

2. DOCTRINA NACIONAL

2.7

O MOVIMENTO DOS TRABALHADORES RURAIS SEM TERRA EM FACE DO DIREITO PENAL *

ROBERTO DELMANTO JUNIOR

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais: reforma agrária e liberdade – 2. As invasões de terra e o direito penal: 2.1 Os crimes de alteração de limites e esbulho possessório previstos no art. 161 do CP; 2.2 O crime de dano tipificado no art. 163 do CP; 2.3 O crime do art. 20, *caput* e par. ún. da Lei 4.947/66; 2.4 O crime de violação de domicílio previsto no art. 150 do CP; 2.5 O crime de exercício arbitrário das próprias razões tipificado no art. 345 do CP; 2.6 O crime de desobediência tipificado no art. 330 do CP; 2.7 O crime de resistência previsto no art. 329 do CP; 2.8 A infração penal de apologia ao crime ou a criminoso tipificada no art. 287 do Diploma Penal; 2.9 O crime de quadrilha ou bando previsto no art. 288 do CP – 3. As prisões em flagrante, temporária e preventiva: 3.1 Breves comentários acerca da prisão cautelar; 3.2 A prisão em flagrante; 3.3 A prisão temporária; 3.4 A prisão preventiva – 4. Conclusões.

1. Considerações iniciais: reforma agrária e liberdade

A história já demonstrou, inúmeras vezes, que qualquer tipo de extremismo político, tanto de direita quanto de esquerda, é ilusório e altamente pernicioso, acarretando, sempre, incontáveis e irreparáveis violações aos direitos humanos.

Tal constatação é evidente, bastando observar, por exemplo, o processo penal russo dos anos 30, em que pessoas acusadas da prática de crimes contra o estado comunista de Stalin eram condenadas à morte em poucos minutos, sem qualquer garantia para a defesa, através de procedi-

mentos extraordinários.¹ Por outro lado, a ditadura militar brasileira foi repleta de exemplos de violações a direitos humanos, algumas das quais inclusive reconhecidas atualmente pelo próprio governo, providenciando-se o pagamento de indenizações às famílias das vítimas que sequer tinham atestado de óbito, o que denota um grande avanço em nossa democracia, não obstante esse dinheiro de forma alguma diminua a gravidade ou apague os traumas das vergonhosas torturas e homicídios praticados por aquele estado ditatorial.

E é no atual estado democrático de direito, haurido após amargos e longos anos de censura e supressão das liberdades

(*) Palestra proferida com o apoio do IBCCRIM no IV Encontro Nacional da Rede Nacional dos Advogados Populares – RENAAP, no dia 18.12.1998, na cidade de São Luiz do Maranhão.

(1) Cf. Léonid Golovko. La célérité de la procédure pénale en droit russe. *Revue Internationale de Droit Pénal*. Ères : Toulouse, v. 66, 3.º e 4.º trimestres de 1995, p. 641 et seq.

individuais, que movimentos como o MST se fortalecem, encontrando os miseráveis do campo o espaço necessário para exercer a sua liberdade, divulgando as suas reivindicações por uma melhor distribuição de terra e, conseqüentemente, de renda, as quais, se um dia alcançadas, serão exemplos de verdadeiros milagres.

Milagres, aqui, não na acepção religiosa, mas, sobretudo, no significado que lhes dá Hannah Arendt,² ao demonstrar que não mais satisfaz abordar o conceito de liberdade, por não ser tangível, de forma meramente contemplativa, distante da política, como vista pelos filósofos da Grécia antiga, ou, ainda, sob a ótica de Santo Agostinho, para quem a liberdade, como um *atributo da vontade*, é destacada da vida em sociedade e concebida de forma extremamente solitária, ou seja, restringida à *consciência íntima do homem perante Deus* e à discussão interna entre o querer e o não querer (*vella e nolla*); chegando-se, no último caso, ao extremo de se concluir, nessa linha de raciocínio, que o servo, como ser humano e filho de Deus seria, neste âmbito, tão livre quanto o senhor feudal, muito embora isso não retratasse a triste realidade, já que, como cediço, o servo dependia do senhor feudal para tudo: “segurança”, morada, terra para cultivo e fornos para cozer, indo ao cúmulo de alguns senhores feudais exigirem, sempre que houvesse casamento entre os servos, que a mulher, na noite de núpcias, fosse por eles primeiramente possuída.

Nessa esteira, e observando que nos tempos atuais não nos distanciamos muito de alguns aspectos do regime feudal, não só na questão carcerária, mas igualmente em relação aos excluídos sociais em meio à miséria no campo, posto que uma criança

que já teve vida intra-uterina e amamentação comprometidas pela falta de alimentação adequada de sua genitora, e que continua a encontrar a subnutrição no agreste nordestino, nas legiões de “bóias-frias” dos canaviais paulistas e dos cafezais paranaenses, sequer desenvolve adequadamente o seu cérebro para *poder* raciocinar.

