não são, per si, o BARD. Tampouco é o BARD, apenas o elevadíssimo grau de probabilidade da ocorrência de uma hipótese – ou seja, da aproximação de uma verdade probabilística –, por meio da análise inferencial dos elementos probatórios⁷.

O BARD é a confluência dos valores em jogo – no jogo do Direito e no jogo do processo relativo ao caso concreto apresentado – que permite uma justificativa segura para a tomada de decisão em certo sentido. Podemos dizer que o BARD, não é, de modo algum, o mero atingimento de elevado ou elevadíssimo grau de certeza da ocorrência de um evento (isolado). Existem valores que estão incrustados nas técnicas de argumentação e fundamentação empreendidas pelo magistrado, assim como também existem valores que são obrigatórios (por regra de decisão) em um determinado raciocínio decisório e que demandam exposição por parte do juízo na formação de seu pensamento.

Como técnica de decisão, o BARD pressupõe a eleição de um método para análise da confirmação e refutação das hipóteses trazidas ao conhecimento do sujeito que formula o juízo sobre o accertamento dos fatos, com a consequente aproximação da provável (em sentido probabilístico) certeza em relação às narrativas em disputa argumentativa e a diametral diminuição da incerteza (dúvida que deixa de ser razoável). O método eleito pelo magistrado para fins de exposição de seu raciocínio, como dito anteriormente, poderá ser dedutivo, indutivo etc., desde que atenda aos critérios da repetibilidade e da verificação dos argumentos.

Isto quer dizer, que a exposição do juízo valorativo deverá – em função da regra de justificação positivada pelo livre convencimento motivado (Gomes Filho, 1997, p.159-161; Melim, 2013, p.148; Taruffo, 1975, p.256) – necessariamente, elencar as hipóteses trazidas aos autos (pela acusação, defesa, assistente, testemunhas etc.) e cada uma das provas mate-

6 Poderíamos, de igual modo, denominá-lo de “técnica de formação de normas” conforme descrito por Josef Esser e resgatado por Paula Sarno, ao descrever o funcionamento sistêmico e extrassistêmico do dever de fundamentação da decisão, pelo magistrado responsável. Ver mais em Esser (1961, p. 123) e Braga (2015, p. 36).

7 Se assim o fosse, não haveria problema em ser – esta técnica de decisão – empreendida por robôs, como quem algum; além do que, este caminho linguístico abriria espaço para a implementação do problemático standard da “melhor explicação”, que não é compatível com o que se espera de uma metodologia decisória racional, conforme já investigado pela doutrina. Ver mais em: Peixoto (2020).

riais que as sustentam (parcial ou totalmente) ou que as refutam, e que tornam o argumento aduzido pela parte forte ou fraco.

Ou seja, seja qual for o caminho lógico adotado pelo juízo em seu raciocínio, é imprescindível que a motivação da decisão a justifique do ponto de vista interno, a partir da exposição dos argumentos lógicos compreendidos pelo magistrado no curso de seu pensamento, que o conduziram para determinada conclusão.

É esta exposição que confere, conforme dito anteriormente, a validade material para o exercício da tomada de decisão. Ela permite avaliar se o texto exposto pelo magistrado atende aos requisitos de sentido interno ao processo, caso etc., e externo, inerentes aos princípios, regras e valores que estão em jogo no campo do Direito e que possuem o potencial de aplicabilidade *erga omnes*.

2.2 Da lógica aplicável ao BARD

O requisito de sentido externo ao processo, que o silogismo decisório deve observar para ser considerado válido, não pode atender apenas às regras da lógica formal. É preciso, para além, uma ponderação crítica sobre a disputa valorativa que determina a resposta certa para o caso. A lógica formal, apartada de uma avaliação dos valores em jogo, corre o risco de fornecer uma resposta falso-positiva, diga-se: uma resposta que se comporta como verdadeira do ponto de vista lógico-formal, mas que é, na verdade, falsa, quando são pormenorizados os valores, princípios e regras que estão em jogo no caso concreto.

A lógica formal recorre a dados *a priori*, necessariamente verdadeiros⁸ e postos desde o início da equação silogística, a fim de fornecer a resposta correta para o problema. Isto quer dizer que, na formulação de um juízo pautado na lógica formal, todas as premissas utilizadas no raciocínio deverão atender ao critério da verdade (porque demonstráveis do ponto de vista da lógica), bem como deverão contar com uma disposição e conhecimento prévio na equação a ser resolvida.

É a lógica formal que justifica, por exemplo, a utilização de um silogismo matemático para fins de demonstração de uma figura geométrica⁹. Esse tipo de justificativa do raciocínio lida, portanto, com o mundo físico, posto e demonstrável. Por esta razão, alguns pensam que podemos utilizar a lógica formal no campo do Direito e apresentam um certo entusiasmo em relação ao uso de algoritmos preditivos e de probabilidade matemática, a fim de justificar a ocorrência de hipóteses fáticas em um determinado caso concreto. Isto, como se verá, é um erro do ponto de vista lógico-jurídico.

Em primeiro plano, é necessário estabelecermos que a demonstração matemática se distingue do desenho equacional linguístico-gramatical envolvido na resolução de problemas jurídicos, onde o mundo do Direito está inserido.

A matemática lida com a resolução de problemas numéricos, a partir da dedução e/ou da indução dos dados *a priori* que, submetidos às regras matemáticas, permitem a demonstração do resultado.

8 Já verificados previamente quanto à sua própria condição de validade (demonstrada do ponto de vista lógico).

9 Na tentativa de estabelecer regras universais que pudessem solucionar os mais diversos problemas da geometria, René Descartes apresenta um método de resolução para o problema de Pappus, a partir de uma formulação analítica. A resolução desse problema, é conhecida na história da matemática como o episódio inaugural da geometria analítica. Utilizando-se da álgebra, Descartes apresentou diversos modelos (fórmulas) de resolução de problemas geométricos, incluindo os que diziam respeito a poliedros (e que foram erradamente atribuídos à Euler). O caso da resolução do problema de Pappus, assim como da algebrização da geometria e o estabelecimento de limites epistemológicos e ontológicos para a geometria matemática são documentados em Forbes (1977, p.141-151).

Quando dizemos para o leitor, p. ex., que ele deve imaginar um triângulo retângulo, com os catetos medindo 4 cm e 7 cm, respectivamente, e que ele deve calcular o valor da hipotenusa a partir de tais dados, automaticamente nosso leitor recorrerá ao Teorema de Pitágoras ($c^2 = a^2 + b^2$) e atribuirá à hipotenusa, o valor de “x”. O problema matemático ficará então descrito pela aplicação da fórmula como: $x^2 = 4^2 + 7^2$ que, elevadas as potências é descrito por $x^2 = 65$, então $x = \sqrt{65}$, logo $x = 8,063$.

O valor da hipotenusa é calculado, portanto, a partir de um Teorema, que é descrito por uma fórmula, cuja aplicabilidade se encontra submetida pelas regras matemáticas que a precedem (ex.: como calcular a raiz quadrada de um número, como somar etc.) e o resultado obtido, pode ser verificado como verdadeiro porque permite a demonstração ilustrativa, já que é possível desenhar o triângulo, construí-lo no mundo real. O fato de o resultado desse problema ser um número decimal não invalida o resultado, ele continua a ser válido e verdadeiro (porque demonstrável) e o triângulo existe¹⁰.

É com este padrão de razoabilidade que os resultados lógicos obtidos no campo da matemática funcionam, seja no campo geométrico, seja no campo da álgebra. Assim, pode-se aceitar como verdade um resultado aproximativo que possa ser demonstrável. A probabilidade matemática, lida, portanto, com o resultado passível de demonstração e que, por esta razão, pode ser considerado como aceitável (razoável) e apto a requisitar a condição de verdade.

Ora, mas se estamos a lidar então com resultados razoáveis e aceitáveis, mesmo no campo das chamadas “ciências exatas” esta explicação não deixa muito claro por que não deveríamos aplicar este tipo de pensamento lógico ao Direito, pois, em tese, seria possível considerar todos os dados a priori de determinado sistema jurídico, a fim de que ele resolva os problemas silogísticos apresentados pelos argumentos debatidos no processo, a fim de responder a uma questão “provavelmente verdadeira” ou “aproximadamente verdadeira” que, por fim, poderíamos aceitar como resposta razoável.

Existem muitos modelos de constatação aplicados à lógica formal (Tabela da Verdade, Operações proposicionais, Cálculo de predicados etc.)¹¹, sendo que a maioria desses modelos pode ser utilizada para solucionar problemas linguísticos, a partir da alimentação de dados a priori, de acordo com determinadas regras de interpretação.

No caso do Direito, os modelos de constatação que são devidos à análise dos argumentos jurídicos debatidos no curso de um processo não seguem este mesmo padrão. O que justifica tal recusa, nesse caso, é o fato de que modelos lógicos – para funcionarem de maneira adequada – precisam contar com uma alimentação de dados igualmente adequada e, no campo do Direito, é impossível realizar tal inserção de dados *a priori* em sua completude, dada a existência de valores em jogo, e sua constante modificação.

Partimos da premissa, portanto, de que o Direito é fluido, e se encontra em constante transformação. Ele se relaciona com valores, cujo conteúdo e dimensão são variáveis e isto significa dizer que as regras de interpretação são circunstanciais e poderão ser diversificadas com o passar do tempo¹².

10 Esta demonstração é mais famosa com o triângulo equilátero. Neste ensaio, utilizamos o mesmo raciocínio para fins de demonstração da hipótese com o triângulo retângulo. Dado que o raciocínio empregado deve levar em consideração os axiomas e postulados matemáticos de caráter geral, toda e qualquer figura geométrica (mesmo os poliedros) podem ser demonstradas a partir da aplicabilidade de teoremas, cálculos e fórmulas.

11 Ver descrição e exemplificação dos inúmeros modelos de constatação da lógica formal, utilizados especificamente na matemática em Jenske (2015).

12 É por esta razão que condutas tidas como crime tipificado (ex.: adultério), com o passar do tempo e da mudança de paradigma Moral social, deixam de ser consideradas como crime e é desta forma que o Direito

Um modelo de constatação fechado (como é o caso dos modelos utilizados pela lógica formal na matemática) não é suficiente para fornecer os instrumentos de validação dos argumentos jurídicos debatidos no curso de um processo, que poderão variar com o passar do tempo e as circunstâncias da moral vigente no momento da tomada de decisão terminativa (que pode ser distinta daquela que era vigente à época de recebimento da denúncia, p. ex.). Não por acaso, um dos princípios basilares do processo penal brasileiro – *tempus regit actum* – se encontra positivado pelo enunciado do art. 2º do Código de Processo Penal – CPP, de modo a determinar o tempo presente como regra de interpretação jurisdicional.

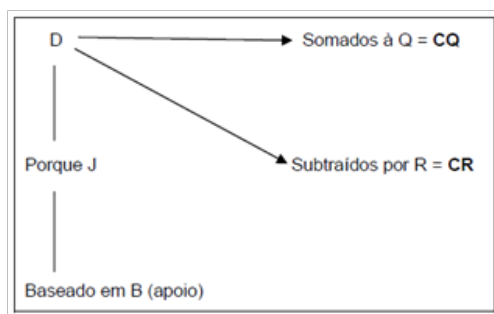
Daí porque Gustavo Badaró (2019, p.20-62) afirma que necessitamos de uma epistemologia judiciária – a ser permanentemente aprimorada conforme a prática e o processo penal – para tratar da análise de linguagem utilizada como justificativa racional da tomada de uma decisão jurídica.

Partindo de demonstrações de erros comuns à lógica formal, no modelo de silogismo aristotélico, Toulmin (2001) pretende estabelecer que um modelo de análise de sustentação dos argumentos de um debate controvertido, precisa levar em consideração os qualificadores modais existentes na equação linguística, sendo que quanto mais qualificadores de adição (isto é, condicionantes ou incidentes que reforçam a proposição inicial), mais resistente e forte será a sentença basilada nestes argumentos (Toulmin, 2001, p.93-94).

Para tanto, ele apresenta um layout, cuja função – em termos lógico-analíticos – é a mesma que ocupa a fórmula de um Teorema na aplicação da matemática. O *layout* de qualificadores modais que ele apresenta está para o resultado de uma equação linguística assim como a fórmula do Teorema de Pitágoras está para o resultado da equação matemática descrita linhas acima.

Analizando os usos dos argumentos, a partir da lógica analítica, Toulmin enuncia que diversos campos do conhecimento humano possuem uma mesma estrutura de raciocínio (isto ocorre na física, no direito e na ética), mas não possuem o mesmo método de interpretação. O método de interpretação, é o que determina se o resultado obtido será considerado válido, e poderá requisitar a condição de verdade ou mais próximo da verdade.

O método interpretativo que serviria ao Direito (segundo Toulmin), seria descrito pela seguinte operação analítica (Toulmin, 2001, p. 94-97 e p. 159; Kochem, 2021, p.119-121; Nunes, Almouloud, 2013):



Neste diagrama, “D” é o dado cuja resistência se pretende analisar, “J” é a justificativa oferecida para a sua existência, “B” é o apoio fornecido à justificativa (a corroboração de existência), “CQ” é o coeficiente de qualificação do argumento (que representa um fator de soma) e “CR” é o coeficiente de refutação (que representa uma subtração).

funciona enquanto instrumento do Estado.

Em linhas gerais, esta é a estrutura primordial do pensamento que devemos empreender, em termos de metodologia decisória, para considerar como adequado e razoável o resultado obtido, que nos permite afirmar que uma hipótese proposicional pode requisitar a condição de verdade ou mais próxima da verdade.

Especificamente no caso BARD (enquanto standard probatório e técnica de decisão), a equação silogística deve levar em consideração, na formulação de seu problema jurídico, as diversas proposições apresentadas pelas partes, as premissas a priori e as regras de interpretação inerentes ao Direito, e as provas que corroboram a existência ou não de tais eventos na realidade (González-Lagier, 2013).

Tomemos um exemplo hipotético: um indivíduo é acusado de tráfico de drogas, preso em flagrante com uma dúzia de cápsulas de cocaína, a partir de uma denúncia anônima. Para que a proposição acusatória “o indivíduo é autor do crime de tráfico porque foram encontrados com ele uma quantidade de drogas incompatível com o uso” seja considerada como verdadeira, deverão ser invocadas para a equação linguística as premissas relativas:

- 1) ao exame de lesividade da conduta do agente (necessidade e proporcionalidade) que determinam a configuração da tipicidade material do crime;
- 2) o vínculo do sujeito com a droga apreendida e que apontam para a autoria;
- 3) a configuração de hipóteses alternativas que não se sustentam por ausência de corroboração, *etc.*

Presentes tais premissas, a conclusão obtida tem-se por razoável porque seu argumento é forte.

A análise da garantia dos argumentos jurídicos existentes no raciocínio judicial poderá ser medida a posteriori conforme a repetibilidade da cadeia sucessória de fatores da equação linguística que sustenta o raciocínio do juízo e que determina a conclusão da sentença em determinado sentido.

Essa orientação de sentido da decisão permitirá o controle intersubjetivo do pensamento realizado pelo magistrado no curso de seu raciocínio. A ausência de repetibilidade do resultado, conforme a equação disposta, invalidará a conclusão anteriormente obtida e existirão argumentos lógico-jurídicos aptos a devolver a matéria debatida na sentença para uma instância revisora.

Assim, ainda que inexista a predileção positivada – por parte do legislador – por um ou outro método de justificação racional, por certo, a epistemologia aponta como necessária a adoção de um método analítico voltado para a exposição de uma cadeia de eventos (ou fatores de equação) proposicionais que, justificam e se reforçam mutuamente, ou que se refutam, ao testar a resistência de um argumento.

O método de inferência, realizado a partir do layout sugerido por Stephen Toulmin (2001), é uma boa opção, em termos de fornecimento de controle e adaptabilidade em relação aos fatores de equação que incidirão no caso e, especificamente, no que se refere à utilização do BARD, sugere-se a sua aplicação (Badaró, 2019, p.228-232; Gomes, 2021, p.62; Badaró 2020, p. 85).

2.3 O que não é BARD

O BARD deve ser implementado a partir de uma metodologia decisória que permita a identificação e a repetibilidade de toda a cadeia sucessória do raciocínio empreendido pelo

magistrado. Não observadas tais premissas, ele se torna mero recurso retórico, que apela para razões persuasivas não racionais. E isto pode acontecer mesmo quando – do ponto de vista político – concordamos com o resultado da sentença no caso concreto.

Imaginemos um caso de aplicação do BARD desassociado de uma metodologia decisória clara¹³, de modo que a conclusão lógica obtida pelo julgador não se sustenta diante do exame de repetibilidade e verificação de resistência das hipóteses. Trata-se de uma decisão equivocada do ponto de vista da técnica da decisão, mas que, apesar de não atender textualmente às regras mínimas exigidas pela lógica jurídica, se apresenta como uma resposta correta do ponto de vista axiológico (porque agrega os valores consagrados no Direito discutido no caso concreto) e político (porque atende aos compromissos políticos do Estado, como a presunção de inocência).

Trazendo outro caso hipotético, um indivíduo condenado em primeira instância pelo crime de roubo circunstanciado cometido em concurso de agentes (art. 157, §2º, I e II do CP). Submetido ao duplo grau de jurisdição, a decisão condenatória foi revertida pelo Tribunal, a partir da interpretação do art. 155 do CPP¹⁴, que dispõe sobre o princípio do livre convencimento motivado ou, se preferirmos, da regra de livre apreciação da matéria probatória e da persuasão racional da prova (Brasil, 1941)¹⁵.

No primeiro grau, o indivíduo teria sido condenado a 07 (sete) anos de reclusão, além de 100 (cem) dias-multa, em regime semiaberto, pela subtração de alguns aparelhos celulares, mediante o emprego de grave ameaça por arma de fogo. A materialidade delitiva foi constatada pelo laudo de exibição e apreensão dos celulares, bem como pelo auto de entrega dos aparelhos para a empresa proprietária. A autoria teria sido comprovada pelo auto de prisão em flagrante e pelos depoimentos prestados por policiais no curso do inquérito policial.

Ao recorrer, a defesa alega que os celulares teriam sido comprados de um terceiro e que o indivíduo não sabia da procedência da mercadoria, sendo que esta era a versão dada em seu depoimento em juízo. Alegou ainda que a sentença condenatória deveria ser reformada para absolutória, por ausência de confirmação dos elementos informativos colhidos na fase de inquérito, e que, na hipótese de o Tribunal compreender existirem elementos probatórios suficientes à imputação do sujeito, que fosse modificada a capitulação dada à denúncia, para o crime de receptação. No referido caso modelo, existem três teses defensivas alegadas perante o Tribunal:

- 1) a condenação é inválida, porque não há prova da autoria em sede de instrução;
- 2) o réu era um mero receptor da mercadoria;
- 3) negativa de autoria do crime de roubo.

Para cada uma dessas hipóteses, a defesa haveria de apresentar uma garantia de ocorrência, como:

13 Mediante a fixação das premissas *a priori*, dos critérios de decisão utilizados, enunciados normativos afetos ao tema, apresentação do rol de provas consideradas válidas e, portanto, aptas à valoração, cadeia de inferência dos eventos e desenho da solidez dos argumentos considerados *fortes*.

14 Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (Brasil, 1941).

15 Acerca do debate relativo à natureza jurídica do “livre convencimento motivado” e sua evolução histórica, ver mais em Badaró (2020 p. 74-77).

- 1) a interpretação que é devida ao enunciado normativo do art. 155 do CPP, que afirma que o magistrado não pode fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação;
- 2) na hipótese de oferecimento de uma tese alternativa à da acusação (receptação), temos que nos autos não se identificou o terceiro suspeito de participação no crime, apontado como verdadeiro autor do roubo;
- 3) nega sua participação no crime violento e assume a autoria de outro crime menor (a receptação).

A despeito de terem sido alegadas três hipóteses alternativas aos fatos, imagine-se que haja um acórdão absolutório que não enfrenta nenhuma destas hipóteses. A fundamentação utilizada pelo tribunal se concentra no fato de que os policiais militares que haviam efetuado a prisão em flagrante do indivíduo, ouvidos em juízo, não se recordavam de nada na fase de instrução e não puderam fazer o seu reconhecimento, de sorte que a sentença condenatória que possuía como base probatória apenas os depoimentos que foram prestados em sede de inquérito, careceria de reforma por ausência de prova suficiente da autoria criminosa.

Em outras palavras, no nosso caso imaginado, o juízo invoca como garantia do argumento absolutório, em caráter autoritativo, mas também normativo, os precedentes exarados pelo STJ para a matéria: impossibilidade de condenação com base em provas colhidas na fase de informação¹⁶ e, dada a desconsideração da prova testemunhal no conjunto probatório considerado como apto à análise argumentativa, considerou que não teria sido ultrapassado o estado de dúvida necessário para a condenação, de maneira que, em face da regra do *in dubio pro reo*, o acusado deveria ser absolvido.

Temos, assim, a ilustração do fenômeno que queremos descrever. É possível existir uma decisão cujo resultado é correto do ponto de vista político e normativo, mas que não corresponde à lógica interna existente na sua fundamentação, daí porque antinômica.

O juízo formado nesta decisão hipotética deveria ponderar, em sua equação linguística, os fatores de subtração que são causados na argumentação da acusação, em relação ao seu basilar. Como efeito indesejado, tem-se um resultado decisório que não satisfaz ao uso do standard probatório da dúvida razoável, isto porque em termos de repetibilidade inferencial, simplesmente não faz sentido. Isto torna o argumento da decisão fraco do ponto de vista lógico-jurídico.

A formulação nesse caso, para atender aos critérios mínimos exigidos pela lógica analítica-indutiva, para ser considerado como resposta aceitável (do ponto de vista argumentativo) deveria ser atender à equação: $P1 + P2 + P3 + E4 + E5 = C$; onde: P1 = proposição “a condenação é inválida, porque não há prova da autoria em sede de instrução”; P2 = proposição “o réu era um mero receptor da mercadoria”; P3 = proposição “negativa de autoria do crime de roubo”; E4 = enunciado normativo “do art. 155 do CPP”; E5 = enunciado normativo contido nos “precedentes do STJ relativos à matéria”¹⁷ e C = conclusão fortemente baseada ou garantida.

O juízo deveria estruturar seu raciocínio de modo a ponderar, então, porque a primeira proposição “P1” deveria ser considerada mais próxima de ser correta; porque “P2” e

16 AgRg nos EDcl no HC 500.594/PA, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 14/06/2019; AgRg no AREsp 1060769/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 04/04/2018.

17 AgRg nos EDcl no HC 500.594/PA e AgRg no AREsp 106.769/SP.

“P3” (a segunda e a terceira proposição) deveriam ser consideradas incorretas ou neutras na equação; porque “E4” e “E5” (enunciados normativos de quarta e quinta posição na argumentação) deveriam requisitar a condição de verdade e, portanto, determinar a aplicação de uma regra no julgamento (in dubio pro reo), já que a C (conclusão) não poderia atingir, em um grau elevadíssimo de probabilidade de ocorrência, a condição de certeza da autoria do crime.

A estrutura do raciocínio decisório, do modo como descrito no parágrafo anterior, traz para a justificativa da sentença – em sentido silogístico –, a completude do pensamento que foi feito pelo juízo no momento de sua tomada de decisão e que, se não está disposta do modo como nos referimos, acaba sendo completada pelo pensamento do leitor, que nos momentos de lacuna textual deduz aquilo que deveria estar expressamente disposto no texto.

O fato de existir espaço para o pensamento dedutivo do leitor nos meandros da argumentação jurídica tecida pelo juízo em sua tomada de decisão não é algo satisfatório para o que se espera de um ato devidamente fundamentado do ponto de vista lógico-jurídico, em parâmetros mínimos de valoração racional da prova.

3 Conclusão

O mundo do Direito lida com elementos objetivos, concretos, mas ele não se resume a isso, obviamente. Há considerações axiológicas, em que a Ética e a Moral travam relações com os valores jurídicos, e não por acaso o debate sobre a separação do Direito de tais campos é um dos debates mais acirrados desde o século passado¹⁸. Não nos cabe aqui descrever por completo este debate, mas tão somente relembrar que ele existe e está longe de ser questão superada, embora muitas vezes ignoradas nas discussões acadêmicas atuais.

O ato de julgar uma disputa argumentativa que impactará na vida de quem está sendo julgado é uma responsabilidade que não pode ser reduzida a um decisionismo assistemático. Cada decisão possui um aspecto técnico e encerra também uma decisão político-normativa. Como tal, carece de análise de validade interna¹⁹, pois nem todos os dados estão postos na equação *a priori*, porque o Direito está em permanente estado de transformação (Dworkin, 2012, p. 412-416).

Aliado a isto, existem dados que serão apresentados apenas na tomada de decisão pelo juízo (a exemplo do que ocorre com a *emendatio libelli* ou a desclassificação), cuja justificativa é apresentada a partir de dados constituídos na equação a posteriori. A tomada de decisão é uma atividade artesanal (sobretudo em matéria criminal) que demanda reflexão por parte do magistrado e que, mesmo com o uso da lógica, não pode transpor o problema dos interstícios do pensamento humano, queiramos descrevê-los como intuição ou sentimento.

São estas margens que nos concedem a sensibilidade necessária para julgar politicamente o futuro de alguém. Um processo judicial não se faz apenas com dados em estado bruto, se faz também a disputa persuasiva, retórica e argumentativa, que é realizada pelas partes diante do magistrado.

Quando falamos desta sensibilidade intuitiva, contudo, não estamos falando de uma emoção desprovida de explicação racional, ou recorrendo aos estados mentais descritos pelo

18 Sobre o debate da separação entre o Direito e a Moral, por força daquilo que os pós-positivistas denominaram como “Falácia Jusnaturalista”, ver mais em Putnam (2008, p.28-29).

19 A esse respeito, vale rememorar que enunciados normativos não se submetem aos mesmos critérios de validade que são devidos à condição de verdade de uma *proposição*, haja vista que esta possui conteúdo descritivo, enquanto àquele conteúdo prescritivo e, justamente por isso, precisa preencher determinados requisitos (dados *a priori*) inerentes ao sistema jurídico como um todo (Kelsen, 2009, p.80-84).

psicologismo, mas sim àquilo que a filosofia descreveu – em distintos momentos e de diferentes formas – como substância, essência e predicado ideal²⁰, que é característica comum ao pensamento humano, e que nos une em relação ao nosso modo de vida.

Há espaço para estes interstícios do pensamento na lógica analítica, ao passo que a exigência a ser feita, em termos de verificação do resultado obtido pelo juízo em sua tomada de decisão, é que tais elementos sejam expressamente dispostos pelo magistrado em sua fundamentação, de modo a exibir para o leitor, de que maneira eles influenciaram na decisão tomada.

Isso significa que o magistrado age com certa subjetividade ao tomar decisões e que essa subjetividade é inevitável, pois faz parte do pensamento humano natural. O objetivo não é negar que essa subjetividade possa interferir no processo de raciocínio do juiz, mas sim exigir que ela seja explicitada e que a forma como ela interfere no silogismo da argumentação da sentença seja clara, seja para condenar ou absolver um indivíduo. Se o argumento utilizado na sentença será considerado válido ou inválido em um exame posterior, isso é outra questão.

A lógica analítica atende a tais exigências, desde que reconheça a confluência da Moral e do Direito e que exija do magistrado o enfrentamento pragmático das questões postas no processo, bem como as consequências de sua tomada de decisão. A exigência de análise pragmática das consequências da decisão tomada é, evidentemente, parte importante do sistema de precedentes e foi positivada no nosso ordenamento pelo art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Didier Jr.; Oliveira, 2019); e visa, para além das consequências mediatas afetas ao caso concreto julgado, primordialmente, manter coeso tal sistema.

Sob este prisma, há uma relação estreita entre a adoção de uma técnica de decisão que visa expor do ponto de vista argumentativo a racionalidade da decisão, e um dever de justificação que impõe ao magistrado expor integralmente suas razões de decidir para àquele caso concreto, considerando todos os demais que sejam amoldáveis às mesmas hipóteses.

Daí porque alguns teóricos²¹ e lógicos²² dirão que é extremamente difícil – para não dizer impossível – aplicar precedentes de maneira automática, a exemplo do que dizem os entusiastas do uso da lógica formal em algoritmos eventualmente programados para tanto, nos casos apresentados em Tribunais. Seria necessário, que todos os dados a priori estivessem dispostos e que todas as hipóteses, inclusive do caso para o qual se pretende atrair a aplicação ou não de determinado precedente, fossem necessariamente verdadeiras (verificadas).

20 Este é o ponto central de divergência na metafísica de Platão e Aristóteles, que articula a sua crítica à teoria das ideias e propõe a sua doutrina dos universais, a partir de argumentos encontrados no Parmênides (ou seja, utiliza Platão contra ele mesmo), para desenvolver a ideia do *meta-homem* e a noção mais importante da divergência metafísica aristotélica: há entre todos os homens (ideais e comuns) algo de substantivo que os une simplesmente como homens; contudo, essa união não se dá por sua condição animal, mas sim pela partilha de um *predicado ideal*. Ver mais a respeito dessa descrição em Russell (2015, p.209-210); e seus efeitos em Kant (1987, p. 1, 75, 273-274); Kant (1986) e Hume (2004, p. 53-56).

21 Para descrever o modo como uma decisão deve ser encarada por um juiz, nas hipóteses em que se convencionou dizer que estamos diante de um “caso difícil”, Dworkin apresenta a metáfora do romance em cadeia, e de como críticos literários e autores julgam de maneira distinta a narrativa romancista. A partir de tal demonstração, afirma que o juiz é ao mesmo tempo crítico e autor, e que sua interpretação deve contar com uma argumentação sólida (e crítica) em relação à narrativa apresentada e os mais diversos acontecimentos que podem influenciar em uma mudança de perspectiva. Ver mais em Dworkin, (2010, p. 274-276) e também em McCormick, (2007, p. 63-70); e Abboud (2018, p. 1106-1107).

22 Acerca da impossibilidade de reduzir o direito à lógica formal (que é a um só tempo coerente e correta), ver mais em Perelman (1998, p. 33-34 e p. 45-46). Considerações importantes acerca da tentativa contínua de simplificar o raciocínio jurídico e reduzi-lo à formalidade, também são encontradas em Toulmin (2001, p. 202-207).

No silogismo inferencial, pautado pela lógica analítica e pragmática, a análise dos argumentos recorrerá não só aos critérios objetivos (normativos, positivados, dados a priori) para conferir validade às hipóteses trazidas aos autos, mas também aos critérios subjetivos que devem ser objetivamente dispostos pelo juízo, a exemplo do que ocorre com a proteção de um valor Moral, em detrimento de uma interpretação restritiva de direitos.

A validade de uma conclusão judicial, do ato de decidir por assim dizer, exprime-se pela análise de todos esses fatores da equação linguística que é feita pelo magistrado. Aqui, se encontra um dos temas mais espinhosos do processo penal e da filosofia: a busca pela verdade como critério de validade de um enunciado decisório o que, evidentemente, se relaciona ao tipo de verdade que adotamos como paradigma (no processo penal); e que se difere da validade de um ato e a verdade de um enunciado, na filosofia da linguagem aplicada à filosofia jurídica.

Para os objetivos deste texto, adotamos a definição de verdade como altíssima probabilidade da ocorrência de uma hipótese fática (enunciado) garantida argumentativamente no curso do processo linguístico de inferência probatória. A validade da norma judicial (ato decisório) fica subordinada, assim, à verificação e repetibilidade deste processo inferencial, sempre com o mesmo resultado (conclusão).

Conforme ilustrado pelos exemplos acima descritos, quando falamos de garantia, nesse contexto interpretativo, nos referimos especificamente àquilo que baseia uma hipótese e que sustenta a sua ocorrência, enquanto enunciado fático. Em termos jurídicos, chamamos de garantia de uma hipótese fática, a prova de corroboração de sua existência ou refutação material ou, ainda, a norma positiva aplicável à hipótese fática narrada que guarda em si mesma a condição de validade (excludente de culpabilidade, p. ex.) ou àquela que diz respeito ao caráter autoritário do Direito (precedente, p. ex.) (Gomes, 2021, p. 75-76).

Lidamos, então, com a graduação da certeza de que uma hipótese fática está garantida em relação à sua ocorrência por fatores internos ao próprio processo, ou externos a ele, pertencentes ao sistema do ordenamento jurídico. A interpretação judicial e o ato decisório possuem como pressuposto, assim, que o magistrado esteja ciente de tal sistema e que esteja comprometido com a defesa dos valores em jogo, aplicáveis ao caso concreto.

Há uma admissão de graus nos interstícios do pensamento (Hume, 2004, p.53) que sustentam o raciocínio decisório e que, paulatinamente, confirmam ou refutam a existência de uma hipótese fática. A noção de certeza, assim como a de verdade – dentro da lógica interpretativa e inferencial que é devida ao BARD – lida com a dimensão probabilística de sua ocorrência.

Imaginemos que o raciocínio decisório é composto de camadas: quanto mais elementos de confirmação forem adicionados nesta equação linguística decisória, mais próximo da certeza de uma ocorrência e da condição de verdade de um enunciado fático, estará o texto judicial. Quanto mais elementos de refutação forem adicionados nesta equação, mais próximos estaremos da incerteza e, portanto, da dúvida e da provável (em sentido probabilístico) ocorrência de um enunciado falso-positivo.

Nesse caso, em razão da regra de decisão do *in dubio pro reo* temos como resultado obrigatório, a absolvição do sujeito e a declaração do Estado de não atingimento do grau mínimo necessário para a superação do estado de dúvida que paira sob o acusado (por força do princípio da não culpabilidade). Chegar até esse resultado, pela via do BARD exigirá, contudo, que o magistrado exponha a totalidade dos silogismos mentais empreendidos e que sustentam a ocorrência de seu argumento na tomada de decisão.

Referências

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

ÁVILA, Humberto. Teoria da prova: standards de prova e os critérios de solidez da inferência probatória. **Revista de Processo**, n. 282, p. 113-139, ago. 2018.

BADARÓ, Gustavo. A inferência probatória e a justificação do juízo de fato no processo penal. In: MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta e MORAIS, Maurício Zanoide (Orgs.). **Processo penal humanista**: escritos em homenagem a Antônio de Magalhães Gomes Filho. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

BADARÓ, Gustavo. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BALTAZAR Jr., João Paulo. Standards probatórios no processo penal. **Revista AJUFERGS**, Porto Alegre, n. 04, p. 161-185, nov. 2007.

BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento**: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro. 467 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2015.

CASTRO, Cássio Benvenuti de. **Standards de prova**: na perspectiva da tutela de direitos. Londrina: Thoth, 2021.

COPOLA, G. A responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais. **Fórum Administrativo de Direito Público**, 2017.

DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** n. 73, jul./set. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESSER, Josef. **Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961.

FLORENTINO, TF. A responsabilidade civil do estado no erro judiciário: o dever indenizatório pela prisão indevida. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, 2020.

FORBES, E. G. **Descartes and the Birth of Analytic Geometry**. London 4. p.141-151. 1977.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luíza. **O Beyond a Reasonable Doubt no caso da Lava-Jato: uma análise conduzida pela Teorização Fundamentada nos Dados**. 239 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

GONZÁLEZ-LAGIER, Daniel. **Quaestio facti, Ensayos sobre prueba, causalidade y acción**, México D.F.: Fontamara, 2013.

HUME, David. **Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral**. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: UNESP, 2004.

JENSKE, Grazielle. **Lógica matemática**. Indaial: UNIASSELVI, 2015.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Os pensadores. v.I. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. João Batista Machado (trad.). 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOCHEM, Ronaldo. **Fundamentando decisões: uma doutrina lógico-argumentativa**. Londrina: Thoth, 2021.

MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law: an essay in legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antonio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova “para além de toda a dúvida razoável no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 156, jun.-2019.

MELIM, Mafalda. Standards de prova e grau de convicção do julgador. **Revista de concorrência e regulação**. ano 4, n. 16 Coimbra: Almedina, out.-dez. 2013.

NUNES, José Messildo Viana; ALMOULOU, Saddy Ag. O modelo de Toulmin e a análise da prática da argumentação em matemática. **Revista Educ. Matem. Pesq.**, São Paulo, v.15, n.2, p. 487-512, 2013.