Além disso, mesmo aquelas poucas crianças que têm a sorte de vencer a subnutrição e desenvolver razoavelmente as suas faculdades físicas encontram, na fome, terrível obstáculo ao pensar, o que faz quase que desaparecer a já empalidecida, e por isso tênue, distinção entre essa pobre criança e um animal irracional... E aqui nos deparamos com o gênio de Graciliano Ramos que, em sua obra *Vidas Secas*, conseguiu retratar bem essa tocante e deplorável realidade, em que uma cadela, por ter habilidade em caçar, além de ser nominalmente chamada de “Baleia” era, de fato, mais digna de atenção e respeito do que os dois filhos do casal Fabiano e Vitória, denominados “filho mais velho” e “filho mais novo”, que encarnavam outros personagens dessa triste e real saga, os quais sequer tinham os seus nomes próprios pronunciados.

É aqui, portanto, que a preocupação de Hannah Arendt, em trazer o conceito de liberdade para a política, ou seja, para o agir, o que, obviamente, exige capacidade mental e possibilidade física para *poder* agir, é irretorquível e, mais do que nunca, indispensável.

Com efeito, não há como negar que a liberdade só passa a ser perceptível a partir do momento em que ela é exteriorizada, concretizando-se em *ação*, o que requer a existência de espaço concreto para essa liberdade se expressar em atos, além da própria condição humana de pensar e optar: “Os homens são livres – diferentemente de possuir o dom da liberdade – enquanto agem, nem antes, nem depois; pois ser livre e agir são uma mesma coisa”.³

(2) “O que é liberdade?” in sem referência, p. 199, textos do curso de pós-graduação acerca do conceito de *liberdade*, ministrado pelo Prof. Tércio Sampaio Ferraz, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, II Semestre de 1998.

(3) Idem, *ibidem*.

E acerca desse *agir*, a autora se refere ao conceito maquiavélico de *virtù*, isto é, da excelência com a qual o homem responde às oportunidades da vida, a título de *fortuna*, onde o desempenho identifica-se com o próprio esforço e dedicação do homem e, não, necessariamente, com o resultado obtido. Muito embora isso possa soar estranho para aqueles que se deixam inebriar pelo irritante clima que domina esse final de milênio – o qual se pauta pelo imediatismo dos resultados e, portanto, por vulgar superficialidade – a pessoa vale, assim, pelos referidos esforços e dedicação, e não pelo o que tem ou alcança.

Nessa linha, Hannah Arendt traz à colação duas palavras gregas que se identificam com o nosso verbo agir: *árkhein* e *prátein*. A primeira significa começar, conduzir e, por último, governar; a segunda, levar a cabo alguma coisa.⁴

Conclui, então:

“(...) a liberdade é concebida aqui não como uma disposição humana íntima, mas como um caráter da existência humana no mundo. (...) o homem é livre porque ele é um começo e, assim, foi criado depois que o universo passara a existir (...). No nascimento de cada homem esse começo inicial é reafirmado, pois em cada caso vem a um mundo já existente alguma coisa nova que continuará a existir depois da morte de cada indivíduo. Porque é um começo, o homem pode começar; ser humano e ser livre são uma única e mesma coisa. Deus criou o homem para introduzir no mundo a faculdade de começar: a liberdade”.⁵

Por fim, e chegando à sua concepção acerca do que sejam *milagres*, a autora esclarece que eles não são claramente eventos sobrenaturais, “mas somente o que todos os milagres, tanto os executados por homens como os efetuados por agentes divinos, devem ser sempre: *interrupções*

de uma série qualquer de acontecimentos, de algum processo automático, em cujo contexto constituam o absolutamente inesperado”.⁶ Nessa linha, e ainda concluindo, aduz que “a vida humana situada sobre a terra é circundada por processos automáticos”, tanto relativos à natureza, quanto, também, à nossa vida política, complementando que liberdade, assim, significa *irromper em processos automáticos*, criar ou dar condições para o *infinitamente improvável acontecer*:

“Uma vez que processos históricos e artificiais se tenham tornado automáticos, não são menos destruidores que os processos vitais naturais que dirigem nosso organismo e que em seus próprios parâmetros, isto é, biologicamente, conduzem do ser para o não-ser, do nascimento para a morte. As Ciências Históricas conhecem à saciedade casos de civilizações petrificadas e irremediavelmente decadentes nas quais a ruína parece predeterminada, como uma necessidade biológica, e como semelhantes processos históricos de estagnação podem arrastar-se e perdurar por séculos, eles chegam a ocupar o maior espaço na história registrada; os períodos de existência livre foram sempre relativamente curtos na história da humanidade.

O que normalmente permanece intacto nas épocas de petrificação e de ruína inevitável é a faculdade da própria liberdade, a pura *capacidade de começar*, que *anima e inspira todas as atividades humanas e constitui a fonte oculta de todas as coisas grandes e belas*. Mas enquanto essa fonte permanece oculta, a liberdade não é uma realidade tangível e concreta; isto é, não é política (...)

Todo ato, considerado, não da perspectiva do agente, mas do processo em cujo quadro de referência ele ocorre e cujo automatismo interrompe, é um ‘*milagre*’ – isto é, algo que não poderia ser esperado. Sé é verdade que ação e começo são essen-

(4) Idem, p. 214.