PEIXOTO, Ravi. **Standards probatórios do direito processual brasileiro**. 302p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2020.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica: nova retórica**. Trad. Virgínia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PUTNAM, Hilary. **O colapso da verdade e outros ensaios**. Trad. Pablo Rúben Mariconda e Sylvia Gemignari Garcia. Aparecida: Idéias & Letras, 2008.

RUSSELL, Bertrand. **História da filosofia ocidental – Livro I: A filosofia antiga**. Tradução de Hugo Langone. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

SHAPIRO, Barbara. **Beyond reasonable doubt and probable cause: historical perspectives on the Anglo-American Law of evidence.** Berkeley: University of California Press, 1991.

TARUFFO, Michele. **La Motivazione Della Sentenza Civile.** Cedam: Padova, 1975.

THEODORO, JH. **A Responsabilidade Civil do Estado pelos Erros do Judiciário no âmbito penal.** 120 p. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016.

TOULMIN, Stephen. **Os usos do argumento.** Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

WHITMAN, James Q. **The Origins of Reasonable Doubt: theological roots of the criminal trial.** Pennsylvania: Yale Press, 2008.

“

**OS RISCOS DA IMPORTAÇÃO
AUTOMÁTICA E EMERGENCIAL
DE STANDARDS PROBATORIOS
ESTRANGEIROS E O RACIOCÍNIO JU-
DICIAL DESVIADO**

”

THIAGO TURBAY FREIRIA

OS RISCOS DA IMPORTAÇÃO AUTOMÁTICA E EMERGENCIAL DE STANDARDS PROBATORIOS ESTRANGEIROS E O RACIOCÍNIO JUDICIAL DESVIADO

THIAGO TURBAY FREIRIA¹

Sumário: 1 Introdução. 2 A concepção racionalista da prova. 3 Breves críticas conceituais acerca do standard probatório “dúvida além do razoável”. 4 Conclusão.

RESUMO

O artigo propõe um diálogo acerca dos riscos de proceder com a internalização de institutos processuais estrangeiros sem a devida acurácia teórica e a necessária distinção sobre seus âmbitos de aplicação. Exemplo marcante são os standards de prova, cujo desenvolvimento teórico passou à largo de orientar a aplicação prática, no Brasil. Mais marcante, o standard Dúvida Além do Razoável não parece dotar-se de critérios metodológicos e exigências ínsitas à formulação de standards, sendo que o uso indiscriminado popularizou sua adoção. Utilizado fora dos espectros e de sua ambiência natural, virou um dispositivo de arbitrios.

Palavras-chave: Raciocínio probatório; standards de prova; dúvida além do razoável; prova; processo penal.

1 Introdução

A importação de *standards* probatórios estrangeiros sem esforços analíticos desagua em imprecisões e erros, desobedecendo a disciplina da análise crítica acerca do raciocínio judicial condizente com a concepção racionalista da prova. O presente artigo² visa equalizar as discussões centrais, fundando a crítica na adoção apressada do standard de prova Dúvida Além do Razoável.

A questão extrapola o interesse persecutório de instalar uma política criminal operacionalizada por convenções interagências e a maximização de condenações judiciais, o que esbarra em balizas que estão fora do alcance efetivo da jurisdição constitucional. Ronald J. Allen (2016) assenta a questão, precisamente:

Não é possível saber o que significam as regras processuais ou probatórias, ou certamente o que um código significa a esse respeito, sem fazer exatamente o que descrevi acima como pesquisar a história

¹ Advogado criminalista, Mestre em *Razonamiento Probatorio* pela Universidad de Girona (UdG) e *Università degli Studi di Genova*, mestre em direito pela UnB, especialista em Derecho Probatorio pela UAH (Chile), especialista em Técnicas de Interpretação e Motivação da Decisão Judicial (UdG).

² A investigação levada a efeito foi suplantada pelos estudos realizados no âmbito da minha conclusão de mestrado na Universidade de Brasília, onde há – em seu repositório – o estudo do qual reproduzi trechos.

cultural, social e política e a antropologia dessas sociedades. (Allen, 2016, p.25, tradução nossa)³.

A utilização de institutos estrangeiros no processo penal, ao contrário do que faz crer o intuitivo argumento de que potencializar condenações reflete índices melhores de segurança, conduz à ineficiência quanto ao alcance do objetivo institucional do processo, revelando consequências contraproducentes, dado que violam – costumeiramente⁴ - critérios de decisão sobre os fatos que reproduzam métodos fiáveis de averiguação. A investigação dos fatos naufraga em análises e ferramentas impróprias que inoculam contraste inarredável ao ordenamento, se nos apartarmos da adoção – ainda que crítica – da concepção racionalista da prova.

A ausência de enunciados normativos incidentes sobre normas que provejam exigências metodológicas no âmbito das inferências probatórias, dificulta o controle acerca da correção do grau de apoio que uma determinada proposição aporta à hipótese fática. A importação de modelos cognitivos que apliquem critérios de decisão sobre os fatos deve considerar dispositivos de regulação e controle sistemáticos. Por exemplo, as regras de exclusão (*exclusionary rules*) estabelecidas pelo ordenamento jurídico norte-americano.

No Brasil, por exemplo, a adoção indiscriminada do *standard* de prova Além da Dúvida Razoável não comporta minimamente as exigências metodológicas para fins de formulação de um *standard* de prova, tampouco, há um desenho institucional condizente com a expectativa legítima de controle sobre os critérios de decisão a serem aplicados.

Ao contrário, há uma clara tentativa de expansão do direito penal baseada em discursos de emergência, o que afronta a sistemática constitucional e o processo penal calcado em balizas garantidoras de direitos fundamentais.

2 A concepção racionalista da prova

O sistema de interpretação que parte de uma norma geral ao caso individual consiste na aplicação de um redutor à especificidade do caso, consectário formal e substantivo da regulação de conduta dirigida à sociedade, que age na ação objetiva-individual violadora, o que atrai a consequência jurídica contida na norma.

É possível empreender que, se o indivíduo realiza a conduta contida na norma geral, alcança o respaldo necessário para o Estado aplicar a consequência prevista na norma. O resultado desse dispositivo de aplicação exprime o moderador do comportamento social, bem como a própria expectativa de vigência da norma (Gimbernát Ordeig, 2009, p. 489-514).

A adoção de uma penalidade legítima ao descumpridor da norma advém de uma decisão, cuja condição de validade radica em ser fruto de um procedimento dotado de regulação interna, intersubjetivamente controlável. Vale dizer, que essa medida deve conter ingredientes que serão submetidos a outros atores do sistema judicial, sendo que estes detêm competência para verificar a correção formal e substancial da decisão. Essa operação consiste em adotar e dar cumprimento às normas de adjudicação vinculadas às garantias pro-

3 No original: “uno no puede siquiera saber qué significan las reglas probatorias o procedimentales, ni ciertamente qué significa un código al respecto, sin hacer precisamente lo que he descrito más arriba como investigar la historia cultural, social y política y la antropología de estas sociedades” (Allen, 2016, p.25).

4 Sustentarei a asserção que faço com os dados colhidos pela pesquisa de Álvaro Chaves acerca das prisões preventivas ocorridas no bojo da operação lava-jato, que ilustra, a meu ver, que excessos persecutórios confrontam interesses aderentes à concepção racionalista da prova, o qual pugna pelo controle intersubjetivo das decisões racionais sobre os fatos.

cessuais, que amoldam o sistema frente à calibragem racional na execução de consequências jurídicas aos detratores do ordenamento jurídico. Dei Vecchi (2020) nomeia essa função de aplicação racional do Direito:

De acuerdo con esa concepción, una decisión judicial puede ser entendida ya sea como una norma individual producto de la aplicación de una norma general (es decir, el “resuelvo” de la decisión), ya sea como el proceso argumental cuya conclusión es esa norma individual. (Dei Vecchi, 2020, p. 20).

Com maior relevo, entre as garantias fundantes do sistema está o direito à prova, categoria que realça a legitimidade da operação interpretativa oriunda da apreensão do fato ocorrido no mundo e a posterior adequação ao antecedente contido na norma regulada, aplicando-se a consequência projetada em caso de descumprimento. A prova, nesse sentido, torna-se o objeto central.

O Direito aplica as consequências previstas ao cometimento de uma conduta regulada, vale dizer, extrai o resultado previsto na norma diante dos fatos conjugados⁵ no processo. Os fatos não são objeto do processo, consequentemente, não são elementos constitutivos da decisão judicial. Há no processo proposições (enunciados que expressam uma pretensão) acerca dos fatos. Esses são componentes da estrutura argumentativa da decisão.

Os enunciados serão verdadeiros se os fatos que dão apoio à proposição fática (enunciativa) ocorreram no mundo. Portanto, a proposição advém de uma avaliação de correspondência com os fatos ocorridos no mundo e o que foi deduzido no processo, com pretensão de verdadeiro.

É necessário estabelecer uma premissa central: o objetivo institucional do processo judicial é a busca da verdade (Taruffo, 2020, p. 189; Ferrer-Beltrán, 2022, p. 15). Não descuidamos dos percalços de se obter o conhecimento integral sobre os fatos, em razão das limitações humanas inerentes à apreensão da realidade e da indeterminação da própria linguagem, quanto à multiplicidade de sentidos possíveis, sendo inviável estabelecer normas gerais para qualquer situação específica do cotidiano.

A busca da verdade visa justificar a aplicação de uma norma jurídica que regula um fato juridicamente relevante a partir da sua ocorrência no mundo. Óbvio, se o fato regulado pela norma jurídica não ocorreu, exigir sua aplicação seria agir em contrariedade ao Direito, o que deslegitimaria sua aplicação. Ninguém aceitará ser condenado por algo que não fez.

Para alcançar a verdade, ao máximo possível (Ferrer-Beltrán, 2021, 109), é preciso estabelecer exigências racionais de averiguação dos fatos constituídos nos processos. A decisão judicial só estará legitimamente justificada se a norma aplicada ao fato pressupõe o valor de verdade quanto à proposição que afirma ou infirma a ocorrência do fato. Explico, não há fatos no processo judicial, há enunciados (proposições) acerca dos fatos, sobre os quais se atribui valor de verdade ou falsidade. O fato será provado se há provas suficientes em favor da proposição que afirma ter ocorrido o fato, sendo ela verdadeira.

Não parece legítimo juridicamente defender uma ação judicante que determine um resultado sancionador se a proposição fática correlacionada à premissa maior não tiver ocorrido no mundo. De igual maneira, não é justificável racionalmente aplicar penas ou sanções que não estejam contidas na norma, ou fraudar operações interpretativas que congreguem

5 A prova judicial provém da reunião de um conjunto de elementos proposicionais que afirmam ou infirmam a hipótese fática aventada, a qual se busca o correspondente jurídico: a responsabilidade prevista na norma jurídica.

a estrutura argumentativa do processo para aplicar normas que não sejam condizentes com a premissa fática, ou que não tenham sido provadas suficientemente.

Para que haja correção acerca da motivação da decisão, é necessário estabelecer outros parâmetros justificativos, que alcancem igualmente a premissa maior, a premissa fática e a conclusão extraída, com fins à legitimação da decisão, à proteção de valores constitucionais e de garantias e de liberdades.

Os parâmetros da motivação judicial adequada são concernentes, também, à justificação externa das decisões, os quais deslocam o eixo hermético da análise jurídica para uma congregação de verificadores, que necessitam ser avaliados racionalmente. Tal tese encontra respaldo em Michele Taruffo (2011). A acerca da valoração racional das provas, diz Taruffo:

Esta função da racionalidade pode ser essencialmente explicada de duas maneiras: *ex ante*, na medida em que o juiz controla a base do seu próprio raciocínio sobre a prova, desenvolvendo-a através de critérios racionais ou, em qualquer caso, tomando cada passo, para além do raciocínio completo, com base nestes critérios. *Ex post*, na medida em que a validade do raciocínio do juiz pode ser posteriormente verificada por outros sujeitos, através dos mesmos critérios, através do controle do raciocínio dos julgamentos de fato.

No que diz respeito à individualização dos critérios de racionalidade que podem servir de controle para a avaliação das provas, não é obviamente possível indicar uma lista completa dos mesmos, vinculativa e válida para todos os contextos e para todos os sistemas [...] (Taruffo, 2011, p. 422, tradução nossa).

É possível extrair que a verdade das proposições fáticas submetidas ao processo opera um critério de correção de julgamento. Ao menos, deve-se garantir a capacidade de se acercar ao máximo possível da verdade⁶. Em termos conceituais, a averiguação racional dos fatos no processo pressupõe a correção epistêmica da premissa menor do silogismo judicial, que consiste em adotar considerações de um tipo específico: as razões epistêmicas que se acercam, ao máximo possível, do que ocorreu. Nas palavras de Marina Gascón Abellán (2010):

Que a premissa maior do raciocínio judicial deva estar formada precisamente por fatos, por uma realidade factual que ao menos se supõe comprovada como qualquer fenómeno histórico ou natural e não por misteriosos desígnios divinos ou de sorte, sem dúvida há de representar uma transformação importante, ainda que paulatina: das ordálias ao sistema de prova taxada, até o modelo de livre valoração, que assenta uma concepção probabilística do conhecimento, em alguns aspectos revela um processo de continuidade em que cada novo período conserva resíduos do anterior. Seja como for, uma vez assentado que a constatação de certos fatos constitui o fundamento de aplicação da norma, o problema surge na hora de determinar possibilidades ou limites do conhecimento, ou seja, o que poderíamos chamar de epistemologia judicial dos fatos. (Abellán, 2010, p.16-17, tradução livre).

6 Para fins de conceituação de verdade, adotarei neste estudo o conceito de verdade como correspondência. Veja Ferrer-Beltrán (2021, p. 17).

A justificação interna do raciocínio judicial, notadamente, exige a justificação externa das proposições fáticas, sob pena de vulnerar o objetivo institucional do processo: a busca da verdade, como estamento de justiça e correção da decisão judicial. De outro modo, a mensagem passada à cidadania é de que o Direito serviria à decomposição de normas, em razão do exercício do domínio público injustificável e arbitrário. As deformações do sistema, então, passariam a ser métodos de realização dele.

Certamente, as dificuldades inerentes à epistemologia geral explicam que não é possível acobertar toda ordem de justificação racional das decisões. O mesmo ocorre nas decisões judiciais. Entretanto, deve-se considerar a capacidade justificativa da amostragem fática – o conjunto de elementos informacionais admitidos no processo –, o que perfaz um selo de acreditação ao esforço dos empiristas⁷ em demonstrar que a fatia de observação e de verificação de fatos por meio de inferências válidas pode resultar em conhecimento necessário e seguro sobre a realidade. É o que ocorre no processo.

O modo de interpretar os fatos no processo, adicionalmente, carece de modelos normativos. Jordi Ferrer-Beltrán (2007, p. 29-30) defende que a busca pela verdade é um ideal regulativo do processo, condizente com seu caráter teleológico. Se esse ideal não for satisfeito, não pode haver a função motivadora do Direito.

O caráter normativo que condiciona a justificação da decisão à correta conjugação da premissa normativa frente a uma determinada premissa fática é o que consiste na motivação da decisão judicial, apenas, se houver uma justificação externa, de índole epistêmica que lhe dê suporte.

A epistemologia serve-nos como sistema de ordenação e apreensão de conhecimento válido acerca dos eventos ocorridos no mundo, no tocante à averiguação da justificação racional das crenças havidas como verdadeiras (Ferrer-Beltrán, 2007, p.97). Especificamente no âmbito jurídico, a epistemologia se funde a outros deveres jurídicos, dotados de um gênero comum de garantia, o que parece condizente com a aplicação de normas visando a realizar os fins pretendidos pelo ordenamento jurídico instruído a partir da concepção racionalista da prova, no âmbito do devido processo constitucional.

3 Breves críticas conceituais acerca do *standard* probatório “dúvida além do razoável”

Antes um alerta, é preciso voltar aos trilhos seguros da doutrina, restabelecer o Estado Democrático de Direito e o producente desenvolvimento científico do direito processual penal. Caso contrário, rumamos à arbitrariedade e os excessos punitivos, fomentados pelos controladores de organizações que tentam se projetar por meio da justiça criminal.

Os *standards* probatórios expressam o grau de suficiência para considerar provada uma determinada hipótese probatória, o que equivale a assentir que existem elementos de prova suficientes para aceitarmos como verdadeira a hipótese acerca da determinação dos fatos (Ferrer-Beltrán, 2021, p.22), balizando as proposições fáticas concernentes ao processo quanto ao grau de apoio, ou de correspondência, entre as proposições e os fatos havidos no mundo que elas ilustram. Trata-se de normas capazes de estabelecer qual o grau de confirmação necessário para considerar provada a hipótese fática, em termos de acreditar ter ha-

7 Nesse sentido, cfr. Gascón Abellán (2010, p. 18). A autora recorre ao grau de apoio empírico ofertado pelas proposições derivadas dos fatos. Em especial, são úteis as formulações de Hempel acerca do “método das hipóteses” (Abellán, 2010, p. 21) para justificar a confiança dos dados empíricos de modo a fundamentar racionalmente o conhecimento acerca dos fatos havidos, em termos da capacidade de inferir proposições fáticas correspondentes aos fatos ocorridos no mundo, utilizando-se métodos de raciocínio indutivo, ou seja, partindo-se de informações incompletas acerca do objeto para generalizações válidas, ainda que concernentes às condições precárias do alcance do conhecimento.

vido correspondência entre o enunciado probatório e a realidade. Os *standards* probatórios referem o padrão de suficiência.

Há três momentos centrais da atividade probatória: (i) a conformação do conjunto de elementos informacionais no processo; (ii) a valoração das proposições fáticas; e (iii) a decisão sobre os fatos no processo (Ferrer-Beltrán, 2021, p.28). O primeiro diz respeito à reunião das proposições fáticas admitidas no processo, portanto, aquelas que ultrapassam o filtro de admissibilidade previsto na norma processual cogente.

O desenho institucional deve promover o ingresso do maior número de provas relevantes no processo, em razão do objeto de prova, o que se quer provar. Deve-se admitir elementos informacionais consistentes, em razão da sua coerência e pertinência, o que permitirá a realização de inferências vinculadas à proposição fática deduzida. Os enunciados acerca dos fatos devem ser capazes de aportar informações necessárias para a averiguação daquilo que ocorreu empiricamente, bem como instituir barreiras de admissão capazes de proteger interesses inerentes ao Direito, visualizados no âmbito do sistema jurídico respectivo. Por exemplo: deve-se proibir o ingresso de proposições obtidas mediante tortura ou ilícitos.

A valoração das provas ocorre, em primeira linha, a partir de inferências que se debruçam a cada proposição, individualmente, o que equivale à análise quanto à fiabilidade da prova – sua correção epistêmica – e à corroboração de que as proposições fáticas individuais aportam às hipóteses fáticas deduzidas.

Posteriormente, atribui-se valor às inferências probatórias que dão apoio ao conjunto de hipóteses deduzidas, o que se faz mediante investigação acerca da cadeia de argumentos deduzidos no processo, os quais afirmam ou infirmam a pretensão judicial, determinando qual o grau de justificação que as provas conjuntamente aportam às hipóteses fáticas que se vinculam à pretensão. A valoração dos fatos estipula o grau de corroboração da hipótese, mas nada diz acerca de que grau será suficiente para considerar provada a hipótese, apta a ensejar a aplicação da norma jurídica que a regula.

A rigor, os *standards* probatórios não contêm exigências metodológicas de averiguação orientadas pela epistemologia, mas as pressupõem, o que equivale dizer que essas exigências foram observadas no momento anterior, na valoração dos fatos. No processo judicial, as decisões acerca dos fatos são alcançadas por meio de operações cognitivas – raciocínios – realizadas mediante inferências racionalizáveis⁸ e intersubjetivamente controláveis⁹ e pressupõem, ao fim, ter satisfeito o grau de confirmação inferencial capaz de justificar a decisão sobre os fatos, asseverando que a hipótese está provada ou que houve correspondência entre as proposições fáticas deduzidas no processo e aquilo que ocorreu na realidade empírica.

Diego Dei Vecchi (2020, p.129), ao seu turno, reforça o vínculo conceitual que os *standards* possuem com a valoração da prova¹⁰. Tal asserção se sustenta em razão de a avaliação de suficiência requerer a validação das proposições fáticas mediante um filtro qualificador,

8 Refiro-me a “racionalizáveis” no sentido de promover metodologias de análise que passaram por crivos da epistemologia, das regras da lógica, dos conhecimentos científicos afiançados por comunidades de especialistas acreditadas, das máximas de experiência e dos conhecimentos cuja categoria pode ser avaliada em razão do seu rigor metodológico.

9 Ferrer-Beltrán (2021, p. 58) assevera que o controle intersubjetivo permite a outro investigador interessado avaliar a correção do argumento, a partir do teor e da metodologia aplicados.

10 Dei Vecchi (2020, p. 129) defende haver uma interrelação entre os sistemas de valoração probatória e os graus de suficiência para considerar provada uma hipótese fática (os *standards* de prova). Os *standards*, explica o autor, são critérios normativos que fixam umbrais de suficiência acerca das razões pertinentes que autorizam aceitar justificadoamente um determinado enunciado fático como verdadeiro. Os sistemas de valoração dos fatos, notadamente, determinam a índole de fatores que aportam critérios justificadores aos enunciados, sobre os quais se opera a barragem da suficiência dado o grau de confirmação epistêmica alcançado.

epistemicamente justificado. Nesse sentido, os *standards* probatórios assumem a função de decisão sobre os fatos, expressados por proposições submetidas à prova, por sua vez, avaliadas quanto aos graus de confirmação que ofertam à consecução das hipóteses deduzidas, o que remete à ideia de aplicação de metodologia decisória que pressupõe a valoração racional dos fatos, em consonância com determinada escolha de política judicial¹¹.

Jordi Ferrer-Beltrán (2021) defende que a formulação de *standards* probatórios é condizente com uma distribuição do poder. A exigência de decidir mediante regras gerais e metodologicamente afiançadas deixa de situar uma concentração de poder na mão do decisor, o que possibilita o controle da correção da aplicação das regras de decisão sobre os fatos. Nas palavras do autor, tal exigência limitaria o “poder arbitrário dos órgãos jurisdicionais” (Ferrer-Beltrán, 2021, p.59).

Os critérios de decisão instituídos a partir de *standards* probatórios tornam possível prever o resultado da decisão judicial, se considerarmos satisfeitas as exigências epistêmicas e institucionais quanto à admissibilidade das provas contidas no acervo probatório disponível, se houver critérios racionais e intersubjetivamente controláveis da valoração da prova e aplicação dos graus de suficiência probatórios, o que permite aos sujeitos do processo “tomar decisões racionais autônomas” (Ferrer-Beltrán, 2021, p.59).

Jordi Ferrer-Beltrán (2021, p.59) elenca quatro vantagens em favor da aplicação de *standards* probatórios no processo judicial: (i) iniciar um processo havendo previsibilidade quanto à solidez das provas disponíveis a favor ou contra a pretensão submetida a juízo, o que permite estabelecer uma probabilidade de ganhar ou perder o caso; (ii) auxiliar no desenho de estratégia processual probatória adequada para satisfazer o nível de suficiência probatório exigido; (iii) realizar acordos entre as partes, em razão das probabilidades claras de que cada um tem a seu favor; e (iv) exercer o direito a recurso, alegando erros na valoração da prova e quanto aos critérios de suficiência aplicados ao caso concreto.

Os graus de confirmação da hipótese fática, objeto do raciocínio judicial realizado por meio de inferências que adotam as bases conceituais da concepção racionalista da prova, admitem um escalonamento. Há níveis de corroboração, em razão do grau de confirmação que as proposições fáticas aportam à hipótese deduzida. Não se trata, todavia, de um escalonamento mensurado a partir de grandeza matemática, mas do resultado do raciocínio formulado em termos de probabilidade indutiva, capaz de justificar racionalmente um avanço ou uma retração quanto ao grau de confirmação da hipótese fática em função daquilo que ocorreu no mundo. O raciocínio probatório deve ser capaz de responder se a hipótese fática detém a maior probabilidade de expressar aquilo que ocorreu.

Giovanni Tuzet e Canale definem os *standards* probatórios como “umbral de justificação de uma premissa fática” (Canale; Tuzet, 2021, p. 71), o que equivale à definição de limiares que consistem no grau mínimo que determinada hipótese deve assentar para se considerar provada.

Para além de compreender o que são os *standards* probatórios, Ferrer-Beltrán (2021) aduz às funções essenciais que possuem: (i) aportam critérios de justificação à decisão judicial; (ii) servem de garantia para as partes, quanto às técnicas e aos métodos de correção probatória dos quais dispõem; e (iii) distribuem os riscos de erros entre as partes, contingencialmente (Ferrer-Beltrán, 2021, p. 109).

Dois condicionantes fazem-se operantes: (i) a existência de diversos momentos probatórios progressivos que exigem a superação de graus de suficiência (*standards*) distintos; e (ii) a suficiência probatória aporta critérios de justificação às decisões judiciais e promove

11 O grau de suficiência probatória para considerar provada ou não uma hipótese fática é de ordem política, em razão de o poder de punir derivar da concepção de monopólio persecutório do Estado, ou seja, da realização de um poder de aplicar uma responsabilidade jurídica vinculada ao fato.

garantias às partes, atuando de maneira contextual¹² frente à distribuição dos riscos de erros no processo.

Os *standards* aportam critérios de validade e correção à justificação racional da decisão judicial, o que equivale a atestar que estão presentes os pressupostos de validade da decisão, quanto às exigências metodológicas que prescrevem motivação racionalmente adequada.

Em sentido contrário, o Supremo Tribunal Federal e a Procuradoria-Geral da República entabularam outros conceitos, com a vaguidade quase accidental, acerca do que seria um *standard* probatório e como é o rigor necessário à aplicação. O *standard* Além da Dúvida Razoável impende maior esforço para condenar. Ao contrário, entendeu a Procuradoria-Geral da República, no bojo da Ação Penal n. 1015/DF, caso paradigmático, que¹³:

No mérito, é importante sedimentar, inicialmente, considerações sobre o padrão probatório adequado ao caso concreto, levando em conta tanto a admissibilidade da prova indiciária quanto a da prova para além da dúvida razoável, em vista das modernas contribuições da jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal, da doutrina e do direito comparado acerca da matéria. (Brasil, 2020).

Inadvertidamente, ignora a análise ôntico-fundamental¹⁴ (Heidegger, 1977, p. 37), do que seja uma “dúvida acima do razoável”. A alegação é a de há necessária adequação ao *standard*, sem indicar, todavia, quais os métodos e critérios de decisão foram utilizados. Não há referência às dimensões que justificam a decisão quanto à suficiência do grau de confirmação da hipótese fática. Da forma apresentada, há mero recurso retórico.

Uma vez mais, enfaticamente, a Procuradoria-Geral da República assevera que “exigir prova indene de qualquer dúvida possível para a prolação de édito condenatório é mais do que um aceno à impunidade: é exigência efetivamente incompatível com os limites da racionalidade humana”. Nenhum argumento há sobre o grau de suficiência necessário, igualmente, não há definição quanto ao grau de confirmação que as proposições fáticas aportam à justificação da hipótese inculpatória.

Um diálogo conceitual sistematizado aponta fundamentos deontológicos que afastam a aplicação do *standard* “além da dúvida razoável”. O primeiro é de que o critério de decisão referido está apoiado na crença de confiança acerca da culpabilidade do acusado, tornando apropriada a decisão condenatória caso haja firme convicção do julgador.

Vale registrar que o argumento emprega substrato atinente à formulação de certezas morais, que não são racionalmente controláveis. A certeza moral está calcada em padrões éticos e elementos aderentes à moralidade, distantes, portanto, dos parâmetros metodológi-

12 Ferrer-Beltrán (op. cit., p. 121) justifica sua asserção em favor da contingência dos *standards* de prova para fins de diminuição de erros judiciais, em razão dos fatores múltiplos a serem considerados que não se esgotam na superação do grau de suficiência probatória. Entre eles, destaco o desequilíbrio do poder probatório entre as partes e a assimetria de poderes probatórios e informações, notadamente, quando se vislumbra os acordos de culpabilidade. O autor recomenda duas estratégias que impactam os erros judiciais: (i) a diminuição dos riscos de erros frente à adoção de estratégias que maximizem a inclusão de provas relevantes e fiáveis no processo; e (ii) a distribuição do risco de erro entre as partes.

13 Refiro-me à Ação Penal n. 1015/DF, que congrega o tema sob um viés de confirmação de decisões anteriores do STF, que aplicam critério de decisão que nomearam aleatoriamente de *standard* de prova Além da Dúvida Razoável.

14 Heidegger assim define a ontologia fundamental: “necessidades concretas de um perguntar determinado e do modo de tratamento exigido pelas ‘coisas mesmas’” (Heidegger, 1977).

cos aplicados às inferências racionais. A questão é de difícil conceituação e se desenvolveu jurisprudencialmente com percalços e imprecisões:

Es difícil, si no imposible, definir el término “duda razonable” de um modo que satisfaga a uma mente aguda y metafísica, aferrada a detectar algún punto débil, sin importar cuán tenue sea, del que se pueda colgar uma crítica¹⁵.

A questão central baseia-se na adoção de crenças precárias, cujo conteúdo pouco se pode precisar, mas que produzem uma posição de certeza apta a ensejar uma decisão judicial, guiada por experiências práticas e pessoais, portanto, com deficiências epistêmicas que reduzem o campo de controle inferencial. Com razão, Larry Laudan assevera que a dúvida acima do razoável constitui parâmetro “obscuro, incoerente y pantanoso” (Laudan, 2013, p. 61).

Tem-se, reflexamente, um critério de decisão probatória volátil e afeto às classes substantivas dos fatos, às percepções individuais dos julgadores, que não interessam à decisão judicial racionalmente formulada. Permitir-se-ia, ao consentir com o estabelecimento de um *standard* que não foi metodologicamente formulado embutir no ordenamento nacional a fixação de grau de suficiência para considerar provada uma hipótese fática cujos parâmetros de averiguação não respondem às exigências quanto à fiabilidade das proposições e sua correção, assegurada pela observância de regras da epistemologia, a adoção de regras da lógica, dos conhecimentos científicos devidamente acreditados e as máximas de experiências, que instituem ferramental para a averiguação dos graus de apoio que as proposições ofertam, considerando a capacidade de justificar racionalmente a hipótese fática deduzida.

Exemplo prático¹⁶ de aplicação do *standard* Além da Dúvida Razoável, durante instrução de julgamento aos jurados, realizada pelo juiz togado, foi orientado que se deveria declarar a culpa se a partir da hipótese fática deduzida, não houver hesitação em confiar por parte do julgador, o que consubstanciaria uma prova convincente. Consequentemente, entendeu a Suprema Corte Americana¹⁷ que essas balizas conceituais não permitiam a utilização da Dúvida Além do Razoável (Beyond a Reasable Doubt), por imprecisão do critério de valoração utilizado.

Certamente as razões intrínsecas – os fatos mentais – da hesitação perfazem matérias diferentes daquelas referentes à análise racional dos fatos, também, há distorções comportamentais possivelmente ativadas por critérios sensoriais, culturais, que contaminam a percepção individual. O que é inegável é a incompatibilidade desses critérios para racionalização do processo penal acusatório. Serve como exemplo o caso da esposa que não chora no velório do marido e, por não ter demonstrado emoções compatíveis com o juízo moral consuetudinário, conclui-se que é a assassina dele. Vejamos a lição da doutrina:

Después de todo, BARD* supuestamente debería implantar un servero umbral para condenar, más alto que aquel que habitualmente insistimos em satisfacer em nuestras vida y asuntos privados¹⁸. (Laudan, 2013, p.71-72).

15 *McCue v. Commonwealth*, 103 Va. 870: 1002 (1905). Tradução livre: É difícil, se não impossível, definir o termo “dúvida razoável” de um modo que satisfaça uma mente aguda e metafísica, apegando-se a detectar um ponto fraco, por mais tênue que seja, a partir do qual uma crítica possa ficar pendente.

16 Referimo-nos ao paradigmático caso *Holland v. US*, Suprema Corte Americana, 348 US 140 (1954).

17 Há outros julgados paradigmáticos que tratam da questão, como o emblemático *Carr. V. State*, 23 Neb.. 749: 750 (1988) e *State v. Dauphinee*, 121, Pa. Super. 565:590 (1936).

18 Tradução livre: Afinal, o BARD* supostamente deveria implantar um limiar severo para condenar, su-

O que se tem é uma vã tentativa de fazer prevalecer convicções personalíssimas acerca da prova, que se reforça frente à abstração da realidade para que a empreitada persecutória se sagre vencedora. O *standard* da Dúvida Acima do Razoável, nos moldes referidos, abdica de estabelecer parâmetros seguros que confiem os critérios de valoração da prova, fomentando níveis baixos de confiança tão somente para atingir a culpabilidade do réu. Vejamos o que diz Laudan, contrariamente à aplicabilidade aventada:

Finalmente, un estándar de prueba tan demandante como el de “más allá de toda duda razonable” prescribe a los jurados absolver al acusado incluso cuando piensen que es probablemente culpable, dado que sólo una creencia firme e indubitable de su culpabilidad justifica la emisión de una condena¹⁹. (Laudan, 2013, p.60).

Outra vertente conceitual advém do reconhecimento da eficiência desse *standard* probatório quando há estabilidade da percepção de culpabilidade, oxigenando a certeza moral, dessa vez, associando o tempo à força da certeza moral. Mais uma vez, o critério aplicado não é condizente com um sistema racional de averiguação dos fatos. Se estivermos a falar de tempo como critério de confirmação da hipótese, qual o transcurso temporal ideal para se perfectibilizar uma certeza que supera a dúvida, para fins de condenação? Qual tempo seria necessário para uma prova induzir uma certeza razoável?

Se adotarmos o critério temporal como requisito da certeza, refutaremos as convicções probatórias imediatas, mesmo que essas carreguem inferências racionais mais contundentes. Não parece razoável. Acompanha-nos, novamente, Larry Laudan: “No obstante, la perdurabilidad de esta creencia, o mi tenaz insistencia en aseverarla, tienen muy poco que ver con establecer si está racionalmente fundada o no²⁰” (Laudan, 2013, p.72).

O anseio de aplicar o *standard* convencionado, cujo alicerce normativo estaria, alegadamente, no Art. 66, 3 do Decreto nº 4.388/2002, o Estatuto de Roma, também detém sérias inconsistências. O que se tem é um comando normativo cuja diretriz aponta para uma exigência de carga probatória maior. Ainda, uma norma cujo conteúdo está esvaziado, dado que carece de taxatividade²¹ no ordenamento positivo nacional. A porosidade da norma internacional, especificamente no caso brasileiro, escancara, ainda mais, as inconsistências de aplicá-la sem cuidadosa análise crítica.

Outro enfoque pernicioso é de que a Dúvida Além do Razoável subscreve uma análise probabilística, ou seja, de que a ocorrência do fato estará provada se houver uma crença quantitativamente provável de que o fato ocorreu. O risco é de se admitir uma mera plausibilidade ou a simples verossimilhança como prova suficiente para condenação, o que coloca em xeque o próprio sistema de justiça criminal, pois os sistemas probabilísticos não detêm índice integral de acerto, o que obriga admitir que haverá réus com condenações erradas, baseadas no *standard* Dúvida Além do Razoável.

Conforme asseveram Terence Anderson, David Schum e William Twining (2015): “en el derecho, sólo en raras ocasiones pueden determinarse las probabilidades a través del

perior ao que geralmente insistimos em satisfazer em nossa vida e assuntos particulares. (Laudan, 2013, p. 71-72).

19

20 Tradução livre: No entanto, a durabilidade dessa crença, ou minha tenaz insistência em afirmá-la, tem muito pouco a ver com estabelecer se ela é racionalmente fundamentada ou não. (Laudan, 2013, p 72).

21 Exemplos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: AP 580/SP e AP 676/MT.

cálculo de la frecuencia com la que algún evento há ocurrido en el pasado²² (Anderson; Schum; Twining, 2015, p.303). Certo é que se torna tarefa dificilmente aceitável estipular graduações numéricas, numa escala convencional.

A fixação de escalas numéricas para enunciados que expressam condutas humanas é contraepistêmico. Não é possível atribuir valor de verdade fixando cifras probabilísticas aos comportamentos complexos atinentes à vida comunitária. Nesse sentido, Lawrence Tribe (1971) aponta três pontos contrários ao uso de probabilidades numéricas pelo Direito:

1) Para efectos de la comunicación, mientras pueda asumirse que los jueces y jurados carecen de competencias matemáticas sofisticadas, no debiese ser utilizado, para dirigirse a ellos, un lenguaje que no pueden comprender; 2) los argumentos matemáticos tienden a ser demasiado seductores o a causar prejuicios porque las variables cuantificadas, aparentemente, tenderán a desplazar a las variables no-cuantitativas ‘blandas’; y 3) es politicamente inadecuado cuantificar ciertas materias, tales como un nivel aceptable de riesgo de condena de un inocente²³. (Tribe, 1971).

Cumprir estabelecer, ainda, que a probabilidade é mensurada por eventos certos que são representados por valores numéricos escalonados, que se alteram quando há ingresso de novas informações, sem transparência e controle acerca do método de atualização e recálculo das estimativas probabilísticas, após nova informação.

Há uma aparente solução, utilizando-se o Teorema de Bayes, segundo o qual se parte da probabilidade *à priori*, que expressa o grau de segurança de que uma proposição é verdadeira antes de considerarmos o ingresso de uma nova prova; após aplica-se o cálculo das probabilidades condicionadas inversas, que permite expressar a força que esta nova prova possui para mudar a probabilidade prévia.

Sem embargos, em síntese apertada, nota-se que a aplicação do Teorema de Bayes é incompatível com o sistema constitucional orientado pela presunção de inocência. A aplicação do teorema exige firmar *à priori* uma probabilidade inculpatória diferente de 0 (zero).

Acerca da inviabilidade de usar escalas probabilísticas numéricas no raciocínio probatório, Jordi Ferrer-Beltrán explica: “[...] la probabilidad estadística no disse nada acerca de los hechos individuales sino unicamente de las frecuencias²⁴” (Ferrer-Beltrán, 2007, p.102). É crucial para os fins dedicados ao processo que sejam ampliadas as exigências probatórias, aumentando-se os requisitos e filtros inferenciais necessários para confirmar a pretensão acusatória.

A formulação de *standards* probatórios, considerando sua função de aportar elementos justificadores à decisão judicial, prescreve a adoção de um sistema que instala dispositi-

22 Tradução livre: Na lei, raramente as probabilidades podem ser determinadas calculando a frequência com que algum evento ocorreu no passado (Anderson; Schum; Twining, 2015, p.303).

23 Tradução livre: 1) Para fins de comunicação, enquanto se pode presumir que juízes e jurados não possuem competências matemáticas sofisticadas, eles não devem ser usados, para abordá-los, uma linguagem que eles não podem compreender; 2) os argumentos matemáticos tendem a ser muito sedutores ou a causar preconceito, porque os quantitativos, aparentemente, tenderão a deslocar as variáveis não-quantitativas ‘soft’; e 3) é politicamente inadequado quantificar certos itens, como um nível aceitável de risco de condenação de um inocente. (Tribe, 1971).

24 Tradução livre: E a resposta não pode ser diferente de negativa pelas razões já explicadas sobre seus campos de aplicação: a probabilidade estatística não revela nada sobre os dados individuais, mas apenas as frequências. (Ferrer-Beltrán, 2007, p. 102).

vos de autocontrole e de regulação da averiguação dos fatos, operados mediante uma certificação de validade racional, intersubjetivamente controlável, a valoração fática.

Larry Laudan defende a tese de regulação racional por meio dos *standards* probatórios ao estabelecer que se deve operar frente a uma necessária estrutura regulatória os processos de averiguação, e, igualmente, instituir metodologias de aperfeiçoamento de um modelo epistemologicamente ótimo de valoração dos fatos no processo, ainda que contingencialmente. Laudan assevera que “aparentemente la idea es que una condena está justificada sólo si la teoría del caso ofrecida por el fiscal es plausible y no existe alguna teoría alternativa plausible que sea compatible con la inocencia del acusado”²⁵ (Laudan, 2011, p. 71).

Os *standards* probatórios supõem a existência de elementos justificadores racionais, que apresentam metodologicamente pressupostos verificáveis, os quais devem ser validados por normas procedimentais relativas à epistemologia, à lógica, aos conhecimentos cientificamente alicerçados e às máximas de experiências, efetivamente reconhecidas pela comunidade, como saberes transmitidos culturalmente e com forte apelo simbólico.

Os aparatos de controle e regulação referidos pelo autor se condensam em raciocínios que contêm capacidade justificativa: as inferências probatórias. Três pontos distintivos são caracterizadores da inferência probatória: (i) o fundamento, os requisitos para correção da cadeia de raciocínio; (ii) a finalidade, a conexão entre os fatos probatórios e a hipótese; e (iii) a força, o grau de solidez do argumento. A inferência é um enunciado que expressa uma regularidade, que tem como fundamento a associação mais ou menos regular entre os fatos e a hipótese. Ao seu turno, a conclusão das inferências deve ser sempre expressa mediante um grau de probabilidade lógica, ou indutiva, descartando as formulações numéricas estabelecidas pelo teorema de Bayon.

Tem-se, portanto, uma cifra gradual, instituída por cadeias de argumentos que estruturam o raciocínio judicial, conformando um umbral de suficiência. Daniel Lagier assevera que “permiten una comparación y ordenación del grado de justificación de diferentes hipótesis particulares, pero no una cuantificación numérica de su probabilidad” (Lagier, [s.d.], p. 87).

A função dos *standards* probatórios é, em realce: predizer quando a gradação é suficiente para considerar provada a hipótese. Três condições são necessárias: (i) não apelar a estados mentais (preferência de critérios objetivos); (ii) ser intencionalmente preciso; e (iii) enfrentar o problema da gradação do grau de confirmação não quantificável numericamente, adotando-se a probabilidade indutiva.

Jordi Ferrer-Beltrán (2021, p.29) defende que, para se considerar provada uma hipótese fática decorrente de um processo penal, é necessário estabelecer um modelo explicativo coerente, composto pelos fatos disponíveis, ordenados e qualificados de acordo com as hipóteses confirmadas por elementos informacionais fiáveis, aportados ao processo. Não só, é preciso que as hipóteses alternativas plausíveis se apresentem incompatíveis com a inocência do acusado.

O autor defende que a formulação de *standards* probatórios deve coexistir com o relativo risco de erro judicial, o qual deve ser suportado pelas partes (Ferrer-Beltrán, 2021, p.29). Para tanto, propõe a seguinte reflexão: (i) da gravidade dos erros judiciais (condenar inocentes ou absolver culpados), para que se possa distribuir os erros de acordo com o procedimento específico e direcional; e (ii) da dificuldade probatória inerente à averiguação da verdade.

Estabelecidas as premissas substanciais para formulação dos *standards* probatórios, passo a referendar os requisitos metodológicos apontados por Jordi Ferrer-Beltrán (2021), os

25 Tradução livre: “Aparentemente, a ideia é que uma condenação estará justificada, somente, se a hipótese oferecida pela acusação é plausível e não existe alguma hipótese alternativa plausível que seja compatível com a existência do acusado” (Laudan, 2011, p. 71).

quais suportam o rigor técnico necessário para os fins de estabelecer um marco de controle da averiguação da verdade, mediante o conjunto de elementos disponíveis no processo. São quatro os requisitos metodológicos apresentados por Jordi Ferrer-Beltrán (2021, p. 29-100): (i) a formulação deve apelar à capacidade justificativa do acervo probatório; (ii) os *standards* probatórios devem estar formulados de tal maneira que seja possível estabelecer um umbral de corroboração, que institua progressivos graus de exigência para cada momento probatório²⁶ ocorrido no processo; (iii) para formular o nível de exigência probatória, não é possível apelar a critérios probabilísticos matemáticos; e (iv) os *standards* probatórios devem ser formulados a fim de permitir uma escala de exigência progressiva, crescente.

Em realidade, o uso do critério de decisão acerca dos fatos reconhecido como Dúvida Além do Razoável passa ao largo da formulação de um *standard* probatório, nos contornos do marco teórico²⁷ assentado. Os argumentos que corroboram essa afirmação são: (i) não há norma que conceitue objetivamente o que seria a dúvida; e (ii) com igual imprecisão, não há definição objetiva do que deverá ser considerado como razoável. Esses defeitos são suficientes para impedir o reconhecimento de que o critério de decisão em análise seja considerado um *standard* probatório.

Vinicius Vasconcellos argumenta haver um vazio normativo sobre *standard* probatório no Brasil, asseverando que “o ordenamento processual penal brasileiro não possui previsão expressa de *standard* probatório para a condenação” (Vasconcellos, 2020, p. 2.). Percebe-se um cenário de “confusões e divergências na doutrina estrangeira”, o que afeta o quadro nacional. Vasconcellos defende que essa lacuna normativa e jurisprudencial implica reconhecer não haver critérios mínimos de decisão²⁸ sobre os fatos regulados por fontes de direito formais.

A consolidação publicitária do *standard* Dúvida Além do Razoável não acompanha o rigor técnico necessário para conceituação teórica do que vem a ser. No mesmo sentido, Vasconcellos tece críticas ao modelo:

Todavia, embora consolidada a necessidade de atenção ao *standard*, ainda restava pendente a definição do seu conteúdo de modo mais concreto. E, nesse sentido, aponta-se que a doutrina e a jurisprudência estadunidenses apresentaram posicionamentos confusos e divergentes em muitos momentos. (Vasconcellos, 2020, p. 11).

Para formular um *standard* probatório, é necessário estabelecer os critérios de decisão acerca dos fatos, necessários para considerar a hipótese fática provada, de maneira objetiva e precisa. No mesmo sentido, posiciona-se Larry Laudan (2006, p. 106 e ss.). Com maior ênfase, Jordi Ferrer-Beltrán assevera que:

[...] se a formulação do *standard* de prova tem um nível de imprecisão que não cumpre minimamente a função de estabelecer um umbral de

26 Jordi Ferrer-Beltrán (2007, p. 41 e ss.) distingue três momentos da atividade probatória: (i) conformação dos elementos de juízo; (ii) valoração das provas; e (iii) decisão judicial sobre as provas.

27 Refiro-me à formulação proposta por Jordi Ferrer-Beltrán (2021, p. 29 e ss.).

28 Vinicius Vasconcellos (2020, p. 13) faz correta diferenciação quanto à necessidade de se estabelecer *standard* probatório para fins de condenação, empreendendo esforço teórico para ajustá-lo além da dúvida razoável às modulações de critérios de decisão existentes no Brasil. Tal comentário é necessário em razão de haver diversos *standards* probatórios, desenhados em razão dos diversos momentos em que há decisões sobre os fatos no processo. No tópico seguinte, desenvolverei o tema, sendo suficiente afirmar que deve haver *standards* probatórios distintos e progressivos, em relação ao nível de exigência estabelecido.

suficiência probatória, a partir do qual uma hipótese pode e deve se considerar provada, não merece o nome de *standard* de prova. Ferrer-Beltrán, 2021, p.26, tradução nossa)²⁹.

Sobre o tema, Ademar Borges dialoga com a aplicação do critério de decisão conhecido pelo Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2016) como prova além da dúvida razoável. O autor reconhece a vaguidade do tratamento do tema na jurisprudência brasileira, fazendo constar a diferença entre considerar que houve a superação de um estado de incerteza e a definição de critérios objetivos de decisão acerca da suficiência para considerar provada a hipótese inculpatória. Borges assevera que:

A jurisdição constitucional brasileira, nesse campo, tem emprestado adesão, em linhas gerais, ao *standard* da prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) como condição para a superação do estado de inocência do acusado. Apesar das numerosas referências a esse parâmetro pela jurisprudência do STF, permanece presente o risco de que sua invocação apresente um caráter retórico, expressando, não raramente, um mero recurso a um *topos*, sem caráter sistemático ou conteúdo definido. A utilização da estrutura argumentativa da prova além de qualquer dúvida razoável pode esconder uma nova forma de reprodução de indesejável subjetivismo no campo da justiça penal: se afirma que a condenação só é válida se passar pelo filtro da prova para além da dúvida razoável, sem que isso represente um efetivo controle sobre a racionalidade da sentença condenatória. (Sousa Filho, 2022, p. 194).

Dois argumentos são necessários para opor a tese de incorporação de *standard* probatório pelo Supremo Tribunal Federal.³⁰ A exigência de aportar conhecimento capaz de superar o estado de incerteza inicial aduz a aceitação de critérios epistêmicos capazes de assentar a afirmação de que as provas aportam informações que prescrevem um juízo de probabilidade lógica em favor da hipótese fática ter ocorrido, o que se traduz no grau de corroboração da hipótese. Tais credenciais, todavia, dizem respeito à valoração da prova, nada dizendo a respeito de serem suficientes para considerar provada a hipótese.

4 Conclusão

O uso linguístico e popular de expressões jurídicas, cujo debate teórico tem longo alcance e profundidade, nada acrescenta ao desenvolvimento tópico e aperfeiçoamento prático. Os *standards* de prova assumiram protagonismo nas argumentações probatórias, todavia, restando apartada a perícia técnica e analítica do seu emprego. A repetição corriqueira de que determinada decisão aplicou um *standard* probatório não o converte em tal, sendo necessário fazer uso de critérios metodológicos e direcionamento quanto as funções as quais se propõe.

29 Texto original: “si la formulación del estándar de prueba tiene un nivel tal de imprecisión que no cumple mínimamente la función de establecer un umbral de suficiencia probatoria a partir del cual una hipótesis pueda (y deba) considerarse probada, no merece el nombre de estándar de prueba.” (Ferrer-Beltrán, 2021, p. 26).

30 Tal afirmação, notadamente, observa a delimitação deste trabalho em razão do marco teórico adotado, conforme exposto anteriormente.

Indene de dúvidas, o *standard* Dúvida Além do Razoável é o mais problemático, seja por sua imprecisão conceitual, seja porque a popularização e o uso descuidado o transformaram em peça-chave para dar enchimento à argumentações jurídicas, sem a devida preocupação quanto a determinação dos fatos no processo e a correção das inferências probatórias.

Os standards probatórios pressupõem, rigorosamente, e não o contrário, que se tenha cumprido as exigências probatórias concernentes à observância de regras da epistemologia, dos conhecimentos científicos afeiçoados, das regras da lógica e das máximas de experiência para estabelecer o grau de confirmação que uma hipótese fática deve conter para ser considerada suficiente, o que equivale a dizer, apta a justificar motivadamente uma condenação ou absolvição.

Não havendo uma construção normativa contundente que expresse o umbral de suficiência necessário para considerar provada uma hipótese fática, não haverá *standard* probatório, queira dar o nome que desejais. A formulação de critérios de decisão sobre as provas, a seu turno, requer o atendimento das exigências metodológicas aptas a consentir com as funções essenciais dos *standards* probatórios: a) aportar critérios de justificação da decisão probatória; b) estabelecer garantias às partes; b) dispor contingencialmente sobre a distribuição do risco de erros no processo judicial.

Não havendo o cumprimento das exigências que instituem *standards* probatórios dentro de um marco racionalista, não haverá *standard* de prova propriamente dito. Não basta a mera importação de institutos internacionais, deve-se pagar a tarifa, o ônus de incorporar análises críticas para fins de propulsar seu uso, dentro de uma disciplina específica, concernente a cada ordenamento jurídico.

Referências

ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el Derecho**: bases argumentales de la prueba. 3 ed. Madri: Marcial Pons, 2010.

ABELLÁN, Marina Gascón. **O problema de provar**. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2022.

ACCATINO, Daniela. Teoría de la prueba: ¿somos todos racionalistas ahora? **Revus**, n. 39, 2019. Disponível em: <https://journals.openedition.org/revus/5559>. Acesso em: 12 mar. 2023.

AGUILERA, Edgar. Una propuesta de aplicación de la epistemología jurídica en la investigación del delito. In: BELTRÁN, J. F.; VÁZQUEZ, C. (ed.). **Del Derecho al razonamiento probatorio**. Madri: Marcial Pons, 2020.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Análisis lógico y Derecho**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALLEN, Ronald J. Los peligros de la investigación em derecho comparado. In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; VÁZQUEZ, Carmen (coords). **Debatiendo con Taruffo**. Madrid: Marcial Pons, 2016. Cap.I, p. 25.

AMADO, Juan Antonio García; BONORINO, Pablo Raúl. (coord.). **Prueba y razonamiento probatorio en Derecho**: debates sobre abducción. Granada: Comares, 2014.

ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. **Análisis de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Ação Penal nº 1.015/DF**. Relator: Min. Edson Fachin. DJ: 10 nov. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755376502>. Acesso em: 12 mar. 2023.

CANALE, Damiano; TUZET, Giovanni. **La justificación de la decisión judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2021.

CUMIZ, Juan; DEI VECCHI, Diego. **Estándares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos**: una aproximación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Madrid: Marcial Pons, 2019.

CUMIZ, Juan; TUZET, Giovanni. **La prueba en el marco del procedimiento penal**. Lima: Palestra Editores, 2021.

CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira. **Prisões preventivas da Operação Lava-Jato (2014-2017)**: pesquisa empírica e crítica garantista. 2021. 249 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2021.

DEI VECCHI, Diego. El carácter presuntivo de las presunciones absolutas. *Revus*, n. 38, dez. 2019. Disponível em: <http://journals.openedition.org/revus/5333>. Acesso em: 12 mar. 2023.

DEI VECCHI, Diego. **Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio**. Lima: Zela, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. Presunción de inocencia y prisión preventiva. In: MELLADO, J. M.; ALVA, J. L. C. (ed.) **Colaboración eficaz, prisión preventiva y prueba**. Lima: Universidad de Alicante, 2017.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prueba sin convicción**. Marcial Pons: Madrid, 2021.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. **Prueba y racionalidad de las decisiones judiciales**. Pachuca de Soto: CEJI, 2019.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, v. 4, n. 1, 2010. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2393>. Acesso em: 10 mar. 2023.

FERRER-BELTRÁN, Jordi; FENOLL, Jorgi Nieva; GIANNINI, Leandro J. **Contra la carga de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2019.

FERRER-BELTRÁN, Jordi; VÁZQUEZ, Carmen. (ed.). **Del Derecho al razonamiento probatorio**. Madrid: Marcial Pons, 2020.

FREIRIA, Thiago Turbay. Os *standards* de prova necessários para decretação de prisões provisórias em delitos econômicos. In: CALEGARI, A.; FONTENELE, M.; TURBAY, M. **Temas atuais de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2022.

FRICKER, Miranda. **Epistemic injustice**: power and the ethics of knowing. New York: Oxford University Press, 2007.

FRISCH, Wolfgang. Libre valoración de la prueba y estándar probatorio. Fundamentos históricos y de teoría del conocimiento. **Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania**, Göttingen, v. 1., n. 1, p. 53-81, 2016.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?** Lima: ARA Editores, 2009.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”. In: GRANDÉZ, Pedro.; MORALES, Félix (ed.). **La argumentación jurídica en el Estado Constitucional**. Lima: Palestra Editores, 2013.

HUSSERL, Edmund. **Investigações lógicas**: prolegômenos à lógica pura. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, v. 12, p. 257-300, 1992.

IBÁÑEZ, Perfecto Andres. Presunción de inocencia y prisión sin condena. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, a. 10, n.13, fev. 2009.

LAGIER, Daniel González. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba. **Revista Telemática de Filosofía del Derecho**, n. 23, 2020, p. 79-97.

LAGIER, Daniel González. Inferencias, incertidumbre y estándares en el ámbito probatorio. In: VÁZQUEZ, C. (coord.). **Hechos y razonamiento probatorio**. Pachuca de Soto: CEJI: 2018.

LAGIER, Daniel González. **Quaesti facti**: ensayos sobre prueba, causalidad y acción. Coyoacán: Editorial Fontamara, 2013.

LAUDAN, Larry. **El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal**. [s.l.]: Titi-villus, 2011.

LAUDAN, Larry. **Truth, error and criminal law**: an essay in legal epistemology. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006.

LAUDAN, Larry. **Verdad, error y proceso penal**: un ensayo sobre epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MASSENA, Caio Badaró. Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 3, p. 1631-1668, set./dez. 2021.

PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Standards probatórios no Direito Processual brasileiro**. 2020. 317 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. Presunção de inocência e a doutrina da prova além da dúvida razoável na jurisdição constitucional. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 8, n. 1, pp. 189-234, jan./abr. 2022.

STEIN, Alex. Contra la “prueba libre”. **Revista de Derecho**, v. XXVI, n. 2, dez. 2013.

STEIN, Alex. The refoundation of evidence law. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, v. 9, jul. 1996.

TARUFFO, Michele. **A prova**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **Hacia la decisión justa**. Lima: CEJI, 2020.

TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Madrid: Trotta, 2011.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Milão: Editorial Trotta, 2002.

TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad**: el juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TRIBE, Lawrence H. Trial by mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process. **Harvard L. Rev.**, 1971.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Standard* probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 16, n. 2, 2020.

VÁZQUEZ, C. (coord.). **Hechos y razonamiento probatorio**. Hidalgo: CEJI, 2018.

VIEIRA, Antonio. Riesgos y controles epistémicos en la delación premiada: aportaciones a partir de la experiencia en Brasil. In: BELTRÁN, J. F.; VÁZQUEZ, C. (ed.). **Del Derecho al razonamiento probatorio**. Madrid: Marcial Pons, 2020.

SELECCIONADOS



“

**O TELETRABALHO COMO
FERRAMENTA DE IMPLEMENTAÇÃO
DA JUSTIÇA 4.0 NA BAHIA**

”

ADIANE JAQUELINE NEVES DA SILVA OLIVEIRA
GEISA CRISTINA LEMOS SANTOS SOUSA

O TELETRABALHO COMO FERRAMENTA DE IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA 4.0 NA BAHIA

TELEWORKING AS A TOOL FOR THE IMPLEMENTATION OF JUSTICE 4.0 IN BAHIA

ADIANE JAQUELINE NEVES DA SILVA OLIVEIRA¹
GEISA CRISTINA LEMOS SANTOS SOUSA²

Sumário: 1 Introdução. 2 A Transformação Digital do Poder Judiciário e a Justiça 4.0. 3 O Regime de Teletrabalho. 3.1 Origem e definições do teletrabalho. 3.2 O teletrabalho no Poder Judiciário. 3.3 A experiência do tribunal de justiça do estado da Bahia com o teletrabalho. 4 Considerações Finais. Referências.

RESUMO

As críticas à prestação da atividade jurisdicional se amontoam há séculos, notadamente diante dos reiterados relatórios apontando a morosidade do Poder Judiciário. Nesse contexto, a utilização de tecnologias surge no cotidiano judicial, como forma de imprimir celeridade aos processos e de ampliar o acesso à justiça. A presente pesquisa investiga, portanto, a transformação digital que vem ocorrendo no Poder Judiciário brasileiro por intermédio da Justiça 4.0, alavancada pelo teletrabalho, e como essa ferramenta vem sendo utilizada pelos Tribunais em geral e, em especial, pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA). Busca-se ponderar a utilidade do teletrabalho na realização da justiça, apontando os desafios que esse modelo enfrenta e trazendo possíveis soluções para o aperfeiçoamento desse sistema. A conclusão a que se chega é a da necessidade de reformulação dos modelos de gestão judiciais, notadamente diante dos avanços experimentados com o uso do trabalho remoto. A metodologia empregada é de cunho exploratório e explicativo, com uma abordagem crítica no campo bibliográfico, utilizando o método dedutivo com levantamento de hipóteses.

Palavras-chave: Justiça 4.0; Poder Judiciário; inovação tecnológica; teletrabalho.

ABSTRACT

Criticisms of the provision of judicial activity has been piling up for centuries, notably in the face of repeated reports pointing to the slowness of the Judiciary. In this context, the use of technologies appears in the judicial routine, as a way of speeding up the processes and expanding access to justice. This research investigates, therefore, the digital transforma-

1 Mestra em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Universidade Federal da Bahia.

2 Bacharelada em Direito pela Faculdade Santo Agostinho de Vitória da Conquista - BA. Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil pela UniAmérica.

tion that has been taking place in the Brazilian Judiciary through Justice 4.0, leveraged by telecommuting and how this tool has been used by the courts in general and, in particular, by the Court of Justice of the State of Bahia (TJBA). We seek to consider the usefulness of telecommuting in the realization of justice, pointing out the challenges that this model faces and bringing possible solutions for the improvement of this system. The conclusion reached is the need to reformulate judicial management models, notably in view of the advances experienced with the use of remote work. The methodology used is exploratory and explanatory, with a critical approach in the bibliographic field, using the deductive method with hypothesis raising.

Keywords: Justice 4.0; Judicial Power; tecnologic innovation; Telework.

1 Introdução

A justiça brasileira diuturnamente se debruça sobre como encontrar métodos que possibilitem a prestação de um serviço mais eficaz, apto a efetivar os direitos daqueles que a buscam. Diante de unidades abarrotadas, com quadro de servidores deficitário, o judiciário é solo afluyente para a recepção de ferramentas que se propõem a contribuir para o seu desafogamento. Não por outra razão, o Conselho Nacional Justiça (CNJ), em parceria com outros órgãos, encampou um movimento de incorporação de tecnologias artificiais no escopo de aprimorar os serviços prestados aos jurisdicionais (Longuini; Denardi, 2021).

Objetivando a promoção do acesso à justiça digital, o Programa da Justiça 4.0 do CNJ, criado em 2021, busca a facilitação da justiça, com a criação de algumas políticas e sistemas, possuindo aplicação em quatro eixos, quais sejam: Inovação e Tecnologia, Prevenção e Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro e Recuperação de Ativos, Gestão de Informática e Políticas Judiciárias e Fortalecimento de Capacidades Institucionais do CNJ.

Ao se analisarem as práticas em funcionamento nos tribunais, é possível verificar que a transformação informática no Judiciário é um processo em movimento gradativo e, por assim dizer, um tanto quanto lenta. Em 2006, por meio da Lei nº 11.419, houve a informatização do processo judicial. Nos últimos três anos, verificou-se um avanço considerável no que se refere à modernização, inclusive com a Resolução nº 370/2021 do CNJ, que estabelece a estratégia nacional de tecnologia da informação e comunicação do Poder Judiciário (Rampin; Igreja, 2022).

A utilização de tecnologias surgiu no Poder Judiciário a partir da efetivação de novos hábitos, como forma de alavancar a prestação jurisdicional. Grandes exemplos de implementação da Justiça 4.0 são: a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (DATAJUD), criada pela Resolução nº 331/2020 do CNJ; o Balcão Virtual, instituído pela Resolução nº 372/2021 do CNJ; e a Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro (PDPJ-Br), instituída pela Resolução nº 335/2020 do CNJ.

Arelado ao programa Justiça 4.0, o teletrabalho, ainda que sua regulamentação já existia em outras esferas, ganha relevo como desdobramento do eixo Inovação e Tecnologia. Visando efetivar o princípio constitucional da eficiência, o teletrabalho surgiu como mais uma opção para atingir um serviço judicial de qualidade. Inicialmente restrito a alguns servidores e apenas em alguns Tribunais, como é o caso do “[...] Tribunal de Santa Catarina, que foi pioneiro, no âmbito estadual, a adotar a modalidade de teletrabalho” (Pereira; Oliveira, 2021, p. 8), o CNJ, em 2016, regulamentou esse regime por meio da Resolução nº 227. Todavia, foi apenas com a expansão da pandemia da covid-19, vivenciada a partir de 2020, que o regime de teletrabalho se tornou rotineiro.

No Estado da Bahia, a adoção do regime de teletrabalho não destoou da maioria dos Tribunais Estaduais. Foi em 2020 que foi estabelecido o regime de plantão extraordinário no âmbito do Poder Judiciário pelo CNJ, por meio da Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, quando houve a suspensão do trabalho presencial de magistrados, servidores, estagiários e colaboradores, todavia, mantendo-se o trabalho de forma remota.

Aviou-se, então, a permissão para execução de atividades em teletrabalho, inicialmente, apenas para as pessoas do grupo de risco, conforme Decreto Judiciário nº 211, de 16 de março de 2020, e, em seguida, estendendo a autorização aos demais. Ao final daquele ano, houve edição da Resolução nº 11 do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA), que instituiu o regime de teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário do Estado da Bahia para todos, objetivando, dentre outras coisas, melhorar a qualidade de vida dos servidores, reduzir os custos desses com o deslocamento ao local de trabalho, aumentar a produtividade, promover a sustentabilidade ambiental e garantir a prestação jurisdicional.

Noutro giro, com o surgimento dessas tecnologias, sobrevieram também adversidades, como a implementação e a efetividade dessas inovações. À vista disso, o enfoque principal desta pesquisa está em demonstrar o Regime de Teletrabalho como ferramenta da Justiça 4.0 e se justifica na necessidade de identificar as demandas ocasionadas pela implementação das atividades virtuais no meio jurídico, demonstrando seus obstáculos e analisando sua efetividade no dia a dia das comarcas baianas.

Na primeira seção, trataremos um breve apanhado de como a tecnologia tem transformado o Poder Judiciário, correlacionando com o programa da Justiça 4.0. Em seguida, abordaremos o regime de teletrabalho como ferramenta de inovação do eixo inovação e tecnologia da Justiça 4.0, apresentando dados e percepções desse sistema no judiciário baiano. Por fim, exporemos, nas considerações finais, a importância do regime de teletrabalho para a modernização do sistema jurídico.

2 A transformação digital do Poder Judiciário e a Justiça 4.0.

Ao se pensar na atividade fim desenvolvida pelo judiciário, era natural visualizar uma magistratura artesanal, personalizada, paulatina, para não se dizer lenta, e, na maioria das vezes, lindada no amadurecimento da causa. Por razões óbvias, esse formato já se provou obsoleto e incapaz de enfrentar o volume de petições que deságuam nas varas judiciais em frações de segundos.

Diversos esforços vêm sendo feitos no sentido de garantir o acesso à justiça e à efetividade da prestação jurisdicional, a exemplo do Pacto pelo Judiciário, assinado em 2004, pelos presidentes da República, do Senado, do Supremo e da Câmara, que se comprometeram a envidar e a criar mecanismos capazes de simplificar julgamentos, o que não se mostrou suficiente. Comprovadamente moroso, caro e ineficaz, o judiciário vivencia o que Gico (2014) chama de “tragédia do judiciário”.

Reforçando essa realidade, dados do *Relatório da Justiça em Números* de 2022 (CNJ, 2022), apontam que:

[...] os índices médios de produtividade de magistrados e servidores variaram positivamente no último ano, em 11,6% e 13,3%, respectivamente. As cargas de trabalho também cresceram. Para os (as) magistrados (as), o volume de processos médio sob sua gestão foi de 6.411, em 2021 (aumento de 11,6%), para os(as) servidores(as) que atuam na área judiciária, houve o crescimento na ordem de 6,4%, acumulando uma carga de 543 processos por pessoa. (CNJ, 2022, p. 117).

Diante desse panorama, buscando dar vazão ao volume de demandas, o judiciário teve de se readaptar, adaptando suas práticas às tecnologias experimentadas pela sociedade. Gradativamente, foi substituindo o processo físico pelo eletrônico, a partir da Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, lei essa que também passou a permitir a utilização da assinatura digital, alterando o artigo 164 do código de processo civil então vigente (Abreu, 2013). Para além disso, integrou diversos mecanismos tecnológicos aos serviços públicos adjudicatórios, a exemplo da implantação do Balcão Virtual, da Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ- Br), além do DataJud e do Codex.

Nesse contexto de informatização, criou-se o Programa Justiça 4.0 do CNJ, que consiste em uma iniciativa de parcerias do CNJ, com entidades jurídicas, como o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e o Conselho da Justiça Federal (CJF), apoiada pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), que objetiva ampliar o acesso da população à justiça brasileira.

O Programa Justiça 4.0 visa, portanto, trazer maior eficiência no trabalho do Poder Judiciário, atrelando a tecnologia em favor do sistema. Grande exemplo foi a possibilidade de utilização de audiências por via remota e citações por redes sociais, o que facilita o cotidiano e torna menos burocrático o acesso à justiça (Silva; Moraes, 2022).

O eixo Inovação e Tecnologia enfatiza também a necessidade de transparência, com a criação de algumas políticas e sistemas, como a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (DATAJUD), criado pela Resolução nº 331/2020 do CNJ, como o Balcão Virtual, instituído pela Resolução nº 372/2021 do CNJ e a Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro (PDPJ-Br), instituída pela Resolução nº 335/2020 do CNJ. E, embora tenha sido criado em 2020 pela Resolução nº 345/2020 do CNJ, é possível se afirmar que o juízo 100% digital também faz parte deste eixo da Justiça 4.0.

Conforme Silva e Moraes (2022) explicitam:

A transformação digital do Judiciário ganhou impulso, para garantir serviços mais rápidos, eficazes e acessíveis, por meio da promoção de soluções digitais colaborativas, com a finalidade de automatizar as atividades dos tribunais, otimizar o trabalho dos magistrados, servidores e advogados, e, assim, garantir maior produtividade, celeridade, governança e transparência dos processos. (Silva; Moraes, 2022, p. 47).

Com a criação do DATAJUD, tornou-se possível identificar problemas factíveis e propor soluções para eles. Por sua vez, a PDPJ-Br tornou mais acessível o acesso à justiça, tendo em vista que a integração dos processos em um único sistema gera, de certa forma, uma desburocratização, dispensando a necessidade de aprendizado e aperfeiçoamento em vários sistemas para movimentação processual.

Sem dúvidas, a criação do Juízo 100% digital e do Balcão Virtual significaram uma mudança de paradigma, sobretudo por ampliar o acesso à justiça, possibilitando a realização de atos judiciais de forma totalmente virtual, sem a necessidade de deslocamento para as repartições do judiciário. A tecnologia passa a servir para imprimir celeridade aos procedimentos judiciais, permitindo a conversão da prática de atos presenciais em atividades remotas e deixando de exigir a presença física das pessoas nas dependências dos fóruns.

Nesse diapasão, importante destacar o uso da inteligência artificial no campo jurídico, em que a tecnologia fornece meios para a implantação de estratégias de sustentabilidade,

que é um ponto priorizado no programa Justiça 4.0 do CNJ. Como possíveis aplicações da inteligência artificial no direito, é possível elencar a utilização para realização de perícias, a cooperação em investigações, a busca de informações em bancos de dados e a conversão de imagens em textos, tornando todo o processo judicial mais célere (Peixoto *apud* Longuini; Denardi, 2021).

Essas iniciativas do judiciário, em verdade, refletem a própria realidade da sociedade contemporânea, chamada por Fritz Machlup (1962) de “sociedade da informação”, na qual todo tipo de conteúdo, de experiência são repassados por meio da tecnologia (Bordoni; Tonet, 2020). Esse cenário é perfeito para o surgimento de uma forma de trabalho exercida remotamente, em que o seu executor tem a possibilidade de desenvolver suas atividades naquele local que se mostre mais adequado à sua realidade enquanto indivíduo.

Trata-se do regime de teletrabalho, que, apesar de já existir desde o século passado, ganhou força com o incremento do Processo Judicial Eletrônico e consequente uso da inteligência artificial, até alcançar, temporariamente, a integralidade do judiciário brasileiro durante a pandemia estabelecida pela covid-19.

É sobre essa ferramenta de modernização, integrante do eixo da Inovação e Tecnologia da Justiça 4.0, que trataremos na próxima seção.

3 O regime de teletrabalho

3.1 Origem e definições de teletrabalho

Desde a Revolução Industrial, via de regra, os modos de trabalho são construídos de forma a demandar que o executor esteja presente no local onde a atividade deva ser desenvolvida (Santos, 2011). Há, ainda, os meios de trabalho que podem ser realizados em trânsito, como é o caso dos executivos, representantes comerciais, motoristas, condutores etc. Segundo Santos (2011), contemporaneamente, o número de pessoas que necessitam se deslocar para o trabalho sempre foi maior do que o de pessoas que não são obrigadas a estar presentes em um local específico.

Todavia, alguns estudos desenvolvidos na Grã Bretanha vêm demonstrando que essa diferença está diminuindo a cada dia, de forma que o trabalho gradativamente vai se desassociando de um espaço físico, passando a se movimentar. Não por acaso, esse fenômeno está diretamente relacionado ao desenvolvimento da tecnologia (Felstead; Jewson; Walters, *apud* Santos, 2005).

A categoria teletrabalho ostenta algumas dificuldades em sua definição, sobretudo pela quantidade de formas como pode se materializar, existindo profissionais regulamentados e bem remunerados, assim como aqueles mal pagos, não reconhecidos e, ainda, aqueles que utilizam a ferramenta como única opção, a exemplo das mulheres que não têm com quem deixar os filhos, bem como aqueles que atuam na esfera privada e na esfera pública (Rosenfield; Alves, 2011).

Embora a expressão teletrabalho tenha derivado daquilo que, na obra *The Telecommunications-Transportation Trade Off*, em 1976, o americano Jack Nilles chamou de telecommuting, e que, mais tarde, os europeus chamariam de *telework* (Sakuda; Vasconcelos, 2005), há registros de trabalho realizado a distância desde a década de 1950, mas é a partir da década de 1990 que se tem assentamentos mais concretos e que passaram a ser objeto de pesquisas acadêmicas (Rocha; Amador, 2018).

Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT):

O teletrabalho é definido pelo uso de tecnologias de informação e comunicação (TIC), tais como smartphones, tablets, computadores portáteis e de secretária, (Eurofound e OIT, 2017), no trabalho que é realizado fora das instalações da entidade empregadora. Por outras palavras, o teletrabalho implica o trabalho realizado com recurso às TIC exercido fora dos locais de trabalho da entidade empregadora. (OIT, 2020, p.1).

Ainda segundo a OIT, esse tipo de atividade deve ocorrer de forma voluntária, com prévia definição da carga horária, formas de comunicação, métodos de fiscalização do cumprimento de metas, podendo funcionar como mecanismo de continuidade da prestação. É dizer, ao ser utilizado em caso de situações de imprevisto, como fenómenos da natureza, terrorismo, ou outra intercorrência, o teletrabalho autoriza a realização de operações em local distinto daquele inicialmente pactuado, mantendo o funcionamento de determinado órgão ou empresa.

Com isso, é possível afirmar que a literatura converge ao entender que se trata de uma modalidade de trabalho pautada na flexibilização, exercida remotamente, sob diversas formas, permitindo que os mesmos resultados sejam obtidos a partir de atividades desenvolvidas em um lugar diferente daquele habitualmente ocupado. (Rocha; Amador, 2018; Rosenfield; Alves, 2011).

3.2 O teletrabalho no Poder Judiciário

Antes de se investigar o processo de incorporação do teletrabalho ao serviço público, é essencial se rememorar o marco divisor ocorrido na Administração Pública por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 19/1998, denominada reforma administrativa, que teve como principal característica tornar expresso no texto constitucional o princípio da eficiência. Criava-se, então, um panorama em que se buscava, através da otimização dos recursos e do uso de ferramentas tecnológicas, alcançar melhores resultados no âmbito público (Lima, 2018).

Em seguida e no mesmo sentido, teve a Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu a chamada Reforma do Judiciário. Pautada na busca de eficiência e celeridade, a EC nº 45 promoveu diversas mudanças estruturais, como possibilidade de edição de súmulas de caráter vinculante, a conferência de *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, a criação do CNJ e a ampliação da competência da justiça trabalhista.

Nesse contexto, o teletrabalho surge como mais uma opção para atingir um serviço judicial de qualidade. Inspirada na regulamentação realizada no ano de 2011, por intermédio da Lei nº 12.551, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a Administração Pública passou a reconhecer o teletrabalho sem qualquer distinção àquele trabalho desenvolvido no estabelecimento, exigindo apenas a presença dos outros elementos caracterizadores da relação de emprego. Dessa forma, pouco a pouco, alguns órgãos públicos foram incorporando a ferramenta, a exemplo da Advocacia Geral da União (AGU) e da Receita Federal (RF) (Lima, 2018).

Após as alterações da CLT, o Poder Judiciário brasileiro, ainda que de forma tímida, passou a permitir a realização de trabalho a distância por alguns servidores, ora normatizando, ora não, mas sempre com o objetivo de aprimorar a eficiência da atividade jurisdicional. Em 2013, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região editou a Resolução nº 92, justificando sua implementação na recente adoção do processo judicial e administrativo eletrônico,

bem como nas vantagens que o teletrabalho proporcionaria à Administração, aos servidores e à sociedade, ressaltando a necessidade de fixar os parâmetros de desenvolvimento do serviço. Já no ano de 2014, foi a vez da Justiça Federal da 2ª Região, que, de modo similar, editou a Resolução nº 2014/00013 (Gunther; Busnardo, 2016).

Atento aos novos contornos que a atividade jurisdicional foi tomando, o CNJ editou a Resolução nº 227/2016, a qual regulamenta o teletrabalho de servidores no âmbito do Poder Judiciário, facultando a sua utilização, conforme entendimento do órgão e dos gestores. A Resolução define o teletrabalho como “modalidade de trabalho realizada de forma remota, com a utilização de recursos tecnológicos” (Brasil, 2016), traça seus objetivos, nos quais se incluem o aumento da produtividade, o estímulo à criatividade, o melhoramento da qualidade de vida dos servidores, e o incremento da eficiência.

Sem dúvidas, o texto foi um grande avanço, sobretudo por ter sido editado pelo próprio órgão de controle interno do judiciário, o que confere maior segurança tanto aos gestores, quanto aos servidores que optaram por desenvolver suas atividades de reforma remota. Ainda assim, a despeito dessas práticas que já vinham sendo adotadas por alguns tribunais, bem como das resoluções supramencionadas, foi com a pandemia da covid-19 que o que era exceção virou regra. Da noite para o dia, o mundo se isolou e os mais diversos setores tiveram que se reinventar, adotando novas ferramentas, sempre amparados na tecnologia, para permitir a continuidade dos serviços.

Nesse contexto pandêmico, apresentado a partir de 2020, no qual um vírus impôs que servidores judiciais e operadores do direito desempenhassem suas atividades sem sair de seus lares, os tribunais foram obrigados a editarem atos para regulamentar o trabalho, assegurando o respeito às medidas sanitárias de prevenção à propagação da infecção causada pelo coronavírus SARS-CoV-2.

É ponto comum nas Recomendações do CNJ editadas nesse período (de 2020 a 2022) o papel essencial da tecnologia na preservação e no acesso aos direitos, como, por exemplo, a Recomendação nº 70/2020, que recomendou aos tribunais brasileiros que disponibilizassem o atendimento virtual dos advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público e da Polícia Judiciária, e das partes no processo. Da mesma forma, tivemos a Recomendação nº 67/2020, que definiu o registro eletrônico de crimes praticados no contexto de violência doméstica, e a Resolução nº 317/2020, que definiu a realização virtual das perícias previdenciárias. Nesse diapasão, a portaria nº 61/2020 instituiu a plataforma emergencial de videoconferência nos tribunais, a Resolução nº 312/2020 definiu a possibilidade de sessão extraordinária do plenário virtual, e a portaria nº 52/2020 definiu, entre outras medidas, a possibilidade do trabalho remoto por servidores com idade superior a sessenta anos e que possuíam doenças crônicas.

Assim, o regime de teletrabalho que, como dito, era permitido desde 2016 (conforme Resolução nº 227, CNJ), teve sua abrangência ampliada no território nacional, ganhando novos contornos, como os trazidos por meio da Resolução nº 481/2022 do CNJ, abrindo espaço para um modelo de desenvolvimento de atividade judicial a partir da residência do servidor, mesmo fora da sede de jurisdição do tribunal, de forma integral ou parcial.

Na fundamentação da referida resolução, o CNJ pauta-se na deliberação que foi tomada pelo próprio órgão no Procedimento de Controle Administrativo (PCA) nº 0002260-11.2022.2.00.0000. Como regulamentação das condições do trabalho à distância de juízes, passou-se a exigir a presença física do magistrado na unidade por ao menos 3 (três) dias úteis na semana, desde que previamente publicasse a sua escala de comparecimento na comarca, e que houvesse autorização da Presidência e/ou Corregedoria do Tribunal. Exigiu-se, ainda, a manutenção de produtividade ou elevação àquela que vinha sendo desenvolvida no modo tradicional.

3.3 A experiência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia com o teletrabalho

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA), até o surto de contaminação da covid-19, não se tinha notícia de autorização para servidores e magistrados atuarem em regime de remoto. Somente a partir de março de 2020, seguindo a maioria dos tribunais, o TJBA instituiu o trabalho remoto de forma compulsória a todo o seu quadro funcional (Pereira, 2021).

Instituído o regime de Plantão Extraordinário, por meio da Resolução nº 313 de 19/03/2020, do CNJ, que suspendeu as atividades presenciais em todo o judiciário nacional, o TJBA viu-se obrigado a editar os Decretos Judiciários nº 203/2020 e nº 211/2020, autorizando a realização do trabalho remoto para servidores e magistrados que fizessem parte do grupo de risco de contágio à doença, como medida temporária de prevenção ao contágio pela covid-19.

O Decreto Judiciário nº 225/2020 determinou que os servidores autorizados a exercerem suas atividades em regime de teletrabalho deveriam dispor de materiais necessários para a efetivação desse trabalho. Ainda, ressaltou que os problemas ocasionados nos sistemas, deveriam ser solucionados por meio de um chamado no *Service Desk*.

Com o Decreto Judiciário nº 244/2020, foi permitido o uso de sessões virtuais para a realização dos julgamentos antecipados dos órgãos colegiados do tribunal, e, com os Decretos nº 245/2020 e nº 326/2020, os julgamentos das turmas dos juizados especiais. Foi a partir da Resolução nº 11 do TJBA que a utilização do regime de teletrabalho passou a ser autorizada para todos os servidores, magistrados e estagiários. O referido texto enuncia que o regime passa a ser adotado com o escopo de melhorar a qualidade de vida dos servidores, reduzir custos desses com o deslocamento ao local de trabalho, aumentar a produtividade, promover a sustentabilidade ambiental e garantir a prestação jurisdicional.

A partir de então, a atividade jurisdicional baiana passou a ser desenvolvida quase que integralmente de forma remota. As audiências por videoconferência, que já eram previstas pela legislação infraconstitucional muito antes, como é o caso do Código de Processo Penal e do Código de Processo Civil, passaram de exceção à regra. Com o auxílio e a utilização de sistemas de *softwares*, a plataforma *Lifesize* se tornou o palco das salas de audiências na Bahia.

Houve também a flexibilização de atos de comunicação do judiciário, como, por exemplo, a permissão de citação e intimação via aplicativo de mensagens, como ocorreu no julgamento do *Habeas Corpus* nº 644.543/DF, que teve como relator o Ministro Nefi Cordeiro (Sexta Turma, j. 09/03/2021), que entendeu não ser nula a citação por *WhatsApp* (Brasil, 2021).

Imbuídos em colaborar com o órgão, servidores e magistrados fizeram de seus lares extensões das varas judiciais, utilizando seus aparelhos celulares, computadores, mobiliário, provedores de internet para acessar tanto os processos eletrônicos, via sistema PJE, Projudi, E-saj, quanto as mais diversas plataformas auxiliares disponibilizadas pelo CNJ, a exemplo do sistema para expedição de alvarás, bloqueio judicial etc.

É importante registrar que, durante todo esse período, não houve alteração das metas de produtividade exigidas pelo CNJ, mas tão somente uma flexibilização na realização de audiências. Por sua vez, a carga horária de trabalho tornou-se quase que ininterrupta. Nesse enredo de isolamento e de permanência quase que integral em casa, criou-se o hábito de se fazer contato com servidores, estagiários, juízes a qualquer hora do dia, inclusive aos finais de semana, o que acarretou uma sobrecarga nos profissionais.

Vê-se, com isso, um teletrabalho imposto a toque de caixa, em que o empregador, sem fornecer qualquer tipo de estrutura ao trabalhador, leva ao extremo as capacidades hu-

manas do indivíduo, já que a implementação desse regime não ocorreu de forma voluntária, não houve prévia definição da carga horária, formas de comunicação e definição de métodos eficazes de fiscalização do cumprimento de metas.

A despeito da rapidez com as coisas aconteceram, o fato é que os resultados experimentados pelo TJBA foram bastante satisfatórios. Segundo dados do próprio TJBA, foi constatado uma “economia de consumo de água e de energia elétrica de aproximadamente R\$ 3,5 milhões de reais, em comparação ao período anterior à pandemia” (Bahia, 2023).

O caos gerou uma nova realidade na justiça baiana, muito melhor do que se podia imaginar. Pouco a pouco, advogados, promotores e jurisdicionados foram se habituando às novas tecnologias, gostando/celebrando a possibilidade de participarem de audiências sem precisarem sair de suas casas, ou até mesmo de suas cidades. Prova disso foi a crescente adesão ao Juízo 100% Digital. Dados fornecidos pelo CNJ (2021) indicam que “até o dia 26 de setembro de 2021, totalizando 6.839 servetias que aderiram ao juízo 100% digital de um total de 22.271 servetias de primeiro e segundo graus, o que representa 30,7% de adesão” (CNJ, 2021, p. 16).

A mesma experiência positiva se vislumbra em relação à produtividade. Conforme *Relatório Justiça em Números* do CNJ (Melo; Bandeira, 2022), o judiciário, em 2021, julgou 26,9 milhões de processos, apresentando, em 2020, a maior redução de acervo desde 2017.

À medida que foi ocorrendo uma flexibilização no distanciamento social, o Poder Judiciário da Bahia (PJBA) foi retomando as atividades presenciais. Desse modo, o ato conjunto nº 20/2021 determinou a retomada presencial de magistrados e servidores, com observância às regras de prevenção ao contágio da doença, como o distanciamento social, inclusive com acesso das partes e advogados às dependências do poder judiciário da Bahia, mediante comprovação de cumprimento do esquema vacinal completo. Em seguida, em 2022, por meio do ato conjunto nº 01/2022, houve a determinação de funcionamento em formato híbrido, permitindo a prática de alguns atos de forma remota e outros presencialmente, mas mantendo as audiências preferencialmente por videoconferência.

Surpreendentemente, indo contra todos os avanços obtidos com o teletrabalho, em fevereiro de 2023, o TJBA editou o Ato Normativo Conjunto nº 02, determinando a retomada das atividades presenciais nos órgãos judiciais de primeira e segunda instâncias, retirando a autorização que os magistrados tinham de realizarem suas atividades no regime de teletrabalho. O ato ainda inverteu a forma como as audiências vinham sendo realizadas, estabelecendo a forma presencial como regra e colocando a forma telepresencial como faculdade das partes.

Seguindo o caminho do retrocesso, o ato praticamente tirou o teletrabalho de cena e o colocou na mais alta prateleira da corte baiana, apenas ao alcance de poucos, para não dizer nenhum. Para além disso, o referido ato normativo não só retirou do magistrado a gestão processual, atribuindo às partes o atributo de escolher como cada assentada deve ser conduzida, como também retirou a possibilidade de trabalhar remotamente apenas para servidores e magistrados, reservando esse direito aos advogados, membros do Ministério Público, estagiários e colaboradores.

Criou-se uma atividade judicante chamada por alguns de híbrida e injusta, na qual se exige a presença física nas unidades judiciais de apenas alguns. Paralelamente, o TJBA não cuidou de estruturar seus fóruns. Falta espaço físico, assim como, computadores, câmeras, *scanners* e provedores de internet com velocidade suficiente para viabilizar a realização de audiências simultâneas. Permite-se comunicação de atos processuais por WhatsApp, mas não se disponibiliza sequer um smartphone por vara, o que prejudica a máquina judiciária, acarretando em uma menor produtividade por questões técnicas.

Todos esses percalços acabam por gerar desestímulo no profissional da magistratura, que se dedica por anos e, além de não ter meios eficazes disponibilizados pelo PJBA, sequer tiveram direito a voz na construção dos atos que regulamentam o seu trabalho, as suas próprias vidas e a das suas famílias.

É nesse sentido que se observa as demandas dos magistrados, como a juíza do Trabalho Monica de Almeida Rodrigues, titular da 5ª Vara do Trabalho (Centro do Rio), que anunciou:

[...] sua aposentadoria em carta aberta aos colegas, lamentando as exigências do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) sobre o retorno presencial da categoria a prédios sem infraestrutura adequada. Segundo a juíza, os órgãos fiscalizadores têm ignorado questões importantes, como a falta de segurança e de recursos tecnológicos nas varas do Trabalho do Rio de Janeiro. “Fiscalizam as atividades dos juízes e fazem monitoramento da presença na unidade judiciária como se não tivéssemos responsabilidade e não existissem os meios eletrônicos do Pje e audiências virtuais. Exigem escalas dos dias em que estaremos nas varas, divulgando previamente sem observar a segurança, e buscam meios de exigir a certificação de que, de fato, realizamos as audiências da unidade judiciária... Aqui, não temos câmeras nem microfones suficientes, a internet deixa a desejar, sem contar o déficit de juízes”, afirmou. Em sua carta, a magistrada também menciona que a presença na Vara do Trabalho tem sido exigida até mesmo em casos de processos 100% digitais. (AMATRA, 2023, p. 1).

Noutro giro, há que se considerar quem nem sempre os atos virtuais serão capazes de assegurar a observância da isonomia. Existem aqueles que a literatura classifica como excluídos digitais, a quem deve ser disponibilizada a participação dos atos judiciais também de forma presencial, para que se garanta o real acesso à justiça. Silva (2022) chama a atenção para o fato de que “um contingente importante de indivíduos segue desconectado: cerca de 35 milhões de pessoas em áreas urbanas (23%) e de 12 milhões em áreas rurais (47%). Entre a população das classes D e E, há quase 26 milhões (43%) de não usuários” (Silva, 2022, p.13).

Entretanto, a existência de obstáculos na modernização do sistema judiciário não pode significar o descarte do regime teletrabalho como parece pretender o TJBA. Os pontos positivos sentidos com o uso do trabalho remoto ultrapassam os muros do espaço jurídico e ressoam em resultados de cunho sociológico, como é o caso da igualdade de gênero. Historicamente, as mulheres, em sua maioria, possuem grandes dificuldades em galgar cargos maiores em decorrência das obrigações domésticas e familiares, que são maiores do que as obrigações para o gênero masculino. Desenvolver suas atividades de forma remota permite a algumas mulheres uma melhor organização do tempo, conciliando a vida profissional com a familiar (Hau, 2016).

São diversas as formas como o regime de teletrabalho influencia positiva e diretamente o interesse público. A despeito disso, o PJBA, por meio do último ato publicado sobre o tema, lançou uma pá de cal em um mecanismo ao qual o próprio poder e jurisdicionados já estavam adaptados, indo na contramão da possibilidade aberta na Resolução nº 481/2022 e no Procedimento de Controle Administrativo (PCA) nº 0002260-11.2022.2.00.0000, que flexibilizaram a exigência de comparecimento presencial de magistrados e de servidores nas unidades judiciais.

4 Considerações finais

A Justiça 4.0, ao fomentar a modernização do sistema judiciário e seu real ingresso na era da informática, mostra-se perfeitamente alinhada à Agenda 2030 da ONU, sobretudo no que é pertinente à criação de ambientes inclusivos e sustentáveis (Silva; Moraes, 2022).

Nesse contexto, o regime de teletrabalho, que já vinha sendo utilizado por alguns tribunais, mas que se tornou essencial para a continuidade do serviço durante a pandemia, mostrou-se excelente mecanismo de modernização dos serviços judiciários. São notórias as possibilidades que o teletrabalho fornece para os servidores e magistrados, resultando em uma maior produtividade e diminuição de custos. Todavia, apesar dos benefícios apresentados, deve-se destacar que existem grandes mudanças a serem realizadas para que essa modernização se torne mais adequada e mais eficaz.

A despeito disso, o judiciário baiano, em fevereiro de 2023, tomou sentido inverso ao teletrabalho, excluindo, quase que integralmente, o trabalho remoto. Com o retorno das atividades presenciais nos fóruns baianos, em sistema híbrido, no qual se permite que alguns participem de audiências de forma presencial e outros de forma telepresencial, o PJBA tem encontrado dificuldades com a insuficiência de equipamentos, *softwares* e provedores de internet. Consequentemente, essa desestrutura implica na redução da eficiência do trabalho entregue à sociedade.

A realidade demonstra, sobretudo nos últimos três anos, que o teletrabalho funcionou e funciona, devendo ser efetivamente adotado com regulamentação pautada na evolução tecnológica que permita novas possibilidades para a realização da justiça.

Noutro giro, não se pode deixar de considerar que o regime de teletrabalho deve ser atrelado às atividades que são, por sua natureza, essencialmente presenciais. Além disso, é importante pensar nas desigualdades sociais apresentadas no Brasil e considerar que a exclusão digital de grande parte da população dificulta o acesso à justiça.

Com uma possível flexibilização de horários dentro desse sistema, é possível conciliar com uma maior facilidade a vida pessoal com a profissional e galgar patamares maiores. Desse modo, tem-se que a implementação do retorno integral das atividades presenciais gera, além de um retrocesso tecnológico, um retrocesso social para o gênero feminino, que, a partir do teletrabalho, viu formas mais acessíveis de contornar as dificuldades cotidianas.

É perfeitamente compreensível a resistência do judiciário à definitiva adoção do trabalho remoto à modernização, já que estamos diante de uma quebra de paradigma (Silva, 2015). Entretanto, assim como os operadores do direito tiveram que se modernizar ao longo dos anos, com adoção de autos digitais e desapego do papel, é chegada a hora de dar mais um passo tecnológico para permitir que as atrizes e os atores processuais tenham maior liberdade na gestão do seu tempo e do seu trabalho, pois está efetivamente comprovado que esse modelo funciona.

Tal qual se propôs, o teletrabalho serviu para melhorar a qualidade de vida dos magistrados que, historicamente, vivem de modo solitário, seja por questões de segurança, seja para garantir a imparcialidade. Essa situação se agrava ainda mais quando se tratam de juízas e juizes que atuam nas mais diversas comarcas de entrância inicial, geralmente cidade pequenas, distantes dos grandes centros, com poucas opções de lazer e de espaço público seguro para sua interação social e de seus familiares.

Trabalhar remotamente, nem de longe, corresponde a se furtar ao trabalho. Muito pelo contrário: dados, inclusive do CNJ, como os trazidos ao longo desse artigo, comprovam o quanto a produtividade do judiciário em todo território nacional aumentou exponencialmente nos últimos anos.

Os obstáculos na modernização do sistema judiciário não podem significar o descarte do regime teletrabalho, como parece pretender o TJBA. Pelo contrário, os esforços devem ser concentrados no sentido de melhorar a estrutura física e tecnológica para garantir que os avanços sejam mantidos.

A implementação da tecnologia ao judiciário materializa o início de uma nova era, que não permite que se retome àquele modelo rústico, apegado ao papel, à assinatura física, aos “embargos auriculares”, à figura do magistrado que, obrigado a residir nas mais diversas cidades do interior do país, se isola em seu gabinete e decide cada processo pautado no livre convencimento motivado. A sociedade fluída e veloz na qual estamos insertos exige um judiciário moderno, ágil e humanizado.

Essa nova realidade experimentada na justiça baiana a deixou muito melhor do que se podia imaginar. Pouco a pouco, advogados, promotores e jurisdicionados foram se habituando às novas tecnologias, gostando/celebrando a possibilidade de participarem de audiências sem precisarem sair de suas casas, ou até mesmo de suas cidades.

É nesse contexto que o teletrabalho se efetiva como uma solução disruptiva da Justiça 4.0, já que, por meio dele, foi e é possível experimentar novas tecnologias, apresentando resultados favoráveis e inexistindo qualquer óbice à continuidade desse regime.

Referências

ABREU, Kadu Freire de. **Processo Eletrônico no Brasil**: surgimento, implantação e perspectivas. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasília, dez. 2013. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/6744/1/2013_KaduFreireAbreu.pdf. Acesso em: 28 mar. 2023.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO. **Juíza do trabalho Monica de Almeida Rodrigues se aposenta**. Rio de Janeiro: AMATRA 1, 14 de março de 2023. Disponível em: <https://amatra1.org.br/noticias/?juiza-do-trabalho-monica-de-almeida-rodrigues-se-aposenta>. Acesso em: 31 mar. 2023.

BAHIA. Tribunal de Justiça. Instrução normativa nº 01 de 25 de janeiro de 2021. [Dispõe sobre a regulamentação do teletrabalho, instituído pela Resolução nº 11, de 09 de dezembro de 2020, no âmbito do Poder Judiciário da Bahia]. **Diário da Justiça Eletrônico**, n.2786, cad. 1, p. 5. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/wp-content/uploads/2021/01/IN-no-01.2021-teletrabalho.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BAHIA. Tribunal de Justiça. **Coronavírus: decretos judiciais e atos conjuntos**. Salvador: TJBA (Ascom PJBA), 02 abr.2020 (atualizado em 30 mar. 2022). Disponível em:<http://www5.tjba.jus.br/portal/coronavirus-acesse-aqui-os-decretos-judiciarios-e-atos-conjuntos-relacionados/>. Acesso em: 18 mar. 2023.

BAHIA. Tribunal de Justiça. **Juízo 100% Digital**. Salvador: TJBA, [20--]. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/>. Acesso em: 19 mar. 2023.

BAHIA. Tribunal de Justiça. **Núcleo socioambiental**: economia de R\$ 3,5 milhões em redução de consumo de água e energia são destaques da primeira reunião de 2023. Salvador: TJBA (Ascom PJBA), 26 jan. 2023. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/nucleo-socioambiental-realiza-primeira-reuniao-para-definir-novas-acoes-durante-o-ano-de-2023-reducao-do-consumo-de-agua-e-energia-sao-destaques-totalizando-a-economia-de-r-35-milhoes-aproximadame/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BAHIA. Tribunal de Justiça. **Resolução nº 11 de 10 de dezembro de 2020**. [Dispõe sobre a regulamentação do teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário do Estado da Bahia, autorizando a atividade de servidores fora das dependências de seus órgãos, com a utilização de recursos tecnológicos]. Salvador: 2ª Vice-Presiência do TJBA, 10 dez. 2020. Disponível em: <http://www.tjba.jus.br/segundavice/resolucao-no-11-2020/>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BAHIA. Tribunal de Justiça. **TJBA encerra o ano de 2022 com aumento de 29% de processos distribuídos no 2º grau**. Salvador: TJBA (Ascom PJBA), 16 jan. 2023. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/tjba-encerra-o-ano-de-2022-com-aumento-de-29-de-processos-distribuidos-no-2o-grau/>. Acesso em: 28 mar. 2023.

BORDONI, Jovina d'Ávila; TONET, Luciano. Inovação e tecnologia no judiciário. **THEMES Revista da Esmec**, v.18, n. 2, p. 151-170, 2020. Disponível em: <https://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/792>. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Atos normativos Coronavírus**. [20--]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/coronavirus/atos-normativos/#:~:text=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20312%2F2020%20%E2%80%93%20Altera%20o,de%20julgamento%20por%20meio%20eletr%C3%B4nico>. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2021**. [Relatório, ano base 2020]. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/estrategia/wp-content/uploads/2022/06/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 227, de 15 de junho de 2016**. [Regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências]. Brasília – DF: CNJ, 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2295>. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 313, de 19 de março de 2020**. [estabelece regime de plantão extraordinário]. Brasília – DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 331, de 20 de agosto de 2020**. [Institui a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário – DataJud como fonte primária de dados do Sistema de Estatística do Poder Judiciário – SIESPJ para os tribunais indicados nos incisos II a VII do art. 92 da Constituição Federal]. Brasília – DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3428>. Acesso em: 30 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 335 de 29 de setembro de 2020**. [Institui política pública para a governança e a gestão de processo judicial eletrônico. Integra os tribunais do país com a criação da Plataforma Digital do Poder Judiciário Brasileiro – PDP-J-Br. Mantém o sistema PJe como sistema de Processo Eletrônico prioritário do Conselho Nacional de Justiça]. Brasília – DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3496>. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 345, de 09 de outubro de 2020**. [Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências]. Brasília – DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512>. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 370, de 28 de janeiro de 2021**. [Estabelece a Estratégia Nacional de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário (ENTIC-JUD)]. Brasília – DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3706>. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 372, de 12 de fevereiro de 2021**. [Regulamenta a criação de plataforma de videoconferência denominada “Balcão Virtual”. Brasília – DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3742>. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 481, de 22 de novembro de 2022**. [Revoga as Resoluções vigentes à época da pandemia do Coronavírus e altera as Resoluções CNJ n. 227/2016, 343/2020, 345/2020, 354/2020 e 465/2022]. Brasília – DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4842>. Acesso em: 29 mar. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. [modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da administração pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.]. Brasília – DF: Câmara dos Deputados; Senado Federal, [1998]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. [altera artigos da Constituição Federal e dá outras providências]. Brasília – DF: Câmara dos Deputados; Senado Federal, [2004]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.419 de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Brasília – DF: Presidência da República, [2006]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus 644543 - DF (2021/0039512-1). **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 15 mar. 2021. Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal. Impetrado: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Brasília - DF: 9 mar. 2021. Disponível em: <https://portaljustica.com.br/acordao/2499398>. Acesso em: 30 mar. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça 4.0**. [Cartilha]. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/cartilha-justica-4-0-20082021-web.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça 4.0: Tecnologia da informação e comunicação**. Brasília: CNJ, [20--]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/>. Acesso em: 18 mar. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pacto nacional do judiciário pelos direitos humanos**. Brasília – DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/monitoramento-e-fiscalizacao-das-decisoes-da-corte-idh/pacto-nacional-do-judiciario-pelos-direitos-humanos/#:~:text=O%20que%20C3%A9%20o%20Pacto,-O%20Pacto%20Nacional&text=O%20Pacto%20tem%20por%20objetivo,inspira%20na%20Recomenda%C3%A7%C3%A3o%20CNJ%20n.> Acesso em: 30 mar. 2023.

FRAGALE FILHO, Roberto; MOREIRA, Rafaela Selem; SCIAMMARELLA, Ana Paula de O. Magistratura e gênero: um olhar sobre as mulheres nas cúpulas do judiciário brasileiro. **E-cadernos ces**, n. 24, 2015. Disponível em: <https://journals.openedition.org/eces/1968>. Acesso em: 31 mar. 2023.

GICO JR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, v. 267, p. 163-198, 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46462>. Acesso em: 18 mar. 2023.

GUNTHER, Luiz Eduardo; BUSNARDO, Juliana Cristina. A aplicação do teletrabalho ao poder judiciário federal. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 2, n. 4, p. 1199-1246, 2016. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/4/2016_04_1199_1246.pdf. Acesso em: 28 mar. 2023.

HAU, Francieli. **O teletrabalho na percepção dos teletrabalhadores e gestores**: um estudo de caso no Poder Judiciário de Santa Catarina. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Administração) – Universidade de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/171238>. Acesso em: 31 mar. 2023.

LIMA, Mauro Saraiva Barros. **O teletrabalho no poder judiciário brasileiro**: ganhos para tribunais e sociedade?: as experiências de Santa Catarina e Amazonas. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: EBAPE/FGV, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24303>. Acesso em: 28 mar. 2023.

LONGUINI, Regina Célia Ferrari; DENARDI, Eveline. O uso da inteligência artificial como instrumento de promoção de sustentabilidade no poder judiciário brasileiro: os impactos da justiça 4.0. **Revista Jurídica da Escola do Poder Judiciário do Acre**, v. 1, n. 1, p. 146-160, 2021. Disponível em: <https://esjud.tjac.jus.br/periodicos/index.php/esjudtjac/article/view/20/11>. Acesso em: 28 mar. 2023.

MELO, Jeferson; BANDEIRA, Regina. Justiça em números 2022: judiciário julgou 26,9 milhões de processos em 2021. **Agência CNJ de Notícias**. Brasília: CNJ, 1 set. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2022-judiciario-julgou-269-milhoes-de-processos-em-2021/#:~:text=Justi%C3%A7a%20em%20N%C3%BAmeros%202022%3A%20Judici%C3%A1rio,processos%20em%202021%20%2D%20Portal%20CNJ&text=O%20Poder%20Judici%C3%A1rio%20concluiu%2026,solucionados%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%202020.> Acesso em: 28 mar. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Teletrabalho durante e após a pandemia da COVID-19**: guia prático. Genebra: OIT, jul. 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_771262.pdf. Acesso em: 28 mar. 2023.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. Histórico da pandemia covid-19. **Folha informativa sobre covid-19**. [s.l.]: OPAS, [20--]. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 18 mar. 2023.

PARANÁ; SANTA CATARINA; RIO GRANDE DO SUL (Região). Tribunal Regional Federal. Resolução nº 92, de 28 de maio de 2013. [Regulamenta o Teletrabalho no Âmbito da Justiça Federal de 1º e 2º Graus da 4ª Região e dá Outras Providências]. **Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região**, ano 8, n. 130. Porto Alegre: TRF4, 31 maio 2013. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/2013/svr_resolucao-92-2013---teletrabalho.pdf. Acesso em: 28 mar. 2023.

PEREIRA, Gabriella Almeida; OLIVEIRA, Jadson Correia de. **Implementação do regime de teletrabalho no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia após pandemia de COVID-19**. 2021. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/4743/1/TCC-GABRIELLAPEREIRA.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2023.

RAMPIN, Talita; IGREJA, Rebecca Lemos. Acesso à justiça e a transformação digital: um estudo sobre o programa justiça 4.0 e seu impacto na prestação jurisdicional. **Revista Direito Público**. v.19, n. 102, p.120-153, 2022. (Dossiê Temático: Democratização do Acesso à Justiça e as Transformações no Campo Jurídico). Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6512>. Acesso em: 30 mar. 2023.

RIO DE JANEIRO; ESPÍRITO SANTO (Região). Tribunal Regional Federal. Resolução nº 2014/00013 de 30 de junho de 2014. [Dispõe Sobre a Realização de Teletrabalho no Âmbito da Justiça Federal de Primeiro e Segundo Graus da 2ª Região]. **Caderno Administrativo TRF-2**, 03 jul. 2014, p.4. [S.l.]: TRF-2, 07 jul. 2014. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/72527238/trf-2-adm-trf-03-07-2014-pg-4>. Acesso em: 28 mar. 2023.

ROCHA, Cháris Telles Martins da; AMADOR, Fernanda Spanier. O teletrabalho: conceituação e questões para análise. **Cadernos Ebape**, v.16, p. 152-162, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cebape/a/xdbDYsyFztnLT5CVwpxGm3g/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 mar. 2023.

RODRIGUES, Lucélia Batista. NOLASCO, Loreci Gottschalk. Inovação e desafios da era digital no sistema jurídico brasileiro. **Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça/ RJDSJ [on-line]** v. 7, n. 10, jul.-dez. 2020. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/6412/4405>. Acesso em: 28 mar. 2023.

ROSENFELD, Cinara Lerrer; ALVES, Daniela Alves de. Autonomia e trabalho informacional: o teletrabalho. **Revista de ciências sociais**. v. 54, n. 1 Rio de Janeiro, RJ, 2011. p. 207-233. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/98921>. Acesso em: 28 mar. 2023.

SAKUDA, Luiz Ojima; VASCONCELOS, Flávio de Carvalho. Teletrabalho: desafios e perspectivas. **Organizações & Sociedade**, v. 12, p. 39-49, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/osoc/a/qqdBLwZQH6xFkSzgkty4Yfs/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 28 mar. 2023.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Almedina, 2020. Disponível em: https://www.abennacional.org.br/site/wp-content/uploads/2020/04/Livro_Boaventura.pdf. Acesso em: 28 mar. 2023.

SANTOS, Heloísa Mônaco dos. **Trabalho móvel**: em trânsito por aeroportos e avião. Tese (Doutorado em Administração de Empresas) – Fundação Getúlio Vargas. São Paulo: EASP/FGV, 2011. Disponível em: https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/heloisa_monaco_dos_santos_71070100733.pdf. Acesso em: 28 mar. 2023.

SILVA, Aimée Mastella Sampaio da. A aplicação do teletrabalho no serviço público brasileiro. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 3., 2015. Santa Maria. **Anais [...]**. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2015. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/1-2.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2023.

SILVA, Dannel Gustavo Bomfim Araújo da. Justiça 4.0: novas tecnologias, antigas desigualdades. **Revista Jurídica**, Ano 2, n. 2, 2022, Rio Branco: Escola do Poder Judiciário do Acre. Disponível em: <https://esjud.tjac.jus.br/periodicos/index.php/esjudtjac/article/view/42/26>. Acesso em: 30 mar. 2023.

SILVA, Karla Yacy Carlos da; MORAES, Camila Miranda de. A justiça 4.0 e o acesso sob a lente da agenda 2030 da ONU. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região**, v. 26, n.2, Brasília:TRT-10, 2022. Disponível em: <https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/541>. Acesso em: 30 mar. 2023.

“

**JUSTIÇA 4.0 E A HUMANIZAÇÃO
DO ATENDIMENTO NA ERA
DIGITAL - CONFLITO “APARENTE”
ENTRE A DIGNIDADE DA PESSOA
E A TECNOLOGIA: NOVOS DESAFIOS
PARA A CIÊNCIA JURÍDICA
MODERNA**

”

MARIA JOSÉ OLIVEIRA E SILVA

**JUSTIÇA 4.0 E A HUMANIZAÇÃO
DO ATENDIMENTO NA ERA DIGITAL
- CONFLITO “APARENTE” ENTRE A DIGNIDADE
DA PESSOA E A TECNOLOGIA: NOVOS DESAFIOS
PARA A CIÊNCIA JURÍDICA MODERNA**

**JUSTICE 4.0 AND THE HUMANIZATION
OF CUSTOMER SERVICE IN THE DIGITAL AGE
- “APPARENT” CONFLICT BETWEEN DIGNITY
OF THE PERSON AND TECHNOLOGY: NEW CHALLENGES
FOR MODERN LEGAL SCIENCE**

MARIA JOSÉ OLIVEIRA E SILVA¹

Sumário: 1 Introdução. 2 O Direito Digital e a Justiça 4.0. 2.1 Principais Ações da Justiça 4.0 3. Ações da Justiça 4.0 que envolvem atendimento ao público. 3.1 Juízos 100% Digitais. 3.2 Balcões Virtuais. 3.3 Núcleos de Justiça 4.0. 4 A humanização no atendimento ao cidadão na Justiça 4.0.

RESUMO

Este artigo aborda o moderno Direito Digital analisando as principais ações da Justiça 4.0 desenvolvidas pelo Poder Judiciário para atendimento ao público, com o objetivo de incitar a discussão acerca da necessidade de não se perder de vista o atendimento humanitário em detrimento da adoção da tecnologia no âmbito do Poder Judiciário, propondo uma comunhão entre a modernidade e a dignidade da pessoa humana, fundamento do estado democrático de direito.

Palavras-chave: Direito Moderno; era digital; Justiça 4.0; atendimento humanizado.

ABSTRACT

This article discusses the modern Digital Law by analyzing the actions of Justice 4.0 developed by the Judiciary to serve the public, to encourage discussion about the need not to lose sight of humanitarian assistance to the detriment of the adoption of technology within the Judiciary, proposing a communion between modernity and the dignity of the human person, the foundation of the democratic state of law.

Keywords: Modern Law; digital age; Justice 4.0; humanized service.

¹ Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça da Bahia, lotada na UNICORP, especialista em processo civil pela Universidade Federal da Bahia e aluna especial de mestrado pela Universidade Federal da Bahia.

1 Introdução

O presente artigo faz uma abordagem do moderno Direito Digital, analisando as principais ações desenvolvidas pela Justiça 4.0 para prestação dos serviços aos cidadãos interessados na resolução das suas demandas, implementadas em razão do atual processo tecnológico que agregou novas formas de atendimento nesta chamada era digital. Propõe-se uma reflexão para que não percamos de vista o atendimento humanizado, chamando a atenção para a necessidade de se compatibilizar os novos meios tecnológicos com o inafastável fundamento da dignidade humana.

2 O Direito Digital e a Justiça 4.0

O Direito Digital é uma nova vertente do Direito moderno que irradia, no universo jurídico, inúmeras questões atuais, advindas do grande impulso tecnológico ocorrido nas últimas décadas, em decorrência do fenômeno da internet, que se disseminou a partir da década de 90.

A consolidação do Direito Digital buscou regulamentar essa série de novos atos decorrentes das relações entre as pessoas e a tecnologia. Conforme ressaltou Bobbio (2004, p.18), no início do século XX, não é difícil prever o surgimento de novas pretensões, à época, inimagináveis, como o atual Direito Digital.

Atualmente, o Direito Digital é considerado uma nova disciplina jurídica que possui como primeiro diploma legal a Portaria Interministerial nº 147, de 31 de maio de 1995 (Araújo, 2017, p. 17), que regulamentou a utilização da rede mundial da internet no país. Na abordagem do Direito Digital, vimos surgir diversas questões, a exemplo do processo digital, da implementação da Lei Geral de Proteção de Dados, da utilização da Inteligência Artificial na tramitação dos feitos, entre tantas outras ferramentas tecnológicas.

Patrícia Peck Pinheiro (2021) destaca muito bem que o Direito Digital consiste na evolução do próprio Direito, abrangendo todos os princípios fundamentais e institutos que estão vigentes e são aplicados até hoje, assim como introduz novos institutos e elementos para o pensamento jurídico, em todas as suas áreas, propondo não a criação de uma infinidade de leis próprias para constituí-lo, mais sim a prevalência dos princípios em relação às regras, levando-se em consideração o ritmo dinâmico que as relações digitais demandam.

A doutrina tem assinalado um aspecto interessante desse ramo do Direito: afirma que o Direito Digital não tem objeto próprio, seria um Direito com um *modus operandi* diferente, sendo, na verdade, a extensão de diversos ramos da ciência jurídica, que cria novos instrumentos para atender a anseios e ao aperfeiçoamento dos institutos jurídicos em vigor (Araújo, 2017, p. 24).

A Lei nº 14.129/2021, que dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública, prevê como princípios, no seu artigo 3º: a desburocratização, a modernização, o fortalecimento e a simplificação da relação do poder público com a sociedade, mediante serviços digitais; a possibilidade aos cidadãos, às pessoas jurídicas e outros entes públicos de demandar e de acessar serviços públicos por meio digital, sem necessidade de solicitação presencial e o uso da tecnologia para otimizar processos de trabalho da administração pública, dentre outros.

Os conceitos de Justiça 4.0 e Advocacia 4.0 surgem com o Processo Judicial Eletrônico, previsto pela Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial prevendo a possibilidade dos Tribunais desenvolverem processamento

de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

Nessa senda, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 185, de 18 de dezembro de 2013, que institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento, alterada pelas Resoluções nº 242/2016, nº 245/2016, nº 281/2019, nº 320/2020, nº 335/2020 e nº 469/2022, que determina que a tramitação do processo judicial eletrônico nos órgãos do Poder Judiciário será realizada por intermédio do Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe.

Não se pode deixar de ressaltar que, em razão da pandemia estabelecida pela Covid-19 e a consequente interrupção preventiva de inúmeros serviços públicos, ocorreu um aceleração na adoção de soluções tecnológicas no âmbito do Poder Judiciário, como meio hábil para impedir a paralisação da atividade jurisdicional. Nesse cenário, surgiu o Plenário Virtual, as Sessões por Videoconferência e os Balcões Virtuais, dentre outras ferramentas tecnológicas.

2.1. Principais ações da Justiça 4.0

A Justiça 4.0 é resultado do atual processo global de renovação do Poder Judiciário, que disponibiliza novas ferramentas tecnológicas e Inteligência Artificial aos cidadãos, possibilitando uma nova gestão organizacional da prestação jurisdicional do país, impulsionando a transformação digital do Poder Judiciário. O CNJ divulga, no seu endereço eletrônico, um espaço específico para o assunto, intitulado Justiça 4.0, que institui um programa para tornar o Sistema Judiciário brasileiro mais próximo da sociedade, mediante disponibilização de novas tecnologias e Inteligência Artificial.

O Programa atua em quatro eixos: 1. **Inovação e Tecnologia**, que visa a implantação de situações disruptivas para transformar o Judiciário e melhorar a prestação de serviços a toda a sociedade; 2. **Prevenção e Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro e Recuperação de Ativos**, objetivando o robustecimento da atuação do Judiciário com melhor gestão de dados e informações e otimização da pesquisa de ativos em bancos de dados; 3. **Gestão de Informação e Políticas Judiciárias**, voltado para a formulação, implantação e monitoramento de políticas judiciais com base em evidências para fortalecer a promoção de direitos humanos; e 4. **Fortalecimento de Capacidades Institucionais do CNJ**, para a promoção da transferência de conhecimentos e soluções junto aos demais órgãos da Justiça, com foco na segurança jurídica, na sustentabilidade dos projetos e na eficiência da prestação jurisdicional.

3 Ações da Justiça 4.0 que envolvem atendimento ao público

No presente trabalho, analisaremos as ações desenvolvidas no primeiro eixo de atuação do Programa Justiça 4.0 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), relativo a Inovação e Tecnologia, com ênfase nas medidas utilizadas para transformar o Judiciário e melhorar a prestação de serviços a toda a sociedade. Neste eixo, foram desenvolvidas tecnologias que criaram o Juízo 100 % digital, os Balcões Virtuais e os Núcleos de Justiça 4.0, abaixo analisados, com demanda de atendimento das partes e dos seus advogados.

3.1. Juízo 100% Digital

O Juízo 100% Digital possibilita que todos os atos processuais sejam praticados exclusivamente por meio eletrônico e remoto, pela internet. Com essa tecnologia, o cidadão não comparece presencialmente para a prática de nenhum ato processual.

Elencam-se como vantagens da implantação do Juízo Digital: a celeridade no andamento do processo pelo uso da tecnologia, que evita atrasos decorrentes da prática de atos físicos ou que exijam a presença das partes nas unidades judiciárias; a economia de tempo para as partes interessadas e para o próprio Poder Judiciário; a economia financeira com a redução de gastos de transporte e espaço físico; a proteção do meio ambiente, com menos carros nas ruas, menos impressão *etc.*

O Juízo 100% Digital foi instituído em outubro de 2020, pela Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 345, de 9 de outubro de 2020, com alterações introduzidas pelas Resoluções nº 378/2021 e nº 481/2022, que autorizaram a sua implementação no Poder Judiciário Nacional.

Impende ressaltar que a utilização do processo 100% digital não é obrigatória, a normativa referenciada faculta à parte demandante a escolha no momento da distribuição do feito, podendo a parte demandada opor-se a essa opção até o momento da contestação. Isso não impede que, a qualquer momento, o magistrado inste as partes a manifestarem interesse na adoção do Juízo 100% Digital, importando o silêncio, após duas intimações, aceitação tácita.

O atendimento das partes no Juízo 100% Digital é realizado pelos canais disponíveis, devendo os Tribunais disponibilizarem infraestrutura de informática e de telecomunicação necessárias ao atendimento remoto por telefone, e-mail, chamadas de vídeo, aplicativos digitais ou outros canais de comunicação definidos pelo Tribunal. Importante lembrar que as audiências e sessões se dão exclusivamente por videoconferência, sendo possível a utilização de salas disponibilizadas pela Justiça nos Fóruns.

Quanto aos advogados, o atendimento no Juízo 100% Digital é feito durante o horário fixado para o atendimento ao público de forma eletrônica, observando-se a ordem de solicitação, os casos urgentes e as preferências legais. A demonstração de interesse do advogado de ser atendido pelo magistrado deve ser registrada, com dia e hora, por meio eletrônico indicado pelo tribunal e a resposta sobre o atendimento deve ser feita em até 48 horas, salvo em situação de urgência, nos termos de cartilha divulgada no site do Conselho Nacional de Justiça.

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por intermédio do Ato Normativo Conjunto nº 07, de 01 de junho de 2022, regulamentou o Juízo 100% Digital, tendo sido adotado em todas as unidades jurisdicionais de primeiro e segundo grau, inclusive nas do Sistema dos Juizados Especiais. O atendimento do Juízo Digital, no âmbito do Poder Judiciário do Estado da Bahia, se dá de forma remota, durante o horário de atendimento ao público, por intermédio do “Balcão Virtual”, preferencialmente, como também por telefone, por e-mail, por videochamadas, por aplicativos digitais e por outros meios de comunicação que venham a ser definidos pelo Tribunal.

O atendimento exclusivo de advogados pelos magistrados e servidores lotados no Juízo 100% Digital observará a ordem de solicitação, os casos urgentes e as preferências legais. Em se tratando de atendimento do advogado por magistrado, o causídico deverá demonstrar interesse através do registro na Central de Agendamento do Poder Judiciário da Bahia, do qual obterá resposta no prazo de 48 horas, ressalvados os casos urgentes.

3.2 Balcões Virtuais

O Conselho Nacional de Justiça regulamentou o denominado “Balcão Virtual” através da Resolução nº 372, de 12 de fevereiro de 2021, com as alterações introduzidas pelas Resoluções de nº 403/2021 e de nº 473/2022. Trata-se de uma ação do CNJ adotada com o escopo de tornar permanente o acesso remoto direto e imediato dos usuários dos serviços da Justiça às Secretarias das Varas das unidades judiciárias de todo o país.

Para viabilizar o acesso dos usuários dos serviços da Justiça (advogados e partes) direto às Varas, os Tribunais do país necessitam disponibilizar, em seu sítio eletrônico, ferramenta de videoconferência que permita imediato contato com o setor de atendimento de cada unidade judiciária durante o horário de atendimento ao público. Tal espaço é denominado de “balcão”, fazendo remissão aos balcões físicos das unidades.

O Conselho Nacional de Justiça possui página através da qual disponibiliza manual de instalação da ferramenta *Jitsi Meet* na infraestrutura do Tribunal. O nosso Tribunal de Justiça da Bahia possui a ferramenta tecnológica do Balcão Virtual, regulamentada pelo Ato Conjunto nº 06, de 16 de maio de 2021, que entrou em funcionamento a partir de 23 de março de 2021.

Atualmente, os cidadãos têm acesso às salas de forma remota, através do *home page* do Tribunal de Justiça, no qual o interessado é direcionado para página específica em que se encontram as unidades judiciárias. Estas, por sua vez, contam com as denominadas “salas online” e, mediante um simples clique, as partes e advogados acessam as salas de videoconferência da unidade judiciária da qual almejam atendimento.

3.3 Núcleos de Justiça 4.0

Atualmente, a Resolução CNJ nº 385, de 06 de abril de 2021, alterada pela Resolução nº 398, de 09 de junho de 2021, dispõe sobre a criação de Núcleos de Justiça 4.0, determinando que os Tribunais de Justiça poderão instituir os referenciados Núcleos especializados, nos quais tramitarão apenas processos em conformidade com o “Juízo 100% Digital”, disciplinado na Resolução CNJ nº 345/2020. Na esteira dessa nova realidade tecnológica, o nosso Tribunal de Justiça do Estado da Bahia editou o Ato Normativo Conjunto nº 10, de 13 de junho de 2022, através do qual instituiu os Núcleos de Justiça 4.0 para atuarem em apoio às unidades judiciais, com competência sobre toda a área territorial situada dentro dos limites da jurisdição do tribunal, em conformidade com as diretrizes fixadas pela Resolução nº 398/2021 do Conselho Nacional de Justiça.

Os referenciados Núcleos atuam mediante apoio às unidades judiciais, especialmente quanto à prolação de decisões e à prática de atos em processos que abarquem questões especializadas em razão de sua complexidade, de pessoas ou de fase processual, que versem sobre demandas repetitivas ou direitos individuais homogêneos; que envolvam questões afetadas por precedentes obrigatórios; que estejam em situação de descumprimento de metas nacionais do Poder Judiciário ou que se encontrem com elevado prazo para a realização de audiência ou sessão de julgamento, para a realização de audiência ou sessão de julgamento ou para prolação de sentença ou voto.

Da análise da normativa referenciada, infere-se que os Núcleos de Justiça 4.0 deverão prestar atendimento remoto, durante o horário de atendimento ao público, prioritariamente por intermédio do “Balcão Virtual”, nos termos do Ato Conjunto nº 06, de 16 de março de 2021.

4 A humanização no atendimento ao cidadão na Justiça 4.0.

É preciso ter em mente que todas as formas de atendimento digitais não podem perder de vista a premissa de que, por detrás da tecnologia, existe um cidadão com expectativas e necessidades que devem ser observadas e devidamente satisfeitas. O atendimento humanizado tem como foco a solução da demanda dos interessados através de abordagem acolhedora e empática do indivíduo, que deve ser valorizado como meio de promoção da eficiência na prestação jurisdicional.

A princípio, o atendimento virtual pode nos remeter à ideia da impessoalidade no atendimento ao cidadão, em razão da intermediação da máquina, que imprime um distanciamento nas relações. Esse é o ponto nodal da questão. Não se pode deixar que isso ocorra nas diversas formas de atendimentos disponibilizadas na Justiça 4.0, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Portanto, pode-se afirmar que a humanização do atendimento, nessa nova óptica do Direito Digital, que pressupõe que as necessidades do demandante sejam respeitadas e claramente entendidas para, posteriormente serem solucionadas da melhor maneira possível, decorre da observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

Os princípios constitucionais, segundo Dirley da Cunha Júnior (2018, p. 5) tiveram nova concepção no período do neoconstitucionalismo, manifestação pós-positivismo, que deu origem a um novo paradigma jurídico, o Estado Constitucional de Direito. Dessa forma, os direitos fundamentais passaram a um patamar de normas supraleais de caráter imutável e aplicabilidade imediata, que irradiam a sua atuação para todos os demais ramos do Direito e têm como base estruturante o princípio da dignidade da pessoa humana.

Atualmente, sustenta-se a existência do transconstitucionalismo, movimento que defende uma tratativa abrangente para os direitos fundamentais, além do contexto estatal interno, defendendo que os direitos fundamentais devem ser discutidos entre diversas ordens jurídicas.

Acerca do tema, Marcelo Neves (2009, p.23) explicita que “a sociedade mundial constituiu-se como uma conexão unitária de uma pluralidade de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e simultaneidade, de complementaridade. Trata-se de uma unitas multiplex” (Neves, 2009, p.23). Portanto, é indubitável a irradiação dos direitos fundamentais no âmago do Direito Digital, notadamente na questão abordada do atendimento humanizado, que deve ser priorizado nas práticas da Justiça 4.0.

Segundo Paulo Bonavides (2006, p.571), os direitos fundamentais da quarta geração decorrem da globalização política e econômica, correspondendo à derradeira fase de institucionalização do Estado social. São eles: direito à democracia, à informação e ao pluralismo, deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, abarcando uma máxima universalidade para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Bobbio (2004), por seu turno, elucida que novas exigências decorrentes da atualidade fazem surgir novos direitos, que só podem ser chamadas de direitos de quarta dimensão, referentes, por exemplo, aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica. No contexto, indaga acerca dos limites dessa manipulação, concluindo que “os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer” (Bobbio, 2004).

Partindo-se da ideia inicial de Norberto Bobbio (2004), bem como da sugestão de Paulo Bonavides (2006) acerca da quarta dimensão dos direitos fundamentais, depreende-se que os direitos decorrentes do desenvolvimento tecnológico e científico, chamados de Direito Digital, devem ser erigidos a essa nova dimensão de direitos fundamentais, cuja característica

principal não se relaciona com a titularidade metaindividual, mas sim com os valores basilares da dignidade da pessoa diante dos avanços tecnológicos e científicos da humanidade.

Inequívoco que a evolução dos direitos fundamentais visa atender às demandas sociais de determinada época, o que, sem dúvida, abarca o progresso econômico, social e tecnológico. Dessa forma, não se pode impedir o progresso, em razão da sua vital importância para a manutenção da vida na Terra. Todavia, esse avanço científico e tecnológico, em determinadas circunstâncias, não pode violar o direito à dignidade humana, merecendo, portanto, limitações morais e éticas através de novas regras, que deverão ser contemplados a partir dessa nova dimensão dos direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana, segundo Dirley da Cunha Júnior, “assume relevo como valor supremo de toda a sociedade para o qual se reconduzem todos os direitos fundamentais da pessoa humana” (Cunha Júnior, 2021, p.211).

Ingo W. Sarlet (2006, p.38) destaca muito bem a relevância desse macro princípio, aduzindo que “a dignidade da pessoa humana continua, talvez como nunca, a ocupar um lugar central no pensamento filosófico, político e jurídico, do que dá conta a sua já referida qualificação como valor fundamental da ordem jurídica” (Sarlet, 2006, p.38).

O atendimento humanizado se desnuda nessa nova era do Direito Digital como um grande desafio. O “aparente” conflito da utilização de recursos tecnológicos e do olhar atento às necessidades de cada indivíduo que clama pela prestação jurisdicional, com foco nas suas necessidades através da abordagem empática, pode ser afastado com a constante implementação de recursos por parte do Poder Judiciário. Tais recursos podem ser relativos a treinamento das pessoas que estão prestando atendimento virtual, ou através de novas tecnologias advindas da Inteligência Artificial, para não se perder de vista que o cidadão demandante sempre será o foco do Poder Judiciário, que deve envidar esforços para a satisfação do seu usuário final, na busca pela excelência da prestação jurisdicional.

O atendimento humanitário consiste na prática da escuta ativa, na demonstração de empatia durante o atendimento, na personalização da abordagem e na proatividade, requisitos que pressupõem o treinamento dos servidores do Poder Judiciário. É necessário que o cidadão se sinta acolhido e valorizado, e que lhe sejam apresentadas respostas que evidenciem o cuidado e o tratamento personalizado, pois, ainda que estejamos diante de máquinas, o ser humano e as suas necessidades devem ser o foco principal da demanda.

Os benefícios de uma relação humanizada são inúmeros, o indivíduo se sente valorizado e satisfeito, o que fortalece a relação institucional, atendendo a um dos objetivos estratégicos do Poder Judiciário, esculpido na Resolução CNJ 325 de 29 de junho de 2020, no Macrodesafio de Fortalecimento da Relação Institucional do Poder Judiciário com a Sociedade, que:

[...] refere-se à adoção de estratégias de comunicação e de procedimentos objetivos, ágeis e em linguagem de fácil compreensão, visando à transparência e ao fortalecimento do Poder Judiciário como instituição garantidora dos direitos. Abrange a atuação interinstitucional integrada e sistêmica, com iniciativas pela solução de problemas públicos que envolvam instituições do Estado e da sociedade civil. (Brasil, 2020).

O referenciado Macrodesafio foi reproduzido pela Resolução do Tribunal de Justiça da Bahia nº 03, de 24 de março de 2021.

Os Tribunais do país, sensíveis ao tema, estão buscando desenvolver ações voltadas ao atendimento humanizado, a exemplo do Tribunal de Justiça do Ceará, no qual a Desembargadora Maria Nailde Pinheiro Nogueira, no site do Tribunal, esclarece que:

Estou ciente de que a caminhada trará desafios, mas, com muito trabalho, dedicação e união, eles serão superados. **Envidarei esforços para o bom êxito da nossa Administração, pautada pela maior humanização do atendimento, acolhendo o cidadão com a devida empatia, tornando-o partícipe da solução do problema que o motivou a buscar o Judiciário.** Traçamos, no Plano de Gestão, que está devidamente alinhado ao Planejamento Estratégico 2030, cinco eixos de atuação: procedimentos judiciais, produtividade, tecnologia, infraestrutura e finanças. Como afirmei no meu discurso de posse, “a automação e a gestão aprimorada de processos de trabalho se tornam absolutamente imprescindíveis. Em tempos tão difíceis, porém, **não podemos dispensar a necessidade de humanização do atendimento visando ao acolhimento daqueles que mais necessitam de auxílio e apoio, com o objetivo de propiciar um Poder Judiciário efetivamente aberto e inclusivo para todos.** (Nogueira, 2021, grifo nosso).

Outra iniciativa que merece destaque foi a promovida pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, que lançou curso de Capacitação para sensibilizar o servidor da percepção de si mesmo, do local de trabalho que está inserido e a quem a ele atende, através do curso Humanização e Excelência no Atendimento, oferecido pela Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco. A instrutora do curso ressalta que:

[...] para obter-se um atendimento humanizado é importante fazer um levantamento das competências de cada servidor visando melhorar a comunicação e incentivá-lo a empatia com a pessoa para quem ele está prestando serviços. Abordamos a ética e também o atendimento ao deficiente. O servidor deve perceber que cada atendimento é único e, portanto, diferenciado. (Muniz *apud* Duarte, [20--])

Portanto, está lançado o grande desafio desta nova era que se descortina, que é a humanização dos serviços prestados sob a égide da Justiça 4.0. Que os profissionais de Direito e o Poder Judiciário tenham sempre como elementos balizadores da nova ciência do Direito Digital os princípios fundamentais de Direito, notadamente o da dignidade da pessoa humana.

Referências

ARAÚJO, Marcelo Barreto de. **Comércio eletrônico - Marco Civil da Internet - Direito Digital**. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviço e Turismo, 2017.

BAHIA. Tribunal de Justiça. Ato Normativo Conjunto nº 06, de 16 de março de 2021. [Regulamenta a criação da palataforma de videoconferência denominada “Balcão Virtual”]. Art. 2º O Balcão Virtual entrará em funcionamento em todas as unidades judiciais do primeiro e segundo grau do PJBA, a partir do dia 23 de março de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**: caderno 1, Poder Judiciário, Salvador, n.2.8222, p.5-6, 17 mar. 2021. Disponível em: http://www5.tjba.jus.br/portal/wp-content/uploads/2021/03/Ato-Conjunto-6_-balcao-virtual.pdf. Acesso em: 10 ago. 2023.

BAHIA. Tribunal de Justiça. Ato Normativo Conjunto nº 10, de 13 de junho de 2022. [Dispõe sobre a implantação de Núcleos de Justiça 4.0 em apoio às unidades judiciais no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, e dá outras providências]. Art. 1º Instituir, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, “Núcleos de Justiça 4.0”, para atuarem em apoio às unidades judiciais, com competência sobre toda a área territorial situada dentro dos limites da jurisdição do tribunal, em conformidade com as diretrizes fixadas pela Resolução nº 398/2021 do Conselho Nacional de Justiça. Art. 2º Os “Núcleos de Justiça 4.0” atuarão em apoio às unidades judiciais, especialmente quanto à prolação de decisões e a prática de atos em processos que: I – abarquem questões especializadas em razão de sua complexidade, de pessoa ou de fase processual; II – abranjam repetitivos ou direitos individuais homogêneos; III – envolvam questões afetadas por precedentes obrigatórios, em especial definidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – estejam em situação de descumprimento de metas nacionais do Poder Judiciário; e V – encontrem-se com elevado prazo para a realização de audiência ou sessão de julgamento ou com elevado prazo de conclusão para sentença ou voto. Art. 7º Os “Núcleos de Justiça 4.0” prestarão atendimento remoto, durante o horário de atendimento ao público, prioritariamente por intermédio do “Balcão Virtual”, nos termos do Ato Conjunto n. 06, de 16 de março de 2021, ou por telefone, por e-mail, por vídeo chamadas, por aplicativos digitais ou por outros meios de comunicação que venham a ser definidos pelo TJBA. **Diário da Justiça Eletrônico**: caderno 1, Poder Judiciário, Salvador, n.3.118, p.5-7, 14 jun. 2022. Disponível em: <http://primeiravice.tjba.jus.br/primeiravice/ato-normativo-conjunto-no-10-de-13-de-junho-de-2022/>. Acesso em: 10 ago. 2023

BAHIA. Tribunal de Justiça. **Balcão Virtual TJBA**. [20--]. Disponível em: <http://balcaovirtual.tjba.jus.br/balcaovirtual/>. Acesso em: 23 mar. 2023.

BAHIA. Tribunal de Justiça. **Resolução nº 03, de 24 de março de 2021**. [Dispõe sobre a Estratégia do Poder Judiciário do Estado da Bahia para o sexênio 2021-2026 e dá outras providências]. SEÇÃO II MACRODESAFIO FORTALECIMENTO DA RELAÇÃO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A SOCIEDADE Art.20.Refere-se à adoção de estratégias de comunicação e de procedimentos objetivos, ágeis e em linguagem de fácil compreensão, visando à transparência e ao fortalecimento do Poder Judiciário como instituição garantidora dos direitos. Abrange a atuação interinstitucional integrada e sistêmica, com iniciativas pela solução de problemas públicos que envolvam instituições do Estado e da sociedade civil. São objetivos do PJBA para o alcance deste macrodesafio.Salvador: Poder Judiciário, 2021. Disponível em: http://www5.tjba.jus.br/estrategia/wp-content/uploads/2021/04/Resolu%C3%A7%C3%A3o-03_2021.pdf. Acesso em: 10 ago. 2023.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7 ed. Rio de Janeiro: GEN; Atlas, 2004. Kindle.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República [2020]. Art. 1º, inciso III. A dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Balcão Virtual CNJ. [20--]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/balcao-virtual/>. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Juízo 100% Digital**: tudo o que você precisa saber. Brasília: CNJ, 2020. Cartilha. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/WEB_cartilha_Juizo_100porcento_digital_v3.pdf. Acesso em: 22 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 185, de 18 de dezembro de 2013**. [Institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento]. Art. 1º A tramitação do processo judicial eletrônico nos órgãos do Poder Judiciário previsto no art. 92, incisos I-A a VII, da Constituição Federal, realizada por intermédio do Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe, é disciplinada pela presente Resolução e pelas normas específicas expedidas pelos Conselhos e Tribunais que com esta não conflitem. Brasília – DF: CNJ, 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado180953202010085f7f55f183e07.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 325, de 29 de junho de 2020**. [Dispõe sobre a Estratégia Nacional do Poder Judiciário 2021-2026 e dá outras providências]. ANEXO I DA RESOLUÇÃO Nº 325, DE 29 DE JUNHO DE 2020. Macrodesafios do Poder Judiciário e respectivas descrições. Perspectiva Sociedade. FORTALECIMENTO DA RELAÇÃO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO COM A SOCIEDADE Descrição: Refere-se à adoção de estratégias de comunicação e de procedimentos objetivos, ágeis e em linguagem de fácil compreensão, visando à transparência e ao fortalecimento do Poder Judiciário como instituição garantidora dos direitos. Abrange a atuação interinstitucional integrada e sistêmica, com iniciativas pela solução de problemas públicos que envolvam instituições do Estado e da sociedade civil. Brasília – DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado180953202010085f7f55f183e07.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 345, de 09 de outubro de 2020**. [Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências]. Art. 1º Autorizar a adoção, pelos tribunais, das medidas necessárias à implementação do “Juízo 100% Digital” no Poder Judiciário. §1º No âmbito do “Juízo 100% Digital”, todos os atos processuais serão exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto por intermédio da rede mundial de computadores. (redação dada pela Resolução n. 378, de 9.03.2021); Art. 3º A escolha pelo “Juízo 100% Digital” é facultativa e será exercida pela parte demandante no momento da distribuição da ação, podendo a parte demandada opor-se a essa opção até o momento da contestação. Brasília – DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original175500202010145f873b7482503.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 372 de 12 de fevereiro de 2021**. [Regulamenta a criação de plataforma de videoconferência denominada “Balcão Virtual”]. Art. 1º Os tribunais e os conselhos, à exceção do Supremo Tribunal Federal, deverão disponibilizar, em seu sítio eletrônico, ferramenta de videoconferência que permita imediato contato com o setor de atendimento de cada unidade judiciária, popularmente denominado como balcão, durante o horário de atendimento ao público; Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original15412620210219602fdc26a38d2.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. **Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. [Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências]. Art. 8º Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e aces-

so por meio de redes internas e externas. Brasília – DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.129, de 29 de março de 2021**. [Dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública]. Art. 3º São princípios e diretrizes do Governo Digital e da eficiência pública: I - a desburocratização, a modernização, o fortalecimento e a simplificação da relação do poder público com a sociedade, mediante serviços digitais, acessíveis inclusive por dispositivos móveis; [...] III - a possibilidade aos cidadãos, às pessoas jurídicas e aos outros entes públicos de demandar e de acessar serviços públicos por meio digital, sem necessidade de solicitação presencial; [...] VIII - o uso da tecnologia para otimizar processos de trabalho da administração pública; Brasília – DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14129.htm. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. **Portaria Interministerial nº 147, de 31 de maio de 1995**. Art. 1º. Criar o Comitê Gestor Internet do Brasil, que terá como atribuições: I - acompanhar a disponibilização de serviços Internet no país. Brasília – DF: Ministério das Comunicações, Gabinete do Ministro. Disponível em: https://antigo.mctic.gov.br/mctic/opencms/legislacao/portarias_interministeriais/migracao/Portaria_Interministerial_MCTMC_n_147_de_31051995.html. Acesso em: 10 ago. 2023.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Justiça 4.0**. [20--]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/>. Acesso em: 14 mar. 2023.

CUNHA, Dirley Júnior. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador, JusPODIVM, 2018.

DUARTE, Joseane. Atendimento humanizado para população no TJPE. **Tribunal de Justiça de Pernambuco**, [20--]. Acesso em: <https://www.tjpe.jus.br/web>. Acesso em: 16 jul. 2023.

NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NOGUEIRA, Maria Nailde Pinheiro. Judiciário mais acolhedor e humanizado. **Tribunal de Justiça do Ceará**, 26 mar. 2021. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/noticias/artigo-judiciario-mais-acolhedor-e-humanizado/>. Acesso em: 16 jul. 2023.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolf Gang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

“

**A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA
NA AMAZÔNIA LEGAL:
GOVERNANÇA DE TERRAS,
MARCOS LEGAIS E PPCDAM 2023**

”

RICHARD MARTINS TORSIANO
TAFFAREL PEREIRA MARQUES

A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NA AMAZÔNIA LEGAL: GOVERNANÇA DE TERRAS, MARCOS LEGAIS E PPCDAM 2023

LAND REGULARIZATION IN THE LEGAL AMAZON: LAND GOVERNANCE, LEGAL FRAMEWORKS AND PPCDAM 2023

RICHARD MARTINS TORSIANO¹
TAFFAREL PEREIRA MARQUES²

Sumário: 1 A questão Amazônica e o desenvolvimento do Estado. 2 O interesse social internacional. 2.1 A governança de terras na política nacional (Programa Terra Legal). 3 A intensificação na ocupação da Amazônia Legal e a Administração Territorial. 4 Terra Legal, A regularização sob cooperação. 4.1 O sistema de administração de terras. 5 O PPCDAm 2023. 6 Considerações finais.

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar que os marcos legais que tentaram regular a posse e propriedade de terras na Amazônia Legal foram insuficientes para instalar um sistema eficiente de controle e administração pelo Estado, assim como elencar pontos sobre as diretrizes e estratégias trazidas pelo Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAm) 2023, como instrumento na execução plena da política am-

1 Especialista internacional em governança e administração de terras, com mestrado em cadastro e ordenamento territorial pela Universidade de Jaén, Espanha. Diretor de Ordenamento da Estrutura Fundiária do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) por dez anos, tendo coordenado políticas nacionais de gestão fundiária, como o cadastro de terras, regularização fundiária, cartografia, regularização de territórios quilombolas e aquisição de terras por estrangeiros. Gestão que lhe rendeu os dois maiores prêmios nacionais de inovação na gestão pública. Coordenou a formulação do Programa Terra Legal de regularização fundiária na Amazônia. Liderou processos de mediação de conflitos agrários envolvendo comunidades tradicionais, produtores rurais, áreas de segurança nacional e empreendimentos de produção agrícola e de energias renováveis, atuação que lhe rendeu a medalha Mérito Tamandaré, maior comenda da Marinha do Brasil. Consultor da Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) e do Banco Mundial no tema de governança fundiária na América Latina e Caribe. Participou de diversas missões internacionais na América Latina, África, Europa e EUA. Coordenador Executivo do Núcleo de Regularização Fundiária da Corregedoria Geral de Justiça do Piauí, é idealizador e cofundador do Fórum Fundiário dos Corregedores Gerais de Justiça da região do MATOPIBA. Em 2020 recebeu do Governador do Piauí a medalha Mérito Renascença, maior comenda do Estado. Professor da Escola Nacional da Magistratura e Professor convidado do mestrado na Faculdade de Engenharia Cartográfica e Geodésia da Universidade de Jaén, Espanha. É membro do Grupo de Pesquisa em Governança de Terras da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) e pesquisador do Grupo de Políticas Públicas da Escola Superior de Agronomia da Universidade de São Paulo ESALQ/USP. Em 2020 foi eleito Diretor-Presidente do Centro de Inteligência para Governança de Terras e Desenvolvimento Sustentável (CITE).

2 Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Membro do Programa de Apoio ao Endividado (PAE) – FDRP/USP. Membro do Laboratório de Agricultura Familiar (FDRP/USP). Engenheiro Agrônomo – FAFRAM. Assessor técnico da R. Torsiano, consultoria agrária, ambiental e fundiária.

biental. Pretende-se mostrar que a governança de terras através de um sistema de administração territorial baseado em tecnologia, inovação e cooperação institucional, aliados com respeito aos povos indígenas e às comunidades tradicionais são os pilares para um desenvolvimento sustentável e para a diminuição dos conflitos pela posse de terra na Amazônia Legal. A governança se estabelece com a aplicação de um conjunto de práticas para promoção do desenvolvimento sustentável, englobando novos marcos legais para sustentar uma política e mercado de terra, uma infraestrutura com ferramentas profissionais na delimitação de fronteiras, georreferenciamento, coleta de dados avançada e registros e ainda o uso de políticas sociais emergentes que observam a igualdade social e de gênero como aspectos relevantes.

Palavras-chave: Amazônia Legal. Debilidade fundiária. Registro de terras. Sistemas de administração territorial.

ABSTRACT

This paper seeks to demonstrate that the legal frameworks that attempted to regulate land tenure and ownership in the Legal Amazon were insufficient to install an efficient system of control and administration by the state, as well as to list points about the guidelines and strategies brought by the PPCDAM 2023, as an instrument in the full implementation of environmental policy, also intends to show that land governance through a system of territorial administration based on technology, innovation and institutional cooperation, combined with respect for indigenous peoples and traditional communities are the pillars for sustainable development and for the reduction of conflicts over land tenure in the Legal Amazon. Governance is established by applying a set of practices to promote sustainable development, encompassing new legal frameworks to support a land policy and market, an infrastructure with professional tools for border delimitation, georeferencing, advanced data collection and registration, and the use of emerging social policies that observe social and gender equality as relevant aspects.

Keywords: Legal Amazon. Land tenure weakness. Land registration. Land administration systems.

1 A questão amazônica e o desenvolvimento do Estado

A complexidade do processo de formação e ocupação do território brasileiro, assim como o estabelecimento do complexo sistema registral da propriedade cominado com os requisitos para o reconhecimento da legitimidade dos ocupantes tradicionais e originários das terras, cujo modo de vida e organização social não se encontram descritos e acolhidos pelo ordenamento jurídico histórico, influenciam para que muitos direitos sobre a terra não estejam legalmente reconhecidos e tampouco documentados, particularmente na região da Amazônia Legal. A região é marcada por intervenções e rompantes, sobretudo planos federais que discriminaram e arrecadaram grandes extensões de terras.

A debilidade na governança de terras na Amazônia Legal promoveu incertezas, conflitos fundiários e dilemas socioambientais com reflexos nas diversas esferas da atividade econômica e socioambiental no território. Tem-se na região uma indeterminada extensão de terras públicas e devolutas não destinadas, com esse ativo potencial, em prejuízo de uma política de desenvolvimento sustentável e resiliente, que persiste à baixa capacidade de gestão

do Estado sobre o patrimônio público e na identificação e efetivação de direitos. Isso resulta em ocupações irregulares, grilagem de terras, além da incerteza a produtores que cumprem os requisitos para regularização e que ainda não detêm o título das terras, do desmatamento ilegal e de conflitos fundiários (Bueno, Reydon, 2017; Moreno, 1999).

Essa circunstância direciona para que a ocupação desorganizada obtenha sua fonte econômica, essencialmente, do uso e da extração dos recursos naturais, sem que exista um sistema de administração de terras e recursos que efetive a atual política de preservação, permitindo que parte da economia da região amazônica seja movimentada por atividades e ocupações irregulares e ilegais em terras públicas, por vezes estabelecidas com base em violências perpetradas contra populações rurais de ocupação prolongada e cuja sobrevivência depende do acesso a esses recursos naturais (Devisate, 2017). A região Norte tem apresentado o maior número de conflitos relacionados à terra no Brasil dentre as regiões, de acordo com dados compilados por entidade da sociedade civil (Comissão Pastoral da Terra, 2019).

A promessa das políticas voltadas para a inclusão social, a oferta dos serviços de saúde, educação e infraestrutura básica visando a melhoria na qualidade de vida da população local, além da geração de emprego e renda, esbarram na falta de uma organização de base que permitisse estabelecer uma matriz de áreas e titulares para implantação de projetos estruturados nas ferramentas negociais e administrativas. Ressalta-se que, apesar dos avanços observados desde sua implantação, para maior eficiência do Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAm) são variados os desafios para o aprimoramento da importante iniciativa, passando necessariamente pela melhoria nas políticas de controle e monitoramento das taxas de desmatamento, da garantia de maior participação efetiva de agentes ligados às comunidades locais, ribeirinhas dentre outros núcleos nas decisões relacionadas ao uso racional/sustentável (West; Fearnside, 2021). É importante destacar que o PPCDAm representa um esforço governamental de enfrentamento aos desafios interligados da região amazônica, buscando conciliar o crescimento econômico, a proteção dos ecossistemas naturais e, especialmente, a proteção, a segurança e o bem-estar das populações locais.

O presente artigo, primeiramente, realiza um apanhado histórico das legislações federais que incidiram sobre o território amazônico brasileiro e impactaram as políticas de alienação de terras públicas na região. Defendemos que a Lei 11.952/09 representa um ponto de inflexão na destinação de áreas federais na Amazônia por ter inaugurado o paradigma da regularização fundiária de terras públicas. Até então, o Poder Executivo se valia do instituto da legitimação de posse, inaugurada em 1850, através da Lei n. 601, a qual dispôs sobre as terras devolutas do Império. Demonstraremos que o marco normativo operou uma convergência da política fundiária e da política ambiental que gerou resultados positivos para o controle do desmatamento (Sparovek et al., 2020). Em seguida, pretendemos analisar as ferramentas e o alinhamento principiológico que visa efetivar a legislação federal de regularização fundiária de terras públicas federais e seus limites para o enfrentamento dos problemas fundiários da região sobremaneira com o PPCDAm 2023.

Este trabalho tem como premissa que a governança fundiária é condição necessária para promover o desenvolvimento sustentável na Amazônia Legal. Argumentamos que o problema fundiário da região não finda com fomento a programas de regularização de posses em terras públicas federais e estaduais. Trazemos à discussão a importância de estabelecer Sistemas de Administração de Terras (SAT) eficientes para uma gestão responsável da terra (Willianson et al., 2014).

2 O interesse social internacional

A região da Amazônia brasileira tem atraído grande visibilidade na mídia nacional e internacional, em decorrência do aumento expressivo do desmatamento e do número de focos de incêndios registrados na região nos últimos anos (Fonseca *et al*, 2021). Também contribuem para a intensificação do debate público da atualidade a regulamentação da destinação de terras públicas federais na Amazônia Legal e o estabelecimento do Marco Temporal. Uma miríade de atores – organizações ambientalistas, religiosas, empresas nacionais e estrangeiras do agronegócio, setor financeiro, industrial e academia – tem participado do debate público sobre a debilidade da governança de terras na Amazônia Legal, ocupação desordenada, grilagem e sua relação com o desmatamento ilegal. O tema ganhou visibilidade internacional, sobretudo em países da União Europeia, no contexto de estabelecimento do acordo de livre comércio entre o Mercosul e o bloco europeu.

Nesse contexto, a iniciativa governamental do Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal PPCDAm que, desde a sua instituição em 2004, tem a missão de promover de forma sustentável o desenvolvimento na Amazônia, bem como atuar no combate aos problemas relacionados ao desmatamento ilegal, degradação de ecossistemas naturais e redução da pobreza na região. Não menos importante, com o incentivo à regularização fundiária e à criação de unidades de conservação, houve ampliação na proteção de áreas naturais e na preservação da biodiversidade (Bragança; Dahis, 2022).

Na quinta fase do programa, inaugurada em 2023, a disposição expressa sobre o acordo de Paris constante no artigo 10º, X, a, do Decreto 11.367 de 01 de janeiro de 2023, fornece o diapasão que regerá as ações estatais para efetivação de um sistema eficiente de administração fundiária e territorial na região, assim como as interferências da política interna e a efetivação, ou não, dos acordos internacionais pretendidos.

2.1 A governança de terras na política nacional (Programa Terra Legal)

Com a finalidade de produzir uma análise acerca dos marcos legais que orientaram e orientam a alienação de terras públicas federais na Amazônia, serão analisados o histórico da ocupação e legislação fundiária federal na Amazônia Legal, os impactos da débil governança da terra para o ordenamento territorial e proteção dos grupos vulneráveis da região. Também serão analisados a relevância do Programa Terra Legal como promotor do modelo de governança e os reflexos positivos e negativos das alterações na Lei 11.952, de 25 de junho de 2009.

3 A intensificação na ocupação da Amazônia Legal e a administração territorial

Compreende-se como Amazônia Legal o recorte instituído pela Lei Complementar nº 124 de 03 de janeiro de 2007, a mesma lei que instituiu a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM), uma autarquia especial dotada de autonomia administrativa e financeira que, conforme seu artigo 3º, tem por finalidade “promover o desenvolvimento incluyente e sustentável de sua área de atuação e a integração competitiva da base produtiva regional na economia nacional e internacional” (SUDAM, 2020).

A superfície abrangida pela Amazônia Legal possui área superior a quinhentos milhões de hectares, correspondente a cerca de 59% do território brasileiro, distribuídos entre 772 municípios nos Estados de Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima, Pará, Amapá, Tocan-

tins, Mato Grosso e Maranhão (IBGE, 2021). No entanto, não é novidade a criação de órgãos e projetos para a exploração da região.

A intensificação desse processo ocorreu a partir dos Acordos de Washington em 1942 (dentre os quais, destaca-se o “acordo da borracha”), em que o governo brasileiro se comprometeu a lançar seus melhores esforços para a expansão nos trabalhos de exploração de borracha no Vale do Amazonas e nas regiões adjacentes em favor de suplementar o esforço de guerra na atuação da Rubber Reserve Company. Para cumprimento e gozo dos benefícios advindos do acordo, o Estado Brasileiro passou a instituir diversas organizações responsáveis por efetivar a ocupação e exploração da seringueira, como o Serviço Especial de Mobilização de Trabalhadores para a Amazônia (SEMTA), criado pela Portaria nº 28 de 30 de novembro de 1942 para recrutar trabalhadores nordestinos e condicioná-los para a atividade de extração do látex.

A coordenação do processo foi exercida pela Comissão de Mobilização Econômica (CME), em conjunto com a Superintendência de Abastecimento do Vale Amazônico (SAVA), responsável por garantir o abastecimento de produtos de primeira necessidade da região. No mesmo pacote, foi criado o Banco da Amazônia S.A. (BASA) (Miranda, 2012). O Departamento Nacional de Imigração (DNI), instituído pelo Decreto-lei 1.023-A, de 31 de dezembro de 1938, que substituiu a denominação do Departamento Nacional de Povoamento, também participou do procedimento, no entanto, continuou com suas atribuições de organizar a imigração e fluxos migratórios, administrar as terras públicas e proteger a população indígena.

De acordo com Nascimento (1998), as correntes migratórias de nordestinos para a Amazônia foram desencadeadas pela debilidade organizacional e concentração de recurso na estrutura fundiária nordestina e principalmente pela seca, conseqüentemente, pela fome. Não surpreendentemente, tais processos geraram conflitos violentos, tanto na desconexão e saída da região de origem, quanto na instalação desses sertanejos na nova região.

A ocupação das terras amazônicas também foi realizada como parte da política de colonização por estrangeiros, restando na ocupação pelos nacionais apenas a localidade. As oportunidades e desígnios, seja pela instalação das grandes companhias ou pela imigração de famílias, era comum na política de desenvolvimento. Segundo Aragón (2015), foram cinco grandes fluxos de ocupação promovidos de 1850 a 1950, inicialmente por europeus, seguidos por árabes. Por fim, imigrantes japoneses chegaram ao Estado do Pará, em 1929, e no Estado do Amazonas, em 1931, onde foram expoentes da cultura da juta (Homma, 2016).

O modelo de planificação foi executado ao fim pela Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Amazônia (SPVEA), criada pela Lei nº 1.806, de 6 de janeiro de 1953, que tinha como imperativo de seu art. 7º “fomentar a produção animal e promover o aproveitamento dos recursos minerais da região” (Brasil, 1953), entre outros comandos totalmente incompatíveis com as direções atuais. Ainda nos anos 50, as rodovias – Belém-Brasília, Transamazônica, Cuiabá-Santarém e Brasília-Porto Velho – levaram à região toda sorte de trabalhadores e aventureiros com os mais diversos desígnios.

A SUDAM, por sua vez, foi inicialmente criada pela Lei 5.173 de 27 de outubro de 1966, e teve como destaque a alínea I do art.4º que orienta “adoção de intensiva política de estímulos fiscais, creditícios e outros” (Brasil, 1966). A autarquia passou por um hiato entre a Medida Provisória nº. 2.157-5, de 24 de agosto de 2001, que criou a Agência de Desenvolvimento da Amazônia (ADA) e a Lei Complementar nº124, de 03 de janeiro de 2007, que a recriou. Na sua nova configuração, a SUDAM passa a ter no desenvolvimento sustentável um guia para as suas ações.

Novamente, deve-se reiterar que o modelo de gestão do território adotado pela SUDAM é fruto dos programas desenvolvidos até então e dos reflexos causados por essas em-

preitadas, que instituíram um estado de desorganização social, incerteza jurídica, difícil desenvolvimento econômico e conservação ambiental instável, de modo que o Estado não foi capaz de estabelecer mecanismos para acompanhar os desencadeamentos dos projetos, inclusive com a sobreposição de competências administrativas (Brito, 2001).

Desse histórico, extrai-se que, até o início dos anos 60, as terras da Amazônia pertenciam basicamente à União e aos Estados. De acordo com o Censo Agrícola de 1960, 87% do território era ocupado por matas e terras incultas, exploradas por milhares de caboclos e ribeirinhos, que se ocupavam do extrativismo vegetal e animal; 11% seriam pastos naturais, onde havia antigas fazendas de gado. Nesse contexto, a fração ocupada com lavouras era de apenas 1,8%, e somente a metade possuía título de propriedade privada (Loureiro; Pinto, 2005).

Por todo modo, deve-se reconhecer que a organização social, a pluralidade de etnias e forasteiros promovem nas áreas diferentes relações com a posse, mesmo que alguns desses modos não se encontrem descritos na legislação ou convencionados em negócios jurídicos perfeitos. Pela grande extensão territorial, os efeitos das marchas desenvolvimentistas foram diluídos por algum tempo. Com a realocação para outras áreas inabitadas, a terra era ocupada basicamente por comunidades tradicionais e agricultores posseiros que conviviam sem grandes conflitos acerca da legitimidade da posse da terra, ademais, passaram por gerações trabalhando nesse modelo e o tinham como parte das convenções locais, assim como reconheciam outros modos consuetudinários.

Nos anos 70, a dominialidade das terras passou a ser motivo de discussão. O território de extensas áreas de terras devolutas ocupadas de modo informal, em um modelo baseado na ocupação de áreas para a derrubada da vegetação nativa e formação de roçados. Sem definição clara de limites e determinação formal da propriedade, a insegurança jurídica formava conflitos e gerou instabilidade social nos períodos seguintes.

Da boa doutrina, ressaí a definição de terras devolutas dada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2010):

Com a descoberta do país, todo o território passou a integrar o domínio da Coroa portuguesa. Destas terras, largos tratos foram trespassados aos colonizadores, mediante as chamadas concessões de sesmarias e cartas de data, com a obrigação de medi-las, demarcá-las e cultivá-las (quando então lhes adviria a confirmação, o que, aliás, raras vezes sucedeu), sob pena de “comisso”, isto é, de reversão delas à Coroa, caso fossem descumpridas as sobreditas obrigações. Tanto as terras que jamais foram trespassadas, como as que caíram em comisso, se não ingressaram no domínio privado por algum título legítimo e não receberam destinação pública, constituem as terras devolutas. (Mello, 2010, p.914).

Nesse sentido, é necessário reforçar a ideia de que as terras devolutas não são áreas necessariamente desocupadas, desabitadas ou pacíficas de qualquer outra ilegitimidade em relação a outra que encontrou no poder financeiro ou intelectual de seu ocupante a possibilidade de levá-la a reconhecimento pelo sistema registral. Na previsão constitucional (Brasil, 1988), as terras devolutas aparecem no rol do art. 20, discriminadas como bens da União, e no inciso II do mesmo artigo, descritas como “indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei” (Brasil, 1988). No art. 188 está o direcionamento que a Carta Magna propõe para as terras, quando no §2º, exclui da inalienabilidade, as áreas superiores a dois mil e qui-

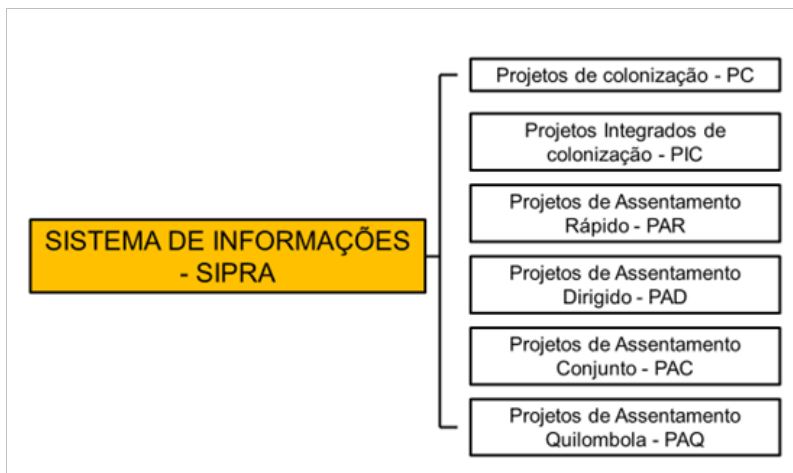
nhentos hectares desde que sejam destinadas à reforma agrária. De igual modo, no capítulo VI, o art.225, §5º, da lei máxima, exara a questão ambiental como fator imprescindível para a política de ocupação, ao passo que torna indisponíveis as terras devolutas necessárias à proteção dos ecossistemas naturais, assim como as arrecadadas por ações discriminatórias.

É importante destacar que os princípios e movimentos que ensejaram tanto as marchas desenvolvimentistas e a ocupação da Amazônia, quanto os que guiariam o viés ambiental da constituição por vir, traçaram um cenário em que a ação estatal se obrigava a promover as ações discriminatórias para declarar objetivamente as terras públicas e privadas da região. Logo, durante os anos 1970 e 1980, o poder público arrecadou milhões de hectares registrados em nome da União e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA).

O INCRA foi o responsável executar os projetos de colonização das margens das rodovias amazônicas através de dois programas chamados Programa de Assentamento Dirigido (PAD) e Projetos Integrados de Colonização (PIC). PAD foi a modalidade destacada para assentar os agricultores mais capacitados profissionalmente que, além de portarem algum recurso financeiro, possuísem a experiência necessária para a obtenção de crédito bancário.

Os PIC, por sua vez, tinham como beneficiários os trabalhadores sem-terra, de acordo com o art. 25, §2º, do estatuto da terra. Nesse caso, o INCRA foi o responsável por selecionar, lotear, assentar e titular as famílias. Ao mesmo tempo, foi responsável por fornecer a infraestrutura para as operações, e coordenou a assistência técnica aos assentados qualificados na obtenção de crédito e venda de produtos e, em cooperação com outros órgãos de vários níveis da Federação, foi responsável pela constituição da planificação de saúde e recursos educacionais, bem como a promoção do sistema cooperativo e a integração socioeconômica dos agentes. Assim, de fato, até os anos 90, quando caíram em desuso, o INCRA criou e tem cadastrado em seu Sistema de Informações (SIPRA) diversos projetos para Reforma Agrária listados:

Gráfico 1 – Projetos registrados no SIPRA/INCRA



Fonte: Adaptado de INCRA (2020).

A designação de títulos de propriedade definitiva resultou de um processo de Reforma Agrária e de administração, que tiveram como guia a legitimação da posse de povos tradicionais e de habitantes da região de longa data que também são titulares de proteção constitucional, assim como os agricultores familiares, além de obedecer às disposições e respeito aos povos tradicionais e à legislação ambiental. Ainda que a propriedade definitiva de terras em território amazônico seja sensível aos protestos ambientalistas, a titulação de terras públicas é a ferramenta utilizada para a legitimação de propriedade desde a primeira tentativa de organização da propriedade privada no Brasil, com a Lei de Terras de 1850, ao passo que a legitimação deve estar em consonância com o art. 102 da Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964. Desse modo, cumpridos todos os requisitos, a legitimação da propriedade é fazer cumprir a lei.

Ao mesmo tempo em que a regularização fundiária avançou ao longo das rodovias, o governo desencadeou processos para a atração de empresas e desenvolvimento econômico para a região, por consequência, gerou a oportunidade de mais interesses, inclusive nas áreas urbanas. Entretanto, o processo de assentamento apresentou falhas agravadas pelas adversidades climáticas e de infraestrutura próprias do local, somado com a corrupção e a má-fé de alguns agentes, elementos que causaram novas instabilidades e conflitos na região.

Ressalta-se que a deficiência em materiais e tecnologias que pudessem auxiliar os trabalhos também foi um fator limitante, à época não era possível o uso de equipamentos de georreferenciamento que determinassem com precisão a área das glebas, da mesma maneira que houve falhas no mapeamento das comunidades pré-existentes. As populações com escassos recursos foram sensivelmente prejudicadas pela má-fé de alguns ocupantes, que avançavam suas demarcações para além do limite dos lotes adquiridos, de modo que as comunidades locais, com frequência, foram esbulhadas da posse e da paz.

Nessa seara, a grilagem de terras ocupa um capítulo fundamental para o conflito e a violência relacionada à posse da terra. O terreno amazônico e as populações vulneráveis são vítimas da ineficiência do Estado. A pluralidade de órgãos tituladores, a falta de capacidade operacional da época, tanto para o mapeamento das comunidades antigas da região, quanto para a fiscalização dos assentados, agravados pela diversidade de títulos emitidos diante da alta demanda, foram terreno fértil para a proliferação de operações informais e ilegais que ainda hoje ditam o ritmo dos conflitos fundiários.

A informalidade passa, a priori, pela compra e venda através de contratos de gaveta, deixando, assim, a possibilidade de práticas ilegais e formadoras de litígios perigosos, usando essa ferramenta, de modo que é possível que o agente criminoso venda a mesma área para diferentes compradores. A ilegalidade também se dá através da revenda de títulos de terras públicas, simulando a aquisição através de processo licitatório; da falsificação de documentos através da confecção ou adulteração de títulos e certidões; da ampliação de limites além do demarcado, inclusive com a incorporação de terras públicas; da venda de título de terra diversa ao local correspondente; do reagrupamento de lotes vendidos pelos assentados, formando grandes fazendas; e, recentemente, das fraudes via internet, para venda de terra com base em documentos falsos.

Outrossim, a fiscalização e o empenho na regularização de terras na Amazônia restaram prejudicada pela descentralização das ações devido à demanda por Reforma Agrária surgida em diversos pontos do país, através da atuação de movimentos sociais. Desse modo, o INCRA foi direcionado para a atuação em todo o território nacional, ao mesmo passo em que as ações para regularização fundiária foram preteridas pelas de Reforma Agrária.

Com a chegada dos anos 2000, o crescente movimento ambientalista adjuvados pela modernização dos sistemas de satélite e, por consequência, a denúncia do desmata-

mento descontrolado na Amazônia, mais uma vez, coloca o governo federal obrigado a estabelecer ferramentas para diminuição das taxas. Como resultado, a análise da situação mostrou que a ocupação irregular estava diretamente ligada à devastação ambiental, bem como pela desordem social. Por conseguinte, foram lançados esforços através de programas e operações para conter o desmatamento, assim como reprimir a grilagem e refrear os conflitos fundiários.

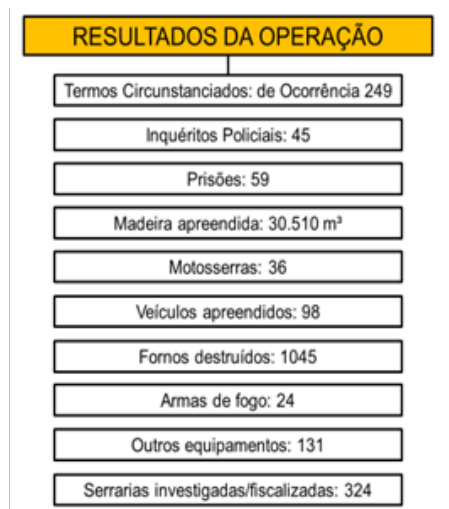
Quadro 1 – Cronologia de Marcos Legais de regulamentação da Amazônia (2000 a 2007)

Ano	Marco legal	Regulamentação
2000	Lei Federal nº 9.985 de 18 de julho	Instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza SNUC.
2002	Decreto 4.340 de 22 de agosto	Regulamenta o SNUC.
2003		Início da criação de assentamentos ambientais e economicamente sustentáveis voltados ao atendimento às comunidades tradicionais nas modalidades de Reservas de Desenvolvimento Sustentável (RDS) e Reservas Extrativista (RESEX), do mesmo sentido foram instalados os assentamentos nas formas de Projetos de Desenvolvimento Sustentável (PDS), Projetos de Assentamento Florestal (PAF) e Projetos Agroextrativistas (PAE).
2004	Portaria Conjunta MDA/INCRA nº 10 de 01 de dezembro	Exige o recadastramento e georreferenciamento de áreas em diversos municípios da Amazônia Legal. No mesmo sentido, o art. 1º, III, impediu a emissão do CCIR (Certificado de Cadastro de Imóvel Rural) para as áreas que avançassem sobre terras públicas federais.
2004		Lançamento do PPCDAm (Plano de Prevenção e Controle do Desmatamento da Amazônia), um esforço interministerial direcionado ao ordenamento fundiário e territorial; monitoramento e controle territorial e ao fomento às atividades produtivas e sustentáveis.
2007	Operações “Arco de Fogo”	Baseado nas informações do PPCDAm a Portaria nº 28 de 24/01/2008-MMA que listou os 36 municípios alvos da operação que passou a operar em fevereiro de 2008. Entre os objetivos da operação conjunta de Polícia Federal, IBAMA e Força Nacional de Segurança estavam o fechamento de serrarias abastecidas por madeira extraída ilegalmente.

Fonte: os autores.

De março a dezembro de 2008, a operação resultou em:

Gráfico 2 – Resultados das operações de fiscalização da Amazônia (2008)



Fonte: Adaptado de Palharini (2008).

Inegavelmente, o impacto da iniciativa do poder público recaiu fortemente sobre a atividade das madeireiras e, por conseguinte, na economia da região. Sobretudo, a atividade exercida em terras informais era enfraquecida pela falta de políticas públicas e impossibilidade de acesso ao crédito formal. Mediante o exposto, a desrentabilização dos posseiros submetidos à atividade ilegal foi o ponto de início do agravamento econômico de toda região, causando desemprego, aumento da criminalidade e diversos outros problemas sociais atrelados a essa instabilidade.

Com o propósito de suprimir a dependência dessa atividade lesiva ao meio ambiente, o governo passou a desenvolver atividades em busca de alternativas para o desenvolvimento econômico sustentável da região: em 2008, a Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 3.545, de 29 de fevereiro, coloca como requisito obrigatório para a liberação de crédito agropecuário a regularidade fundiária e ambiental dos imóveis. No mesmo ano, é lançado o Plano Amazônia Sustentável (PAS), uma estratégia de engajamento de diversos órgãos de diferentes níveis da federação para alcançar as metas de desenvolvimento sustentável para a região. No item 3.1.2, alínea “e”, o documento prevê o incentivo à regularização fundiária na Amazônia:

[...] prioritariamente, em posses localizadas em terras públicas, de até 4 módulos fiscais (500 hectares), e nas áreas contíguas às unidades de conservação, às terras indígenas e de quilombolas, e às propriedades tituladas de agricultores familiares, em situações de risco. (PAS, 2008).

Em 2009, o Decreto nº 7.008, de 12 de novembro, instituiu a Operação Arco Verde que, como o próprio nome indica, é a resposta do governo ao Arco de Fogo. O programa

foi responsável pela coordenação dos 3 níveis de governo no oferecimento de um conjunto de medidas para estimular a alteração da matriz produtiva para sistemas ambientalmente engajados, oferecendo assistência técnica, crédito e promovendo obras de infraestrutura. No primeiro inciso, do art. 2º, o qual evidenciava as diretrizes do programa, foi determinada a importância da prioridade no ordenamento fundiário e na regularização ambiental que, até então, tratava-se de empecilhos para a participação em programas governamentais, pois o documento da terra era tido como requisito obrigatório para a participação.

4 Terra Legal, a regularização sob cooperação

Nessa mesma convicção, formada por intenso diálogo entre os governos dos estados e o governo federal, anteriormente havia sido criado o Programa Terra Legal, inicialmente com a Medida Provisória nº 458, de 10 de fevereiro de 2009, que se converteu na Lei nº 11.952, de 25 de junho 2009, que se tornaria a ferramenta para dar sustento ao projeto de ordenamento fundiário.

Indubitavelmente, o Programa Terra Legal foi a ferramenta necessária para possibilitar a organização do processo de regularização e boa governança fundiária. Organizado de modo a promover um esforço conjunto, de início, sua atuação foi destacar as terras sem destinação e realizar a transferência para o domínio dos municípios ou órgãos federais que pudessem atuar na solução de áreas-chave para cumprir o caráter socioambiental do projeto, promovendo, em um primeiro momento, a regularização de parcelas urbanas, a demarcação de terras indígenas e quilombolas, a determinação das áreas de conservação e outros fins públicos, além de delinear os assentamentos de Reforma Agrária.

Há de se ressaltar a magnitude da região e os vários tipos de ocupação estabelecidos, muitas vezes, com limites indefinidos, e ainda os vários ânimos em relação ao domínio da área, uma vez que existia tanto a possibilidade de posse como a de propriedade, além da capacidade de transformar a posse em propriedade, outrossim, existia a atuação de diversos órgãos de governo com poderes capazes de interferir na atuação de outro. Para mitigar esses problemas, dirimir quaisquer conflitos, proporcionar uma ação isenta de choques de informação entre os órgãos e fazer cumprir o objetivo do programa, foi criada a Secretaria Extraordinária de Regularização Fundiária na Amazônia Legal (SERFAL), subordinada ao Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) (FAO, 2017).

Originalmente, a Medida Provisória nº 458, de 10 de fevereiro de 2009, teve por propósito a regularização e a titulação de áreas com limite máximo de 1500 hectares, ou 15 módulos fiscais, equivalente na época ao máximo de 1650 hectares, se usado o maior módulo do país. O módulo fiscal é uma medida variável entre municípios, os maiores têm 110 hectares e estão localizados nas cidades de Corumbá-MS e Ladário-MS (EMBRAPA, 2012).

Do mesmo modo, na Amazônia, esses módulos são maiores, com média de 80 hectares cada. Nesse caso, em que o total de hectares ultrapassa o limite, prevaleceria a medida inferior, posteriormente, esses limites foram alterados e, na data do presente trabalho a limitação é de 2500 hectares, evidenciando a dilatação na abrangência do dispositivo. Outro requisito para a participação no programa é o desenvolvimento de atividade produtiva na área e que o posseiro não tivesse outros títulos.

No modo operacional, o programa georreferencia a área de forma gratuita para aquelas de até 1 módulo fiscal. Para os maiores de 1 módulo, os serviços se dariam de forma onerosa. Os parâmetros para essa cobrança também sofreram mudanças ao longo do tempo, na redação da Lei 13.465, de 11 de julho de 2017, a cobrança se dá em consideração ao tamanho da área, sendo estipulado pelo serviço entre 10% e 50% do valor da terra nua.

Deve-se ressaltar que esse movimento de alterações permissivas frutos da Medida Provisória 759, de 22 de dezembro de 2016, posteriormente convertida na Lei 13.465/2017, foram dispositivos polêmicos. Além das alterações espaciais e nas formas de cobrança, ficou conhecida como a “Lei da Grilagem”, por proporcionar a regularização de áreas ocupadas ilegalmente, fixando a data de 22 de julho de 2008 como marco temporal.

É importante frisar que a Medida Provisória 910, de 10 de dezembro de 2019, novamente alterou esse limite, que durante sua vigência, foi o dia 05 de maio de 2014. Além disso, a MP expandiu a eficácia da lei para todo o território nacional em ocupações feitas nas áreas da União e do INCRA. Por fim, aumentou o limite para 15 módulos fiscais do procedimento simplificado de regularização fundiária por autodeclaração (Chiavari; Lopes, 2020).

Vale lembrar que, durante a conversão da Lei 11.952/2009, já havia tido uma tentativa de extrapolar as regras para todo o território nacional. No entanto, nas razões do veto ao dispositivo, é possível observar a preocupação em uma execução calcada em um planejamento:

Diante da importância da regularização fundiária para o desenvolvimento econômico e social da região, a proposta recebeu emendas que ampliaram seu objeto para incluir as ocupações exercidas por pessoas naturais, ainda que detentoras de outros imóveis ou que explorem indiretamente a área ocupada, e por pessoas jurídicas entre aquelas passíveis de regularização. Não obstante a motivação que embasou esta ampliação, não é possível prever seus impactos para o desenvolvimento do processo de regularização fundiária, uma vez que não há dados que permitam aferir a quantidade e os limites das áreas ocupadas que se enquadram nessa situação. (Brasil, 2009).

Na perspectiva ambiental, o art. 15 da Lei 13.465/17 traçou a forma adotada para os pós titulação ao adotar os dispositivos do Capítulo VI, da Lei no 12.651 de 25 de maio de 2012. O Cadastro Ambiental Rural (CAR) passou a ser o sistema responsável por integrar as informações ambientais dos imóveis, compondo a base de dados responsável por monitorar o desmatamento.

O Decreto 10.592, de 24 de dezembro de 2020, instituiu a obrigatoriedade do CAR para os processos de até 4 módulos fiscais. Entretanto, a mera inscrição no cadastro não é considerada um fator de relevância no combate ao desmatamento, pois, acompanhada da inscrição no Programa de Regularização Ambiental (PRA), instituído pelo Decreto 8.235, de 4 de maio de 2014, torna-se uma manobra anistiadora para desmatadores.

De todo modo, nota-se um retrocesso nas diretrizes focadas em solucionar a questão amazônica no início da vigência da Lei formadora do programa, assim como em seus princípios de proteção ambiental, organização sustentável e proteção das comunidades tradicionais.

4.1 O sistema de administração de terras

O conjunto de políticas, leis, procedimentos e tecnologias utilizados para gerenciar e regular as atividades relacionadas à posse, ao uso e à gestão da terra é conhecido como Sistema de Administração de Terras (SAT). Ressalta-se que esses sistemas são fundamentais para o estabelecimento de direitos de propriedades, bem como para promover o desenvolvimento sustentável com segurança jurídica para o planejamento e a gestão eficiente de territórios.

De acordo com Willianson *et al.* (2014), um Sistemas de Administração de Terras (SAT) alcança o sucesso quando o conjunto de práticas de governança promove o desen-

volvimento sustentável, englobando as ferramentas gerais (políticas de terra, mercado de terra e infraestrutura), as ferramentas profissionais, na delimitação de fronteiras e registros, e ainda das ferramentas emergentes, que observam a igualdade social e de gênero como aspectos relevantes.

Ainda que não se tenha uma definição universal e concisa, a governança de terras pode ser encarada como, segundo Palmer (2009), o efetivo controle da autoridade política, administrativa e econômica sobre o território em todos os níveis. Desse modo, a governança compreende uma estrutura complexa por meio do estabelecimento de processos e estruturas organizadas por instituições nas quais os agentes exercem suas demandas e apresentam suas incumbências, de modo que as estruturas sejam as responsáveis pela regulação de interesses e mediação de conflitos.

Nesse sentido, temos a definição da FAO/SEAD (2017), que corrobora com a centralidade institucional e com o papel da conciliação entre os institutos normativos e o diálogo com os povos:

A governança é um conceito que compreende complexos mecanismos, processos e instituições por meio dos quais os cidadãos e os grupos articulam seus interesses e exercem seus direitos e obrigações legais. Por extensão, a governança da terra compreende normas, processos e organizações mediante os quais se adotam decisões relativas ao uso e ao controle da terra, à tomada de decisões e à forma como se administram interesses contrapostos relativos à terra. O conceito de governança abarca tanto os marcos jurídicos e normativos sobre a terra como as práticas tradicionais e informais que contam com legitimidade social. (FAO/SEAD, 2017, p. 24).

Como exposto, há necessidade de adaptação da legislação em áreas de grandes complexidades antropológicas, assim como as existentes na Amazônia Legal. A diversidade de fatores climáticos, topográficos, biológicos, sociais e políticos dessa região mostra a dificuldade em estabelecer uma estrutura com um conjunto normativo único e de aplicação generalizada.

Sabe-se que o sucesso da gestão de terras em áreas complexas depende essencialmente de organização e planejamento. Williamson *et al.* (2014) expõe que o bom funcionamento de um Sistema de Administração da Terras (SAT) passa por 10 princípios que podem ser implementados para facilitar a implantação e gestão do modelo, os quais serão mostrados e descritos quanto à sua importância nas linhas a seguir.

Primordial é o próprio estabelecimento de um sistema organizado, a adoção de uma infraestrutura e de um planejamento direcionados a obter e manter resultados programados para determinada região, esse sistema deve contar com o apoio da legislação específica, organização tecnológica e acordos institucionais para ação e gestão coordenada.

O segundo passo é o estabelecimento de um paradigma administrativo com o regime de princípios e práticas para determinar e efetivar os aspectos relacionados à definição de propriedade, ao estabelecimento de ritos transacionais de terras, à administração e fomento do uso da terra e à organização da urbanização nos territórios.

Deve existir também o compromisso das pessoas e das instituições envolvidas na implementação e manutenção dos institutos de governança e da sociedade. Esse convencimento no benefício e engajamento nos projetos são a chave de um processo de participação que deve integrar os agentes na busca de benefícios para os usuários e, por consequência, uma integração colaborativa. Nesse sentido, um outro princípio a ser observado é o estabe-

lecimento e a consciência dos integrados sobre os seus direitos, deveres e responsabilidades, de modo que o resultado social seja planejado com observação aos lugares, às pessoas e às situações socioambientais de cada região.

O cadastro é outro pilar de um sistema de administração bem-sucedido e pode ser encarado como elemento essencial para a existência da administração. A identificação de cada parcela na sua integralidade com a especificação de suas dimensões e limites é um requisito indispensável para a aplicação de todas as ferramentas de implementação da segurança jurídica e desenvolvimento das políticas designadas pelo sistema, incluindo o registro.

O dinamismo é outra característica que promove a efetividade. O sistema deve ser dotado de ferramentas institucionais que possibilitem a adaptação às mudanças sociais, econômicas e ambientais das regiões. Nesse sentido, a facilidade na atualização das informações resultantes de mudanças de propriedade, assim como todos os dados relevantes para a administração do território, são de suma importância para o direcionamento de ações.

Nesse contexto, é necessário que sejam adotados processos para o manejo da propriedade e suas operações. Devem existir procedimentos e processos capazes de estabelecer de forma integrada os sistemas de informação a todas as criações, modificações e extinção de direitos relacionados a cada parcela cadastrada. Desse modo, o monitoramento dos movimentos e das transações é administrável com maior segurança e previsibilidade.

Para a coordenação e a operação desse aparato informacional e administrativo, além de potencializar a eficiência de um sistema de administração de terras, é indispensável o uso da tecnologia. A aplicação de um sistema de informações e comunicações adequado, simples e eficiente promove uma organização otimizada e oferece dados que podem ser analisados de acordo com as especificidades de cada projeto e núcleo administrativo.

Nesse mesmo escopo, para a execução otimizada de um sistema de gestão territorial moderno, é um princípio fundamental o estabelecimento de uma infraestrutura de dados geoespaciais. O georreferenciamento, sobremaneira observado o contexto topográfico e ambiental da Amazônia, é um requisito que viabiliza uma gama de procedimentos de geração de dados que, sem o uso da ferramenta, seriam limitantes. É necessário salientar que a importância desse sistema se alonga da resolução de áreas sobrepostas e delimitação espacial para uma potencialidade na geração de dados que podem aperfeiçoar a obtenção de dados ambientais.

Por fim, um sistema de administração de terras deve ser eficiente. Nesse sentido, assim como destaca Aragão (2012), a eficiência deve ser observada através da efetivação das transações com maior rapidez e menor mobilização de bens e pessoas. Nesse sentido, o projeto que desencadeia o sistema de administração deve obedecer a um estudo analítico das possibilidades e exigências.

5 O PPCDAm 2023

A quinta fase do PPCDAm inaugura-se com o Decreto 11.367, de 01 de janeiro de 2023, e a previsão do reestabelecimento de uma política efetiva de controle e administração territorial, com a criação de uma comissão interministerial formada por 19 pastas, sendo presidida pela Casa Civil e cabendo ao Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima a Secretaria Executiva do programa. O PPCDAm 2023 dispõe medidas que envolvem a atuação desses diversos agentes pela característica da pretensão, que envolve desde demarcação, fiscalização e crédito, com uma atuação integrada dos sistemas de cadastro estabelecidos em 4 eixos principais: 1) Atividades Produtivas Sustentáveis; 2) Monitoramento e Controle Ambiental; 3) Ordenamento Territorial e Fundiário; e 4) Instrumentos Normativos e Econômicos.

O artigo 9º do referido decreto destaca que o plano de ação tem por finalidade a promoção de práticas fomentadoras da produção sustentável, sobretudo no que estabelece o monitoramento e controle ambiental. Nesse sentido, a governança de terras também é um dos eixos indicados pelo terceiro inciso do mesmo dispositivo, que promove o ordenamento fundiário e territorial como uma das bases para as ações da comissão. Nessa teleologia, o artigo 10º, II e III, reforça que o combate à grilagem de terras públicas, o policiamento das áreas de proteção e a regularização fundiária devem ter um papel de destaque nos avanços pretendidos pelo programa.

Quanto aos objetivos do PPCDAm no eixo de ordenamento territorial e fundiário, existem disposições e prazos que iniciam com o fomento ao desenvolvimento de um Plano Nacional de Titulação de Territórios Quilombolas para o ano de 2024 e o procedimento para o reconhecimento e a regularização de povos e comunidades tradicionais até 2025, além da alteração do Macrozoneamento Ecológico-Econômico da Amazônia Legal (Macro ZEE da Amazônia Legal) para o mesmo ano.

Como metas para serem cumpridas até o fim do governo 2023-2027, o plano de governo busca a arrecadação de 100% das terras devolutas com a criação de 3 milhões de hectares de unidades de conservação e a destinação de 29,5 milhões de hectares de florestas públicas federais. A administração territorial tem a meta estabelecida para o georreferenciamento de 100 mil ocupações rurais em terras públicas e a regularização fundiária de 50 mil unidades, em continuidade aos resultados do Programa Terra Legal, que alcançou estimadamente o georreferenciamento de cerca de 150 mil imóveis, com titulação de 40 mil, e com a integração das informações fundiárias e territoriais, bem como a atualização do repositório nacional de títulos de terras.

Não obstante as metas ambiciosas, na conversão da Medida Provisória nº 1.154, de 2023, na Lei 14.600 de 19 de junho de 2023, com a consequente reorganização das funções ministeriais, algumas atribuições importantes foram retiradas da atuação direta do Ministério do Meio Ambiente e Mudança do Clima, como a gerência sobre o Cadastro Ambiental Rural (CAR) e a Agência Nacional das Águas (ANA). A atribuição na gerência dos recursos hídricos restou confirmada ao MMA através de veto presidencial, e o CAR, atribuído ao Ministério de Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, configurando o primeiro revés do ressurgimento do programa.

A multiplicidade de órgãos envolvidos no projeto e a conjuntura política nacional são obstáculos que deverão ser superados para o sucesso do programa. A apresentação de um plano eficaz e cooperativo, sobremaneira apoiado por um eventual êxito nas negociações do Acordo de Paris serão essenciais para o crescimento do programa e a conclusão das metas.

6 Considerações finais

A evolução nos modelos de administração territorial no Brasil acompanha a princiologia constitucional e as políticas de governo ao longo dos anos. Caracterizada pela incerteza, a administração da questão fundiária, assim como do ambiente, é dependente de ações cuja efetividade dependem da determinação do poder executivo e do apoio dos outros poderes da República. Assim como a governança de terras para a complexa conjuntura existente na Amazônia Legal exige uma atuação multiorganizacional, a cooperação do Legislativo, o preparo e a estruturação do poder Judiciário para mediar e julgar os conflitos existentes e futuros são fatores indelévels para a melhora no cenário socioeconômico e ambiental na região, sobretudo no que tangem as questões das comunidades tradicionais e povos originários. Weiland e Thornton (2013) alertam para a necessidade de maior sensibilidade nos

projetos desenvolvidos na região amazônica, especialmente no que cerca os riscos para a população nativa indígena e os povos tradicionais.

A análise do histórico das iniciativas tomadas para fomentar o desenvolvimento da região e, posteriormente, a regularização das terras do Amazônia Legal, mostra que os programas de planejamento devem ser lastreados por estruturas legislativas e ações integrativas, capazes de romper os obstáculos locais e diminuir a limitação institucional.

O atual modelo constitucional, ao consagrar a função social da propriedade e a proteção ao meio ambiente como princípios guias das ações do estado, mostra que a eficácia do direito fundamental a um meio-ambiente equilibrado (art. 225 da Constituição Federal) deve prevalecer como guia para os projetos econômicos na área.

Nesse sentido, os modelos de regularização e gestão de áreas de tamanha complexidade socioambiental devem dispor das melhores ferramentas de governança para tanto garantir os interesses do bem público quanto para respeitar os modos de organização social das comunidades tradicionais, obedecendo o princípio da autodeterminação dos povos no sentido de garantir-lhes os meios para exercer a subsistência, a segurança de seu território e vizinhança.

O Programa Terra Legal instituiu a titulação de terras como uma ferramenta para garantir a segurança jurídica dos ocupantes de terras em situação de vulnerabilidade. Entretanto, algumas alterações realizadas, como a extensão dos limites para áreas maiores, mostram uma intenção de descaracterização do propósito a fim de favorecer a legalização de outros agentes (Banco Mundial, 2014).

A extrapolação desses limites pode ocasionar reflexos negativos para o interesse nacional. O mercado de *commodities* agrícolas brasileiros é alvo de investidores de grandes setores empresariais internacionais que, por sua vez, são alvo das críticas por organizações ambientalistas. A valorização dos ativos imobiliários, o *boom* das *commodities* e a atuação de fundos soberanos de diversos países preocupados com a preservação de recursos naturais em escala global, bem como a segurança alimentar mundial, são fatores que colocam a qualidade da governança ambiental em destaque na busca por participação nos mercados. Entre eles, merecem destaque os que são, de algum modo, atrelados de alguma forma ao processo ambientalmente sustentável (Wilkinson, 2017).

De todo modo, em 2020 foi registrado o maior número de focos de incêndio da história das medições realizadas pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE). Portanto, as alterações e as regulamentações promovidas de modo temporário ou com ânimo definitivo, somadas à descentralização das atuações do poder público na Amazônia Legal, aliando-se ainda a negligência na valorização da economia sustentável, causaram a descaracterização de um programa planejado e executado para atender aos princípios constitucionais, inclusive anseios comerciais imperativos na nova economia.

O PPCDAm 2023 revigora a política nacional de gestão territorial e ambiental, no entanto, necessita de coesão nacional e definição dos parceiros internacionais na garantia de recursos para o fomento da atividade sustentável. O uso da tecnologia e a integração dos sistemas de informação e de cadastro têm a possibilidade de fornecer a base para um Sistema de Administração de Terras que atenda os pilares estabelecidos para o sucesso do modelo. Nesse aspecto, o PPCDAm dispõe de mecanismos adequados. A demarcação de terras e a regularização fundiária com a limitação do sujeito e do objeto poderão promover segurança para os habitantes na questão da posse e da segurança jurídica para investidores em um fluxo transacional efetivo e sustentável.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da eficiência. In: Thiago Marrara (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**: Legalidade, Segurança Jurídica, Impessoalidade, Publicidade, Motivação, Eficiência, Moralidade, Razoabilidade, Interesse Público. São Paulo, SP: Atlas, 2012. p.375-376.

ARAGÓN, Luis E.; EMMI, Marília Ferreira. Um século de imigrações internacionais na Amazônia brasileira (1850-1950). **Revista Crítica de Ciências Sociais**, [S.L.], n. 107, p. 111-113, 1 set. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4000/rccs.6043>. Acesso em: 22 fev. 2022.

BANCO MUNDIAL. Avaliação da Governança Fundiária no Brasil. Brasília: World Bank-Lac, 2014. 164 p.

BRAGANÇA, Arthur; DAHIS, Ricardo. Cutting special interests by the roots: Evidence from the Brazilian Amazon. **Journal of Public Economics**, v. 215, p.104753, p. 1-17, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.jpubeco.2022.104753>. Acesso em: 18 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009**. Dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União, no âmbito da Amazônia Legal; altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 25 jun. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L11952compilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União. Brasília, DF: Presidência da República, 06 set. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. **Medida Provisória nº 910, de 10 de dezembro de 2019**. Altera a Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, que dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União. Brasília, DF: Presidência da República, 10 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv910.htm. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Plano Amazônia Sustentável**: diretrizes para o desenvolvimento sustentável da Amazônia Brasileira. Brasília: Presidência da República; MMA, 2008. 112 p.: il. color.

BRITO, Daniel Chaves de. A SUDAM e a crise da modernização forçada: reforma do estado e sustentabilidade na Amazônia. **Ambiente & Sociedade**, p. 69-90, 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1414-753X2001000800005>. Acesso em: 23 jun. 2023.

BUENO, A. P.; REYDON, B. P. Indefinição jurídica da propriedade: aspectos legais associados à propriedade da terra. In: FAO/SEAD. **Governança de terras**: da teoria à realidade brasileira. Brasília: Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) / Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário (SEAD), 2017.

CHIAVARI, Joana; LOPES, Cristina Leme. Nota Técnica. **Medida provisória recompensa atividades criminosas**: Análise da MP 910/2019 que altera o marco legal da regularização fundiária de ocupações em terras públicas federais. Rio de Janeiro: Climate Policy Initiative, 2020.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. **Conflitos no Campo Brasil - 2019**. Goiânia: Centro de Documentação Dom Tomás Balduino – CPT, 2020.

DEVISATE, R.R. **Grilagem das Terras e da Soberania**. Rio de Janeiro: Imagem Art Studio, 2017.

EDUARD, Fabrice. **Gobernanza en tenencia de la tierra en America Central**: Documento de trabajo sobre la tenencia de la tierra (18). Roma: Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), 2010.

FAO/SEAD. **Governança de terras**: da teoria à realidade brasileira. Brasília: Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) / Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário (SEAD), 2017. 378p.

FONSECA, A.; AMORIM, L.; RIBEIRO, J.; FERREIRA, R.; MONTEIRO, A.; SANTOS, B.; SOUZA Jr., C.; VERÍSSIMO, A. **Boletim do desmatamento da Amazônia Legal (março 2021) SAD**. Belém: Imazon, 2021.

HOMMA, Alfredo Kingo Oyama. **A imigração japonesa na Amazônia**: sua contribuição ao desenvolvimento agrícola. 2. ed. Brasília – DF: Embrapa, 2016. Disponível em: <https://livimagens.sct.embrapa.br/amostras/00085060.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Mapas Regionais**. 2021. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/geociencias/cartas-e-mapas/mapas-regionais/15819-amazonia-legal.html>. Acesso em: 28 maio 2023.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky; PINTO, Jax Nildo Aragão. A questão fundiária na Amazônia. **Estudos Avançados**: Dossiê Amazônia Brasileira II [online].v. 19, n. 54, ago. 2005. p. 77-98. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142005000200005>. Acesso em: 20 jun.2023. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. 1116 p.

MIRANDA, Gabriela Alves. Saúde e Doença na Batalha da Borracha – o Serviço Especial de Mobilização dos Trabalhadores para a Amazônia (SEMTA) (1942- 1944). In: ENCONTRO REGIONAL DE HISTÓRIA DA ANPUH-RIO: ofício do historiador: ensino e pesquisa, 15., 2012, Rio de Janeiro. **Anais** [...]. São Gonçalo - RJ: ANPUH-Rio, 2012. 14 p. MORENO, G. O processo histórico de acesso à terra em Mato Grosso. Geosul, Florianópolis - SC, v.14, n. 27, p. 67-90, jan./jun.1999.

NASCIMENTO, Maria das Graças. Migrações nordestinas para a Amazônia. **Presença**: revista de educação, cultura e meio ambiente. v. 2, n.12. Porto Velho: UFRO, 1998. p. 14-24. Disponível em: http://www.revistapresenca.unir.br/artigos_presenca/presenca12completa.pdf#page=14. Acesso em: 22 jun. 2023.

PALMER, David; FRICKA, Szilard; WEHRMANN, Babette. Para uma melhor governança da terra. **Alimentos** e, v. 781, 2009. Disponível em: <https://uni.unhabitat.org/wp-content/uploads/2014/06/TOWARDS-IMPROVED- LAND-GOVERNANCE-Land-and-Tenure-Working.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2023.

REYDON, Bastiaan Philip; BUENO, Ana Paula da Silva. Indefinição jurídica da propriedade: aspectos legais associados à propriedade da terra. In: FAO/SEAD. **Governança de Terras: da teoria à realidade brasileira**. Brasília: Organização das Nações Unidas para a alimentação e a agricultura (FAO) / Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário (SEAD), 2017. cap.3. p.65-103.

SPAROVEK, G; RAJÃO, R; TORSIANO, R; FRENDRICH, A.N; BARRETO, A. **Análise dos efeitos da MP 910/2019 do parecer do Senador Irajá Abreu na destinação das glebas públicas federais na Amazônia Legal**. [Nota Pública]. São Paulo: GeoLab USP/ESALQ, GPP/USP, LAGESA/UFGM, 2020.

SUPERINTENDÊNCIA DO DESENVOLVIMENTO DA AMAZÔNIA. **Plano Regional de Desenvolvimento da Amazônia (PRDA) 2020-2023**. Belém, 2020. 235 p. Disponível em: <https://www.gov.br/sudam/pt-br/documentos/prda-2020-2023.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2023.

INCRA. **Assentamentos**: Modalidades. Brasília. 2020. Disponível em: <https://antigo.incra.gov.br/pt/assentamentosmodalidades.html>. Acesso em: 23 out. 2022.

PALHARINI, Álvaro. **Operação Arco de fogo**. Brasília, 2008. (18 slides, color). Disponível em: http://www.senado.leg.br/comissoes/CRA/AP/AP20081028_Alvaro_Palharini.pdf. Acesso em: 24 jun. 2023.

WEST, Thales. A.P.; FEARNside, Philip M. Brazil's conservation reform and the reduction of deforestation in Amazonia. **Land Use Policy**, v. 100, n. 105072, p. 1-12, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.landusepol.2020.105072>. Acesso em: 20 jun. 2023.

WIELAND, Patrick; THORTON, Thomas. Ouvindo o latido dos cães: Hernando de Soto e sua receita para a Amazônia. **Lei PUCP**, n. 70, p. 325-344, 2013. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6756>. Acesso em: 22 jun. 2023.

WILKINSON, John. Dinâmicas fundiárias, questão agrária e governança Land grabbing e estrangeirização de terras no Brasil. In: MALUF, Renato S.; FLEXOR, Georges. **Questões agrárias, agrícolas e rurais**: conjunturas e políticas públicas. [Recurso digital]. Rio de Janeiro: E-Papers, 2017. p. 76.

WILLIANSO, I., ENEMARK, S., WALLACE, J., RAJABIFARD, A. **Administración de la tierra para un desarrollo sostenible**. Redlands, California: ESRI Press, 2014. Disponível em: <https://vbn.aau.dk/en/publications/administracion-de-la-tierra-para-un-desarrollo-sostenible>. Acesso em: 22 out. 2022.

“

**A POSSIBILIDADE DE
CONVERSÃO DE TÍTULOS
DE CDRU E CUEM EM
LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA
NA REGULARIZAÇÃO
FUNDIÁRIA URBANA**

”

LEONARDO RIBEIRO DA SILVA
PAULO SÉRGIO LIMA SALES FRANCO
ROSIMARE SILVA DE JESUS

**A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DE
TÍTULOS DE CDRU E CUEM EM LEGITIMAÇÃO
FUNDIÁRIA NA REGULARIZAÇÃO
FUNDIÁRIA URBANA**

**THE POSSIBILITY OF CONVERTING
CDRU AND CUEM TITLES INTO LAND LEGITIMATION
IN URBAN LAND REGULARIZATION**

**LEONARDO RIBEIRO DA SILVA¹
PAULO SÉRGIO LIMA SALES FRANCO²
ROSIMARE SILVA DE JESUS³**

Sumário: 1 Introdução. 2 A administração pública e a regulamentação da posse por meio de CDRU e CUEM. 3 A regularização fundiária e a conversão de títulos de CDRU e CUEM. 4 Considerações Finais.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a concessão de direito real de uso (CDRU) e a concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM), com foco na possibilidade de conversão em legitimação fundiária. Será feita uma análise dos impactos dos institutos supracitados na realidade social brasileira quando o tema é moradia e função social da propriedade. Para tanto, será realizada uma breve contextualização observando os conceitos de posse e propriedade e suas consequências no que tange ao assunto moradia digna no Brasil. Em seguida, será feito um estudo sobre como a Administração Pública consegue dar função social à propriedade através da CDRU e da CUEM, diminuindo a segregação urbana e cumprindo com o direito à moradia assegurado pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: posse; propriedade; direito; regularização fundiária; moradia.

1 Bacharel em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. Advogado. Assessor do Núcleo de regularização Fundiária da Corregedoria Geral da Justiça do Poder Judiciário do Estado da Bahia - PJBA (NUREF/CGJ/PJ-BA). Pós-Graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e Pós-Graduando em Direito Privado.

2 Bacharel em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. Advogado. Assessor jurídico do Núcleo de regularização Fundiária da Corregedoria Geral de Justiça do Poder Judiciário do Estado da Bahia (NUREF/CGJ/PJ-BA). Pós-Graduado em Direito Constitucional. Pós-Graduando em Direito e Processo Penal.

3 Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. Assessora Jurídica do Núcleo de Regularização Fundiária da Corregedoria Geral de Justiça do Poder Judiciário do Estado da Bahia (NUREF/CGJ/PJ-BA). Pós-graduanda em Direito Notarial e Registral e Direito Imobiliário.

ABSTRACT

The present article aims to analyze the granting of real right of use (CDRU) and the granting of special use for housing purposes (CUEM), focusing on the possibility of conversion into land regularization. An analysis of the impacts of the aforementioned institutions on the Brazilian social reality will be carried out when the topic is housing and the social function of property. To this end, a brief contextualization will be performed, observing the concepts of possession and property and their consequences regarding the issue of decent housing in Brazil. Subsequently, a study will be conducted on how the Public Administration is able to fulfill the social function of property through CDRU and CUEM, reducing urban segregation and complying with the right to housing guaranteed by the Federal Constitution of 1988.

Keywords: possession; property; right; land regularization; home.

1 Introdução

No Brasil, ter terra é sinônimo de concentração de capital e reserva de valor, o que exclui a maior parte da população no acesso à moradia digna. Esse fenômeno é observável desde o período colonial. A existência de concentração fundiária acaba tendo resultados nefastos, como segregação urbana e desigualdade social. De acordo com Flávio Villaça, “daí decorre a importância da segregação na análise do espaço urbano de nossas metrópoles, pois a segregação é a mais importante manifestação espacial-urbana da desigualdade que impera em nossa sociedade” (Villaça, 2011).

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 traz a função social da propriedade como princípio, visando garantir que a posse e a propriedade sejam utilizadas de forma a atender o bem-estar social e o interesse coletivo. No Brasil, a questão da posse e propriedade sempre foi um tema controverso e que gera muitos debates em diversos setores da sociedade.

De acordo com o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello (1995), a função social da propriedade é uma forma de limitação do direito à propriedade, que deve ser exercido de acordo com as exigências do bem comum. Segundo o autor, a propriedade não pode ser utilizada de forma egoísta, apenas para atender aos interesses particulares do proprietário, mas deve estar a serviço do desenvolvimento social.

O direito de propriedade é conceito central no sistema jurídico brasileiro, cunhado pela Constituição Federal de 1988. Ocorre que, por muitas vezes, o direito de propriedade é confundido com o direito de posse, o que gera implicações legais e fáticas quando tratamos da temática moradia.

O direito de posse é o poder físico de ocupar e utilizar um bem, mas não implica a titularidade jurídica dele. Já o direito de propriedade confere ao proprietário a titularidade jurídica do bem, incluindo seu direito de uso, gozo e disposição.

A Constituição Federal de 1988 prevê a função social da propriedade, que deve ser exercida de forma a atender às necessidades da coletividade, garantindo a preservação do meio ambiente, o bem-estar dos proprietários e da sociedade em geral. Assim, o direito de propriedade não é absoluto, devendo ser exercido em conformidade com o interesse social.

Por outro lado, o direito de posse pode ter uma função social importante, especialmente em situações de ocupação de terras urbanas ou rurais por comunidades que não possuem outros meios de moradia ou trabalho. Nesse sentido, a posse pode ser protegida pela justiça e, em alguns casos, pode até mesmo ser convertida em propriedade, desde que cumpridos determinados requisitos legais.

Em seu artigo 6º, a Constituição Federal dispõe sobre o direito à moradia como um dos direitos sociais. Nesse diapasão, o artigo 182º estabelece: “a política de desenvolvimento urbano [...] tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (Brasil, 1988). Isso, consoante José Afonso da Silva, “quer dizer que a política urbana tem por objetivo construir e ordenar um meio ambiente urbano equilibrado e saudável” (Silva, 1995, p. 12). E, no artigo 183º, expõe-se a previsão do instituto da Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia, que será analisado a posteriori.

Com o escopo de regular o capítulo de Política Urbana da Constituição Federal (composto pelos artigos 182 e 183) surgiu a Lei 10.257/2001, o Estatuto da Cidade. Nela há a definição de princípios e diretrizes para gerir a política urbana, que podem ser utilizados, principalmente, através do poder público municipal, especialmente por meio do plano diretor.

Um instrumento imprescindível na busca por justiça no ambiente é a regularização fundiária, Lei 13.465/2017. Esse instrumento pode ser definido como um processo composto por medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que possuem o intuito de integrar os assentamentos irregulares ao contexto legal das cidades.

É comum a incidência do instituto da usucapião quando a regularização fundiária é feita em áreas particulares, especialmente a usucapião especial urbana. Por outro lado, tratando de áreas públicas os institutos aplicados são a Concessão de Direito Real de Uso (CDRU) e a Concessão de Uso Especial para fins de moradia (CUEM), as quais trataremos ao decorrer do presente estudo.

2 A administração pública e a regulamentação da posse por meio de CDRU e CUEM

A Concessão de Direito Real de Uso (CDRU) é um direito real e tem previsão no artigo 1.225, XII do Código Civil, criado e disciplinado pelo decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967.

Sua instituição se deu pelo artigo 7º do Decreto-Lei nº. 271/67. Podendo ter aplicação em terrenos públicos ou privados, de maneira remunerada ou gratuita, sendo por tempo certo ou indeterminado, possui finalidades específicas, trazidas no caput do artigo supra: “de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas” (Brasil, 1967).

A CDRU é constituída por instrumento público, particular ou por simples termo administrativo (Brasil, 1967, art. 7º, §1º). Tendo como marco inicial a inscrição da concessão, o concessionário poderá usufruir de maneira plena do terreno para fins pré-estabelecidos no contrato, além disso, responde por todo e qualquer encargo civil, administrativo ou tributário que possa vir a incidir sobre o imóvel (Brasil, 1967, art. 7º, §2º).

Hely Lopes Meirelles (2001) define o direito real de uso como:

O contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, como direito real resolúvel, para que dele se utilize em fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social. (Meirelles, 2001, p. 485).

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello (1995):

É o contrato pelo qual a Administração transfere, como direito real resolúvel, o uso remunerado ou gratuito de terreno público ou do espaço aéreo que o recobre, para que seja utilizado com fins específicos por tempo certo ou por prazo indeterminado. (Mello, 1995, p. 535).

A concessão pode ser transferida por ato inter vivos ou causa mortis (Brasil, 1967, art. 7º, § 4º), salvo disposição contratual em contrário. Já para a rescisão antes do período contratual estipulado, há duas possibilidades: (a) se o concessionário der ao imóvel destinação diversa daquela especificada no instrumento contratual; ou (b) se descumprir qualquer cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste último caso, as benfeitorias de qualquer natureza incidentes sobre o imóvel (Brasil, 1967, art. 7º, §3º).

Como tratamos, a concessão visa regularizar bem imóvel informal. Assim, o possuidor deve utilizar o bem público com intuito de fazer dele seu domicílio, deve imperar o ânimo definitivo para residência (art. 70 do Código Civil). Nesse diapasão, há o cumprimento do interesse social, uma vez que é de interesse coletivo que todos do convívio social possam ter acesso a condições dignas de habitação. É a mesma bandeira do instituto da Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia (CUEM), o qual será visto a seguir.

A Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia (CUEM) é um direito real com previsão no artigo 1.225, XI do Código Civil (Brasil, 2002) e no artigo 183 da Constituição Federal, que dispõe: “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural” (Brasil, 1988).

A priori, a concessão especial para fins de moradia tinha previsão expressa nos artigos 10 a 15 do Estatuto da Cidade. Porém, os artigos citados foram vetados pelo então Chefe do Poder Executivo, o Presidente Fernando Henrique Cardoso. Nessa senda, o instituto foi disciplinado através da Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001. Trata-se de um direito real assegurado com intuito de regularizar áreas públicas, com isso, há a incidência de ações contra qualquer pessoa que queira violá-lo. A pessoa possuidora, antes de 30 de julho de 2001 e há, no mínimo, cinco anos, no limite de 250 m² de imóvel enquadrado como público e que se situe em área urbana, com utilização para moradia própria ou familiar, teria o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto de posse.

Faz-se mister salientar que, mesmo com a Concessão Especial Para Fins de Moradia, o possuidor não será dono do imóvel. A propriedade segue em poder da Administração Pública, que concede ao ocupante o direito de uso para fins de moradia.

Trata-se de direito real de uso que decorre de um contrato administrativo, é discricionário do poder público determinar que um bem público será concedido para uso pelo particular, o que gera um acordo de vontades. De outro modo, a CUEM se mostra como um verdadeiro direito subjetivo da pessoa que possui, se preenchidos os requisitos legais, sobrevém para a Administração Pública a prática de um ato vinculado.

Dessa forma, se a Administração Pública se negar a conceder o título de concessão, ou até mesmo omitir-se, há, para o possuidor, a possibilidade de pleitear em juízo a declaração de uso especial para fins de moradia. Havendo ação judicial, a concessão de uso para fins de moradia será declarada pelo juiz mediante sentença, é o que está estabelecido na Medida Provisória 2.220/2001, artigo 6º, § 3º.

Observa-se, à vista do exposto, que a Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia (CUEM) foi elaborada com intuito de responder ao clamor social por democracia no

acesso à moradia, na gestão do imóvel público e na reparação de desigualdades com base no princípio da função social da propriedade, que é ordem constitucional.

3 A possibilidade de conversão de títulos de CDRU e CUEM na REURB

A formalização do Estado Democrático de Direito não foi capaz, sozinha, de erradicar os efeitos colaterais da colonização no Brasil, principalmente no que diz respeito à produção e ocupação do espaço brasileiro, mormente as raízes da questão habitacional. Nota-se que, na maioria das cidades brasileiras, a tendência de produção e reprodução do espaço urbano é recheada por diferenças étnicas, sociais e econômicas para formação da organização social do território de cada cidade.

É importante destacar que a ocupação e o uso de solo de forma voluntária por pessoas que buscam estabelecer para si e sua família uma moradia e/ou um espaço, ainda que simplório para ter uma fonte de renda, pode ocorrer em áreas de particulares ou em áreas públicas. No que importam às áreas públicas, cabe trazer à baila o parágrafo único do art. 191, da CF, *in verbis*: “Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.” (Brasil, 1988). Isto é, caso o ocupante tivesse o interesse de ter a formalizar para si o espaço ocupado em área pública, poderia requerer a regulamentação da posse CDRU ou a CUEM, dependendo da destinação dada ao imóvel.

Dessa forma, sobretudo em áreas ocupadas por população de baixa renda, era comum a expedição de títulos de CDRU e CUEM, como estratégia de implementar programas de regularização fundiária na tentativa de promover moradia digna aos cidadãos que ocupavam áreas públicas. Entretanto, quando não havia o reconhecimento da propriedade do terreno, regulamentava-se a posse e reconheciam-se as benfeitorias ali feitas.

Nessa toada, surgiu em 2017 o novel diploma legislativo de n.º 13.465 que trouxe critérios e requisitos que visaram organizar a operacionalização e implementação da regularização fundiária pelo rito da REURB em núcleos urbanos informais consolidados, ou seja, àqueles que possuem alguma informalidade na ocupação e uso do solo que podem ser aplicados em áreas públicas e privadas, e que dentre os 15 institutos apresentados em seu art. 15, um deles se destaca, que é a Legitimação Fundiária, pela possibilidade de conversão da CDRU e da CUEM em Legitimação Fundiária.

Na obra *Manual de Regularização Fundiária Urbana REURB*, a registradora de imóveis Michely Freire Fonseca Cunha (2019) identifica diferentes espécies de regularização fundiária urbana na norma, quais sejam: a) Regularização fundiária Urbana de interesse social (REURB-S); b) Regularização fundiária Urbana de interesse específico (REURB-E). Michely Freire Fonseca Cunha pontua:

[...] a REURB é admitida para núcleos urbanos irregulares existentes no Município, ou seja, para moradias, comércio, indústria, conjuntos habitacionais, condomínios, horizontais, verticais ou mistos, com a ressalva de que a regularização fundiária de núcleos urbanos informais constituídos por unidades imobiliárias não residenciais deve ser feita através de REURB-E. (Cunha, 2019, p. 19).

A REURB-S é destinada aos núcleos urbanos informais ocupados majoritariamente por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo municipal, ao passo que a REURB-E é aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada como de baixa renda e é cabível a unidades imobiliárias não residenciais (Cunha, 2019).

Cumprido destacar que a Lei de REURB apresentou um novo instituto que é o da Legitimação Fundiária, que reconhece o exercício da posse para garantir o direito real à propriedade de forma originária e apresenta como marco temporal o estabelecimento do núcleo urbano informal consolidado, aquele de difícil reversão, em 22 de dezembro de 2022. Nesse sentido, é interessante verificar o disposto no art. 23:

Art. 23. A legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016. (Brasil, 2017).

O decreto 9.310/2018 é regulamentador da Lei 13.465/2017. O referido instrumento legislativo apresentou a possibilidade da conversão dos supracitados títulos de posse, con-vém trazer à baila o art. 92, §4, *in verbis*:

Art. 92 [...]

§ 4º O registro dos títulos emitidos, para conferir direitos reais, nos projetos de regularização que tenham sido registrados nos termos do art. 46 ao art. 71-A da Lei nº 11.977, de 2009, a critério dos legitimados, do Município ou do Distrito Federal, poderá ser feito nos termos da Lei nº 13.465, de 2017, e deste Decreto. (Brasil, 2018).

Considerando não somente os diplomas legais, mas a compreensão de que a estrutura social urbana é marcada pela alta concentração espacial da pobreza, com objetivo de tornar ainda mais objetiva a operacionalização da Lei nº 13.465/2017, bem como os ditames dispostos em seu decreto regulamentador nº 9.310/2018, a Corregedoria Geral da Justiça (CGJ) do Poder Judiciário do Estado da Bahia, por meio do Provimento nº 07/2022, no artigo 3º, §4º, deixou em evidência a possibilidade dessa conversão, assim segue:

Art. 3º [...]

§4º Os títulos de Concessão de Direito Real de Uso – CDRU e Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia – CUEM, anteriormente concedidos em programas de regularização fundiária, serão convertidos em Legitimação Fundiária e poderão ser levados a registro junto à serventia imobiliária competente, nas seguintes hipóteses:

I - requerimento apresentado diretamente pelo Município; ou

II - requerimento apresentado pelo beneficiário do respectivo título, acompanhado por Atestado de Conversão, com força de Certidão de Regularização Fundiária (CRF), emitido pelo município. (grifo nosso). (Bahia, 2022, grifo nosso).

É importante destacar que o deslinde sobre a possibilidade de conversão de títulos de CDRU e CUEM presente no Provimento nº 08 da CGJ-TJ/BA traz uma segurança jurídica na operacionalização do requerimento apresentado pelo Município, beneficiário e/ou quaisquer outros legitimados apresentados no art. 14 da lei 13465/2017, bem como ao registrador que irá processar o atestado de conversão em sua serventia.

Os diplomas descritos culminaram na materialização da promoção do direito à moradia digna, inserto no art. 6º da Constituição Federal para que fosse assegurado, bem como na ade-

quação à função social da propriedade digna da população do bairro do Alto das Pombas e do Calabar, no município de Salvador. Em conjunto com a Corregedoria Geral da Justiça, conforme notícia o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e a Secretaria de Infraestrutura do Município de Salvador, foram expedidos 663 (seiscentos e sessenta e três) títulos de Legitimação Fundiária, por REURB-S, no 1º Cartório de Registro de Imóveis de Salvador, elaborados a partir da conversão de títulos de CUEM e CDRU que existiam na referida comunidade (TJBA, 2022).

4 Considerações Finais

Diante de todo o exposto, percebeu-se que os bens públicos estão sob a égide da impossibilidade de aquisição via ação de usucapião ou de pedido extrajudicial no cartório de registro de imóveis na circunscrição de competência da localidade do imóvel. Além disso, foi observado que, antes da vigência da Lei 13.465/2017, havia diversos obstáculos para regularização da propriedade em área pública, principalmente para a população de baixa renda.

Desse modo, nota-se a relevância da lei 13.465/2017 para atuação em caráter preventivo para equacionar a informalidade fundiária urbana, bem como restou evidenciada a atuação do Poder Judiciário do Estado da Bahia em implementar ferramentas que estimulam a desburocratização do acesso ao direito à moradia digna, observando-se a atuação do município enquanto legitimado em requerer a conversão em localidade que atende a utilização do novel instrumento da Legitimação Fundiária.

Referências

ALFONSIN, Betânia de Moraes. **Direito à moradia**: instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras. Rio de Janeiro: IPPUR/FASE, 1997.

ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade**: Diretrizes, Instrumentos e Processo de Gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BAHIA. Poder Judiciário. **Provimento n.º 07/2022, de 16 de maio de 2022**. Dispõe acerca da Regularização Fundiária de núcleos urbanos informais consolidados, do registro e titulação de seus ocupantes. Salvador – BA: Corregedoria Geral da Justiça. Disponível em: <http://www7.tjba.jus.br/secao/lerPublicacao.wsp?tmp.mostrarDiv=sim&tmp.id=28421&tmp.secao=38>. Acesso em: 12 ago. 2023.

BALBIM, Renato. Avanços recentes no quadro normativo federal da regularização fundiária. **Planejamento e políticas públicas - PPP**, n. 34, jan./jun. 2010. p. 289-320. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/176/189>. Acesso em: 12 ago. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso e espaço aéreo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0271.htm. Acesso em: 12 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 9.310, de 15 de março de 2018**. Institui as normas gerais e os procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana e estabelece os procedimentos para a avaliação e a alienação dos imóveis da União. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9310.htm. Acesso em: 12 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Regularização Fundiária Rural e Urbana, REURB. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm. Acesso em: 10 abr. 2023.

CUNHA, Michely Freire Fonseca. **Manual de Regularização Fundiária Urbana-REURB**. Salvador: JusPodivm, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v.4.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROSA, Waleska Marcy. A Concessão de direito real de uso e a concessão de uso especial para fins de moradia. **Lex Humana** (ISSN 2175-0947), v.2, p.167–181. Disponível em: <https://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/38>. Acesso em: 12 ago. 2023. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA (TJBA). Assessoria de Comunicação. CGJ inicia entrega de títulos de regularização fundiária em salvador: mais de 600 documentos foram concedidos aos moradores do Calabar e do Alto das Pombas. **Poder Judiciário**, TJBA. 12 set. 2022.

Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/cgj-inicia-entrega-de-titulos-de-regularizacao-fundiaria-em-salvador-mais-de-600-documentos-foram-concedidos-aos-moradores-do-calabar-e-do-alto-das-pombas/>. Acesso em 02 de maio 2023.

VILLAÇA, Flávio. São Paulo: segregação urbana e desigualdade. **Estud. av.**, 25 (71), abr. 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142011000100004>. Acesso em: 12 ago. 2023. (Dossiê São Paulo, Hoje).

WOLF, Guilherme Eidelwein. A regularização fundiária urbana no Brasil e seus instrumentos de alcance. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3376, 28 set. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22699>. Acesso em: 12 ago. 2023.

“

**A TRANSPARÊNCIA NA
ATIVIDADE DA VARA JUDICIÁRIA:
NECESSIDADE DE PRESTAR
CONTAS À SOCIEDADE**

”

MARCELO DE OLIVEIRA BRANDÃO

**A TRANSPARÊNCIA NA ATIVIDADE
DA VARA JUDICIÁRIA: NECESSIDADE
DE PRESTAR CONTAS À SOCIEDADE**

**TRANSPARENCY IN THE ACTIVITY
OF THE JUDICIARY COURT:
NEED TO BE ACCOUNTABLE TO SOCIETY**

MARCELO DE OLIVEIRA BRANDÃO¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Impulso por Iniciativa da Parte. 3 Transparência. 4 Página Eletrônica. 5 Considerações finais.

RESUMO

A transparência na atividade jurisdicional gera credibilidade nas pessoas que procuram o serviço da Justiça. Visando a essa transparência, a 5ª Vara da Fazenda Pública de Salvador implantou página eletrônica na qual dispõe aos jurisdicionados informações sobre a sua atividade. Essa iniciativa é relatada neste artigo.

Palavras-chave: Página eletrônica da vara. Transparência. Gestão da Informação. Prestação de contas.

ABSTRACT

Transparency in jurisdictional activity generates credibility in people who seek the service of Justice. Aiming at this transparency, the 5th Public Treasury Court of Salvador implemented an electronic page in which it provides jurisdictional information about its activity. This initiative is reported in this article.

Keywords: Court electronic page. Transparency. Information management. Accountability.

Introdução

É esperado que o processo judicial, uma vez instaurado, tenha uma decisão judicial correspondente obtida em tempo razoável. Isso está, inclusive, estabelecido como direito fundamental da parte no âmbito do art 5º, LXXVIII da Constituição Federal. Esse preceito, muitas vezes, não é atendido pelo poder judiciário e, entre as várias causas que levam a essa inobservância, pode-se elencar: falta de servidores e recursos materiais; retenção de autos conclusos; quantidade de processos acima da capacidade de julgamento da unidade; regras processuais que imobilizam o andamento processual, especialmente no que diz respeito aos recursos *etc.*

¹ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Especialista em Direito Eleitoral pela Faculdade Maurício de Nassau.

Não obstante essa multiplicidade de fatores que levam a dilação processual, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu baliza temporal, com intenção de parametrizar a duração razoável do processo, tendo por critério um desses fatores: a retenção de autos conclusos. Estabeleceu-se que, se o processo encontrar-se concluso há mais de 100 dias, contados em dias corridos, o juiz estará em mora processual indevida.

A contagem desse prazo se opera *em dias corridos*, diferente de *em dias úteis*, porque o Conselho Nacional de Justiça – CNJ entendeu que esse prazo é de natureza administrativa, regulado no art.66, §2º da Lei federal n. 9.784/99, de modo que tal período não receberia o tratamento reservado aos prazos judiciais.²

Assim, o parâmetro dos ‘100 dias’ é aplicado indistintamente para qualquer unidade judiciária. Não importa se se trata de vara crime ou cível, ou se pertence ao sistema da justiça comum ou do juizado especial, tampouco se a unidade possui grande ou baixa quantidade de feitos distribuídos, ou mesmo se tem seu quadro compatível com a demanda distribuída. No caso, reduziu-se a causa da morosidade processual, que, como se disse, é multifatorial, à simples atuação do juiz na movimentação de autos conclusos.

Essa redução quanto à causa da morosidade é insuficiente para explicá-la, uma vez que o juiz não tem domínio sobre os demais fatores mencionados. Há de se reconhecer, é bom ressaltar, que esse prazo para apurar morosidade processual definido pelo CNJ é maior do que o prazo definido para essa mesma finalidade prevista no Código de Processo Civil³. O CNJ ampliou o prazo, certamente porque é fato que muitos juízes não conseguem, por questões estruturais, especialmente no caso do exercício da jurisdição cível, realizar sua atividade judicial com base nos prazos previstos no Código de Processo Civil.

Esses outros fatores deveriam ter sido sopesados de alguma forma na definição do tempo razoável da duração do processo pelo Conselho Nacional de Justiça, diante do evidente impacto que causam no tempo de retenção de autos conclusos. Afinal, se o juiz tiver um acervo de processo incompatível com o quadro de servidores, resultará em maior retenção de autos conclusos. O mesmo ocorre se a distribuição de feitos ultrapassar a capacidade do juízo em responder a essas demandas.

A preocupação com as múltiplas causas da irrazoabilidade da duração do processo já foi externada por Araújo e De Oliveira (2013). Elas criticam a dificuldade de se apurar a morosidade da justiça, quando não se tem dados disponíveis referentes às diversas causas que a enseja, em outras palavras, falta o mapeamento de maneira detalhada dessa morosidade.

A conclusão é pertinente, pois o CNJ estabelece metas de produtividade sem levar em conta as condições de trabalho dos juízes, que se não forem boas também levam à moro-

2 Essa orientação foi adotada no plenário do Conselho Nacional de Justiça que, por maioria, acolheu o voto do relator Conselheiro Valdetário Andrade Monteiro como resposta à consulta formulada pela Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Paraná nos autos de nº 0009494-20.2017.2.00.0000. O voto divergente foi proferido pelo Conselheiro Mário Guerreiro, que entendia que a contagem para efeito da morosidade deve ser feita com base no art. 219 do Código de Processo Civil. CONSULTA - 0009494-20.2017.2.00.0000. Plenário Virtual, 17 de abril de 2020. Rel. Consel. Valdetário Andrade Monteiro. Tem-se que a melhor razão está no voto divergente, pois a Lei federal n. 9.784/99 foi editada em consonância com o Código de Processo Civil editado em 1973, e atualmente está em vigor o Código de Processo Civil editado de 2015, que estabeleceu a contagem de prazo em dias úteis. Certamente em algum momento a referida lei vai sofrer atualização, a fim de ficar consentânea com o atual código processual.

3 O art. 218 do Código de Processo Civil prescreve a obrigatoriedade dos atos processuais serem produzidos dentro dos prazos fixados na lei. O art. 219 do Código de Processo Civil define a contagem dos prazos em dias úteis. E em seguida, no art.226 do Código de Processo Civil, encontram-se os prazos para a movimentação dos autos conclusos, conforme o campo de conclusão. Caso os autos estejam conclusos para sentença, essa deve ser proferida em 30 (trinta) dias úteis, a contar da data de conclusão. O valor desse prazo será distinto nos casos de despachos e decisões interlocutórias, com o primeiro sendo de 5 (cinco) dias úteis e o outro de 10 (dez) dias úteis. Não observando esses prazos, o juiz fica sujeito a representação nos termos do art.235 do Código de Processo Civil.

sidade processual. Nessa mesma linha, Demarchi (2014) considera que o sistema de produção com base em metas estabelecidas pelo CNJ, para ser efetivo, deve levar em conta, entre outras coisas, o quadro de servidores e de magistrados. Consequentemente, a escolha de uma única causa para explicar a demora do processo e estabelecer a partir dela o critério de apuração dessa morosidade é insuficiente.

Com efeito, ao operar o atraso de 100 (cem) dias corridos, presume-se que o juiz foi negligente. A partir de então, o juiz fica vulnerável às reclamações de morosidade, nos termos do art. 235 do Código de Processo Civil, e deverá justificar-se, a fim de afastar a presunção.

Na maioria dos casos, essa tarefa de justificação não parece ter grande dificuldade, se considerarmos uma unidade judiciária em que seja baixa a retenção de autos ou que esteja com seu quadro de pessoal em número adequado com demanda que lhe é distribuída, afinal, a representação seria caso excepcional nesse contexto.

O problema surge quando a unidade judiciária não conta com o quadro de pessoal adequado à demanda ordinária ou recebe processos novos em quantidade além da capacidade da vara. Trata-se da situação em que o juiz detém acervo de autos conclusos em número superior à sua capacidade de trabalho, denotando a congestão da unidade.

Nesse cenário, o juiz será alvo de reclamações de morosidade diuturnas dos jurisdicionados, e, a essa altura, não importa quantos dias sejam considerado para que ele esteja em excesso de prazo, pois, tendo em conta que é a deficiência estrutural a causa da paralisação, ele estará em mora na grande maioria dos autos conclusos. A tarefa de justificação se transformará, então, em mais um fator de retenção, pois o juiz vai ter que parar de impulsionar os processos conclusos para responder às representações.

Nesse tipo de vara congestionada, ainda que o juiz atue além da sua capacidade ordinária, não vai reduzir o prazo de 100 dias corridos, por uma razão simples: no mesmo momento em que ele movimenta os processos que estão paralisados do início da fila dos autos conclusos, novos processos entram no final da fila, assumindo a condição de paralisados. Isso significa que o número de processos parados é atualizado a todo tempo, não sendo errado afirmar que, possivelmente, o juiz, nessa condição, atuará exclusivamente para atender aos órgãos correicionais e às ouvidorias.

Esse é o caso das varas fazendárias administrativas de Salvador, que tem a fila de processos conclusos há mais de 100 dias em número de mais de mil processos. Salta aos olhos que se trata de varas congestionadas, com o quadro de servidores aquém do número necessário previsto em lei⁴, cuja solução não depende do juiz que lá atua.

Desse modo, as varas fazendárias administrativas de Salvador não têm conseguido ao longo dos anos reduzir o seu acervo e tampouco diminuir a fila dos processos conclusos paralisados há mais de 100 dias. Os juízes dessas varas continuam em atividade febril, trabalhando incansavelmente, mas permanecem como alvo de reclamação de morosidade, a despeito do trabalho realizado⁵.

4 As Varas da Fazenda Pública Administrativas de Salvador devem ter o quadro de pessoal no número de 17 servidores, como definido no art. 216 da Lei estadual nº. 10.845/2007. Contudo, atua com número inferior ao previsto na lei, calculado nos termos da Resolução CNJ Nº 219 de 26.4.2016, número mínimo que se denomina 'lotação paradigma' que, no caso das referidas varas, é de dez servidores atualmente.

5 No ano de 2022, as quatro varas fazendárias administrativas da capital foram responsáveis pelo total de 91.058 decisões judiciais, o que chega a aproximadamente 7.588 decisões por mês, consoante dados colhidos no Portal Estratégia do Tribunal de Justiça da Bahia, disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/estrategia/index.php/resumo-estatistico-mensal-2022/>, acesso em: 20 fev. 2023.

2 Impulso por iniciativa da parte

No âmbito da 5ª Vara Fazendária de Salvador, as reclamações e representações de morosidade formuladas nesse contexto de congestionamento processual foram identificadas como um grande problema. Afinal, não importava que a fila dos processos conclusos fosse movimentada e que os feitos estivessem sendo julgados dentro do ritmo que é possível empregar na unidade; as reclamações não paravam de chegar à vara, em uma clara indicação de que as partes continuavam insatisfeitas com o seu desempenho da vara, embora, repita-se, o esforço que se fazia para melhorar a dinâmica da vara, em que o critério cronológico era utilizado para impulsionamento dos processos por ser mais justo.

Então foi identificado que as representações não se referiam a processos que estivessem sendo preteridos na sua ordem cronológica de atendimento, e, portanto, à primeira vista, não deveriam ensejar expedientes da espécie. A fila não estava parada, ela seguia seu ritmo próprio, vale dizer, o juiz conferia o andamento cabível aos feitos conclusos dentro do contexto operacional de que se tinha na mão, não estava de braços cruzados. O que se verificou, porém, é que as queixas de morosidades pretendiam furar a fila dos autos conclusos, no sentido de que fosse dada preferência para o exame do processo objeto da representação, que, não raro, tratava-se de processo nas últimas posições da fila.

Esse tipo de manobra deveria ser desincentivada. Afinal, não é aceitável que processos mais antigos na ordem cronológica da fila sejam preteridos em relação aos mais recentes, apenas porque o seu autor provocou os órgãos correccionais para esse fim. Claramente se todos estão na mesma situação de morosidade, implica em que se lhes dêem o mesmo tratamento em razão dessa igualdade de condições.

O óbvio para permitir a justiça célere é aperfeiçoar a estrutura funcional da unidade, no que diz respeito ao aspecto da distribuição de processos e à composição do quadro de servidores. Do contrário, ignorando essa obviedade, o problema vai subsistir e os órgãos correccionais se tornarão uma espécie de instância para impulsionamento oficial de processos judiciais por iniciativa das partes, papel que, a rigor, não lhe cabe. O impulsionamento do processo é da esfera de atribuição do juiz, que esteja em condições de trabalho compatível.

O ‘impulsionamento por iniciativa da parte’, entende-se como tal, a sua atuação de a todo momento intervir no processo para que ele flua, fora dos casos em que é intimada para realizar algum ato, a rigor, não deveria ser algo a se incentivar. A parte não precisa ficar requerendo que o juiz faça o que ele deve realizar de ofício para movimentação do processo. Isso ocorre, muitas vezes, porque a parte sente que o processo encontra-se paralisado porque esqueceram de movimentar, ou que o juiz é moroso. Normalmente, a parte não faz a reflexão de que possivelmente as razões para que o seu processo esteja parado, conforme já referido alhures, não têm por causa esquecimento ou omissão do juiz⁶.

Importante repetir que o impulso oficial tem relação direta com a quantidade de servidores disponíveis na vara e com a quantidade de processos distribuídos. A maior quantidade de servidores favorece a celeridade da realização de atos processuais e, com isso, maior agilidade na tramitação dos processos. Por sua vez, a maior distribuição de processos implica em maior congestionamento para proferir decisões judiciais, maior incremento na retenção da fila dos autos conclusos.

6 O impulsionamento processual é feito ex officio, consoante o art. 2º do Código de Processo Civil. Consta em seu texto que o processo se desenvolve até o seu término por impulso oficial. Em outras palavras, a movimentação do processo judicial é de responsabilidade do juiz e seu quadro funcional e se opera independentemente da vontade das partes. Por sua vez, a iniciativa para deflagração do processo é da parte, como também prevê o referido dispositivo legal, não cabe ao juiz essa iniciativa. As partes devem falar nos autos e praticar atos quando for intimada para tal. Há de se concluir, portanto, que a lei em regra não autoriza o impulsionamento por iniciativa da parte, fora dos casos em que ela é intimada a realizar algum ato processual.

Consequentemente, as partes perdem precioso tempo tentando impulsionar o processo, seja formulando requerimentos no seu âmbito, seja provocando os órgãos correicionais, quando o problema é estrutural e não de retenção negligente de autos conclusos pelo juiz⁷.

3 Transparência

Certamente as partes se comportam desse modo porque não têm conhecimento das condições de trabalho da vara. Ignoram a produção do juiz, o número do acervo de processos, a quantidade de servidores, a quantidade de processos conclusos etc. Enfim, elas não sabem qual o estado em que se encontra o ambiente de trabalho da vara, e por isso desenvolvem a ideia de que o juiz não está atuando adequadamente, baseando-se tão somente em razão de lapso temporal, no caso, em processos paralisados há mais de 100 (cem) dias corridos.

Desse modo, se é a ignorância quanto à situação da vara que leva ao comportamento das partes em impulsionar o processo por sua iniciativa, é intuitivo que, caso haja empenho em disponibilizar as informações da atividade da vara para as partes – como, por exemplo, o número de processos em andamento; a quantidade de servidores; a fila dos autos conclusos etc. – elas poderão compreender melhor a estrutura da vara e tirar as suas próprias conclusões a respeito da razão do seu processo encontrar-se paralisado. Isso enseja que se possa melhor avaliar se efetivamente essa paralisação pode ser creditada ao juiz e se é pertinente operar queixas de morosidade diante das circunstâncias informadas.

Nesse aspecto da transparência, a 5ª Vara da Fazenda Pública de Salvador estava realmente em falta. As informações afetas à sua atividade não estavam disponíveis para os jurisdicionados de maneira facilmente acessível, o que também resultava, de certa forma, em um descumprimento legal, pois o poder judiciário deve bem informar aos jurisdicionados sobre sua atividade por intermédio de “[...] procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão” (Brasil, 2011), nos termos do art. 5º da Lei federal 12.527/2011.

Essa falta se constatava mesmo com o tribunal mantendo portal de informações na rede mundial de computadores, nos termos da referida lei, de acesso amplo para os jurisdicionados⁸. Nesse sítio eletrônico, várias informações de caráter geral são publicizadas, valo-

7 Bem verdade que a negligência do juiz em sua atividade judicial é fator que leva ao atraso no andamento do processo, mas certamente trata-se de caso excepcional, pois, a grande parte dos juízes é muito atenta e comprometida com a sua atividade. Hoje em dia, com o advento da tecnologia, o tribunal possui meios para apurar a produção do juiz com agilidade e precisão. Os órgãos correicionais conseguem identificar o índice de produtividade do juiz rapidamente. No caso do Tribunal de Justiça da Bahia, existe disponibilizado para a Corregedoria Geral da Justiça a plataforma EXAUDI, que permite fazer apurações estatísticas do desempenho dos juízes da Bahia. Com essa ferramenta se tem condições de avaliar o desempenho do juiz. Logo, a parte não precisa provocar órgãos correicionais para esse fim, já que eles permanecem sempre vigilantes e diante de qualquer discrepância são capazes de promover as medidas correicionais pertinentes.

8 Importante ressaltar que, em regra, a ênfase que o tribunal confere às informações que disponibiliza ao público tem pertinência às questões globais da administração judiciária, nos termos da Resolução CNJ Nº 102, de 15 de dezembro de 2009, na qual, basicamente, estabeleceu o agrupamento dessas informações em três categorias: gestão orçamentária e financeira; quadros de pessoal e respectivas estruturas remuneratórias. A Lei federal nº 12.527/2011 minudenciou essas categorias. Estabeleceu o mínimo que deve ser publicado como sendo: registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público; registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros; registros das despesas; informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados; dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.

rizando a prestação jurisdicional, o que se tem denominado de transparência ativa, uma vez que as informações são ofertadas independentemente de solicitação do cidadão. No entanto, no que diz respeito às varas, essas informações são prestadas na página do tribunal de modo disperso, os jurisdicionados têm dificuldade de acessar as informações específicas de determinada vara, além de que não são disponibilizadas todas as informações produzidas pela vara. Em síntese, não há um local específico na página do tribunal para que todos os serviços e informações que a vara produz sejam agrupados em uma única área, facilitando o acesso de modo ágil a tais informações pelos jurisdicionados.

Isso é importante ressaltar, porque cada vara judicial produz de maneira própria seu próprio volume de informações. Elas estão estruturadas de acordo com o modo peculiar de trabalho que é ali implementado. Não obstante, o fim perseguido pelas varas seja o mesmo, vale dizer, a prestação jurisdicional de forma célere; o meio que utilizam para chegarem a esse fim, a forma de gestão das varas, não são coincidentes entre si. A gestão está sujeita, principalmente, às modificações em razão da forma pessoal do juiz administrar a vara, bem como aos recursos (material e humano) que ele dispõe para a sua gestão e ao tipo de ramo da justiça na qual atua. Por conta desse volume de informações, seria impraticável que os tribunais conseguissem centralizar e organizar todas elas em sua página eletrônica, de modo que fosse facilmente acessível pelos jurisdicionados.

A transparência implementada em âmbito dos tribunais, portanto, é insuficiente no que diz respeito às varas judiciais⁹. É importante então que elas próprias especifiquem essa atividade de transparência, disponibilizando para o público informações sobre seu desempenho de maneira detalhada. Com isso, seguramente, estará gerando valor de confiança entre os jurisdicionados e a unidade judicial.

Em consequência, no momento em que se robustece a confiança do jurisdicionado com a vara, naturalmente se desincentiva o impulsionamento do processo por iniciativa da parte. Esta reconhece e acredita no desenvolvimento oficial do seu processo. Por sua vez, com o grau de confiança fortalecido, o juiz emprega a maior parte do seu tempo no impulso oficial dos processos, avançando com a fila dos autos conclusos, no ritmo que a estrutura da vara permite, distribuindo a jurisdição de forma justa, sem preterição de ninguém, para o bem da comunidade e prestígio da Justiça.

4 Página eletrônica

Exatamente essa transparência na atividade da vara judicial é que foi adotada na 5ª Vara da Fazenda Pública de Salvador. A ideia é que, divulgando informações sobre a atividade da vara em página eletrônica própria, acessível a todos, resultaria na diminuição do impulsionamento por iniciativa da parte, bem como reduziria o número de queixas na ouvidoria e órgãos correicionais.

Com efeito, criou-se uma página eletrônica oficial da vara na rede mundial de computadores exclusivamente para a divulgação de informações da referida vara. Essa página é estruturada de modo que a própria vara atualiza as suas informações, não necessitando de intermediação do setor de tecnologia da informação do tribunal. Essa finalidade de au-

9 Nesse ponto, é importante ressaltar que prestar contas aos jurisdicionados da atividade jurisdicional, implica não apenas informar sobre a atividade jurisdicional em si mesma, mas também da atividade administrativa a que se recorre para assistir àquela. Com isso, não apenas se garante o atendimento de um dever legal de todo órgão público que presta serviço ao cidadão, como também protege esse órgão, na medida em que expõe para esse mesmo público os limites de sua atividade, despertando o usuário do serviço para as reais condições em que ele é prestado.

togestão se obtém com a adoção de página eletrônica estática. Esse tipo de página serve basicamente para exibir informações ao público. Ela é facilmente gerenciável, porque adota a ideia de um quadro de avisos. As informações são publicadas e atualizadas na forma como o gestor considerar pertinente. A sua simplicidade a torna não apenas fácil de ser gerenciada mas também de ser ela mesma construída, na medida que não exige funções sofisticadas de programação para o seu desenvolvimento. A plataforma da página foi construída com o mesmo programa que o tribunal já utiliza em seu portal, no caso, o programa *wordpress*.

Essa página foi oficialmente criada pelo setor de tecnologia do tribunal e hospedada em seus servidores a partir do domínio 'tjba.jus.br'. O endereço da página é <http://5vfpsa.tjba.jus.br/5vfpsa/> e entrou na rede mundial de computadores em 25 de julho de 2022.

Nessa página, a parte tem acesso fácil e direto às três salas virtuais para interação com a vara. Tratam-se do balcão virtual, da sala de audiência e da sala de atendimento do diretor da vara. Cada um desses lugares estão na página com o respectivo *link* para facilitar o acesso. Por essa página também a central de agendamento pode ser acessada, uma vez que o *link* encontra-se ali disponível. Como se pode observar, todos esses *links* que se encontravam dispersos, agora são acessíveis em um único local, facilitando a identificação desses serviços pela parte interessada.

Conta a página, também, com local para divulgação das informações dos números da vara, atualizado mensalmente, em que o interessado pode tomar conhecimento da estatística da vara pertinente a casos novos que são distribuídos, quantidade do acervo, taxa de congestionamento *etc*. Nessa área, o interessado tem à disposição dados do desempenho da vara e, com base neles, passa a ter condições de avaliar as condições de trabalho da unidade.

Não apenas os dados de desempenho são fornecidos. Na página ainda consta a divulgação da produção da vara ao longo do ano, atualizada diariamente. Nesse caso, separa-se o que é produzido no gabinete do juiz e o que é produzido na secretaria. A parte interessada, a partir dessas informações, pode acompanhar essa produção.

Existe ainda na página uma área para que as pessoas possam contatar a vara para externar críticas, sugestões e elogios. Com esses contatos, colhem-se informações importantes para aperfeiçoar ainda mais o trabalho da vara. As críticas e sugestões ajudam a avaliar em que aspecto é possível melhorar o serviço. Os elogios ajudam a entender os pontos de acerto do trabalho. É importante esclarecer que esse local não se destina a receber requerimento de movimentação de processos. Para esse fim, deve ser feito o uso da própria plataforma de processo judicial eletrônico.

Por fim, e o mais importante: a página contempla o local em que é apresentada a relação dos autos conclusos na fila de exame do gabinete. Nessa área, é informada a quantidade de processos que são movimentados por dia e quantos já foram movimentados no mês em curso. Nesse mesmo local, é informada a quantidade de processos que estão na fila aguardando a vez de serem movimentados. Cabe ressaltar que a fila é organizada por ordem da data de registro do processo que nela foi incluído por servidor da secretaria com base nos processos que estão conclusos no sistema de processo eletrônico.

Nesse local da página, também é informada a quantidade média de processos movimentados por mês na referida fila e com base nesse número o interessado pode estimar, aproximadamente, em quanto tempo ocorrerá a movimentação do processo. Essa estimativa se faz dividindo o valor da posição em que o processo se encontra na fila pela quantidade média de processos movimentados por mês nessa fila. O resultado dessa divisão informa em quantos meses será movimentado o processo, tendo em conta o momento em que é feita a consulta. É importante esclarecer que essa estimativa de movimentação sofre variação conforme haja maior ou menor número de autos movimentados pela equipe do gabinete ao produzirem as minutas de decisão para exame do juiz, bem como a ocorrência de feriados e de pontos facultativos e, principalmente, o aumento ou redução de pessoas que atuem no gabinete.

A parte pode consultar a posição do seu processo na fila do gabinete a partir da busca na relação dos processos divulgados na página, apenas informando o seu número completo a partir da busca do navegador, mediante o uso das teclas *Control* + *F*. Caso a pesquisa retorne com resultado vazio, significa que o processo informado não se encontra registrado na fila, devendo a parte se dirigir ao balcão virtual e esclarecer porque o processo não foi registrado, e, se for o caso, pedir a sua inclusão.

Como se pode verificar, após acessar o *link* da página eletrônica em questão, as informações e os serviços são disponibilizados para as partes interessadas. Elas acompanham como está sendo gerida a ordem de movimentação dos processos conclusos e ainda conhecem o desempenho da vara. Tudo isso dentro da ideia de transparência ativa. Antes da página, as partes não tinham qualquer estimativa de movimentação dos processos conclusos. A confiança na vara aumentou sensivelmente por parte dos jurisdicionados.

A partir da página eletrônica, notou-se o fenômeno de algumas partes não se preocuparem com o parâmetro de 100 dias corridos do CNJ para reclamar da morosidade processual. Elas passaram a fazer uso da fila divulgada no *site* como parâmetro de reclamação feita no balcão virtual da vara. Esse tipo de reclamação é aceitável, pois, se um processo está na posição superior da fila para ser movimentado e, por alguma razão, não o foi, é justo que, nesse caso, se dê a preferência de movimentá-lo, o que é feito tão logo se constata que a reclamação procede.

Essa utilidade da página resta evidenciada pela quantidade de usuários que a acessa. Evidentemente, se existem usuários procurando informações na página é porque eles, por alguma razão, consideram úteis para si as informações ali disponibilizadas. Para identificar o quantitativo de usuários em dado lapso, foi consultada a ferramenta *Google Analytics*, que permite ver informações sobre os visitantes da página eletrônica. Com efeito, a referida ferramenta, consultada em 17 de fevereiro de 2023, informou que, no período compreendido entre de 1º de agosto de 2022 a 1º de fevereiro de 2023, 1.600 pessoas acessaram a página.

Considerando que se trata de um *site* de informações judiciais específicas para os usuários da 5ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, esse número é bastante significativo. Indica que aproximadamente 260 usuários deixaram de ocupar por mês um servidor da vara para obter informações sobre seus processos, satisfazendo-se com os esclarecimentos obtidos diretamente na página eletrônica. Trata-se de uma grande economia de força de trabalho, que é revertida em benefício dos jurisdicionados, na medida em que o servidor empregará o tempo que seria usado para atender o usuário para atividades de impulsionamento dos processos. Pode-se afirmar que a página é um sucesso para o fim pretendido.

5 Considerações Finais

A página eletrônica da 5ª Vara da Fazenda Pública de Salvador é uma eficiente forma de gerir informações a serem disponibilizadas para os jurisdicionados. Estes podem ter acesso a elas sem necessidade de atendimento pessoal em qualquer horário e dia da semana, basta um simples acesso ao endereço da página na rede mundial de computadores, por meio de seu aparelho celular ou computador de mesa, e as informações eclodem em sua tela. Esse conforto é de valor inestimável, especialmente para os advogados que necessitam de agilidade para comunicar a seus clientes o estado do processo no âmbito interno da atividade da vara.

Contudo, não se tem a ilusão que o problema dos processos paralisados há mais de 100 dias corridos se resolva com essa iniciativa. Como já ressaltado no âmbito da vara fazendária referida, a solução desse problema tem a ver com o redimensionamento da quantidade de processos distribuídos e a alocação de servidores. Como se constata, o problema da mo-

rosidade exige medidas que não dependem apenas do juiz, sendo impróprio apontá-lo como responsável único pela morosidade de processos nesse contexto.

A página eletrônica da vara sendo uma aplicação do tribunal pode ser replicada para quaisquer outras varas a ele vinculado. Obviamente, a construção do *site* levará em conta as necessidades específicas da vara, definidas por seu gestor ao indicar quais e como as informações produzidas na vara serão disponibilizadas aos jurisdicionados. Com base nesses dados, a equipe de tecnologia da informação constrói e disponibiliza a página para a vara que, a partir de então, se responsabiliza por sua gestão.

Essa iniciativa de dispor informações da vara para conhecimento dos jurisdicionados vai ao encontro de projetos do CNJ como o “Juízo 100% Digital”, pois, em ambos os jurisdicionados, recorrem à tecnologia a fim de obter informações da Justiça diretamente de suas residências, abdicando de fisicamente irem aos Fóruns. O *site* também pode ser considerado uma ferramenta compatível com o “Programa Justiça 4.0”, também do CNJ, que busca implementar instrumentos digitais no Judiciário, de modo a dispor para o cidadão de atividades judiciais céleres.

Certamente, o tribunal, em algum momento, reconhecendo a importância da transparência no desenvolvimento das atividades cartorárias, incentivará que todas as varas tenham página eletrônica própria para dispor aos seus jurisdicionados informações da atividade da vara, consideradas relevantes para a comunidade.

Referências

BRASIL. Lei federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações. Presidência da República: Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília (DF), 18 nov. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 21 fev. 2023.

DEMARCHI, C. As metas do CNJ: controle e parâmetro para o prazo razoável do processo e o princípio da eficiência. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 6, n. 2, p. 693–709, 2014. DOI: 10.14210/rdp.v6n2.p693-709. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/6071>. Acesso em: 20 fev. 2023.

ARAÚJO, Mayara de Carvalho; DE OLIVEIRA, Raísa Lustosa. Da Morosidade da Justiça Como Recurso Para a Manutenção do Status Quo: A Chicana Processual e os “Castelos de Fachadas”. **Revista de Direito Brasileira**, v. 4, n. 3, p. 523-543, 2013.



PODER JUDICIÁRIO
DO ESTADO DA BAHIA