(5) Idem, p. 215 e 216.

(6) Idem, ibidem.

cialmente idênticos, segue-se que uma capacidade de realizar milagres deve ser incluída na gama das faculdades humanas. Isso soa mais estranho do que o é realmente. É da própria natureza de todo novo início o irromper no mundo como uma 'probabilidade infinita', e é contudo, justamente esse infinitamente improvável que constitui de fato a verdadeira trama de tudo que denominamos de real. Toda nossa existência se assenta afinal, em uma cadeia de milagres, para usar desta expressão — o aparecimento da terra, o desenvolvimento da vida orgânica sobre ela, a evolução do gênero humano a partir de espécies animais. Pois, do ponto de vista dos processos no universo e na natureza, e de suas probabilidades estatisticamente esmagadoras, a formação da vida orgânica a partir de processos inorgânicos e, finalmente, o aparecimento da terra a partir de processos cósmicos e a evolução do homem a partir dos processos da vida orgânica constituem todos 'improbabilidades infinitas'; são milagres na linguagem do dia-a-dia. (...) A experiência que nos diz que os acontecimentos são milagres não é arbitrária nem artificial; ao contrário, ela é naturalíssima e quase, na verdade, uma trivialidade na vida ordinária. (...)

A história, em contraposição com a natureza, é repleta de eventos; aqui, o milagre do acidente e da infinita improbabilidade ocorre com tanta frequência que parece estranho até falar de milagres. Mas o motivo dessa frequência está simplesmente no fato de que os processos históricos são criados e constantemente interrompidos pela iniciativa humana, pelo *initium* que é o homem enquanto ser que age (...) E, quanto mais forte penderem os pratos da balança em favor do desastre, mais miraculoso parecerá o ato que resulta na liberdade, pois é o desastre e não a salvação que acontece sempre automaticamente e que parece sempre, portanto, irresistível".⁷

E essa liberdade, que nos é tão fundamental, adquire a conotação de *liberdade jurídica* a partir do momento em que ela passa a ser protegida pelo sistema legal dos povos civilizados, coibindo-se ingerências arbitrárias, tanto do próprio Estado quanto dos outros membros da sociedade, às esferas mais íntimas de cada um, ligando-se, aqui, *liberdade à intimidade* — é o que se chama de *liberdade negativa* —, bem como propiciando que as pessoas participem *ativamente* da sociedade, *em ato*, necessitando-se, como salientado acima, da criação de *espaços* para a liberdade se concretizar — é a denominada *liberdade positiva* —, sendo com esta incompatível, portanto, os processos de *exclusão social* tão frequentes em nosso país hoje, dos quais a ignóbil divisão de riquezas e terras é uma das causas.

E chegando-se ao tema da reforma agrária, é de se observar que nossa situação fundiária é de envergonhar o Brasil de forma ainda mais vexatória do que os insuportáveis índices de criminalidade violenta que encampam desde as comuns chacinhas de final de semana na zona sul de São Paulo, até os conhecidos matadores de aluguel do norte e nordeste brasileiros. Para tanto, basta verificar o gigantesco número de pessoas que não têm sequer um mínimo lote de terra para plantar em meio a um país de baixa densidade demográfica, com extensão territorial superior a oito milhões de quilômetros quadrados e cerca de cento e cinquenta milhões de habitantes...

É por isso, aliás, que o maior latifundiário do mundo é um brasileiro de nome Cecílio do Rego Almeida, segundo noticiado pela revista *Veja*,⁸ o qual, sozinho, possui uma área de setenta mil quilômetros quadrados, quase equivalente à Holanda e à Bélgica juntas!

Portanto, o *milagre* da reforma agrária, que já está se concretizando e um dia have-

(7) Op. cit., p. 217 a 219.

(8) São Paulo: Abril, edição n. 1.580, ano 32, n. 2, 13.01.1999, p. 28 a 35.

rá ainda de se perfazer por completo, se traduz em expressão mais do que legítima da própria liberdade, tendo os miseráveis do campo conseguido agir no espaço propiciado por nossa democracia, sensibilizando e pressionando o Governo acerca da urgência dessas reformas.

Por outro lado, e isso também não se pode deixar de registrar, excessos absolutamente injustificáveis e repugnantes já ocorreram tanto do lado do Governo quanto dos sem-terra. Quanto àquele, basta lembrarmos o episódio de Eldorado dos Carajás; em relação a estes últimos, anote-se o incidente verificado na fazenda Rio Verde, em Itararé, de 3.800 hectares, no interior de São Paulo, considerada produtiva. Neste lamentável entrevero, a casa dos proprietários, já há 32 anos, desse imóvel rural, foi praticamente toda destruída, tendo os invasores, segundo noticiado pelo jornal Folha de S. Paulo,⁹ levado todo o mobiliário, arrancado portas e janelas, destruído o telhado, pichado as paredes e defecado nos cômodos, havendo, ainda, “grande quantidade de madeira estocada na sala, pronta para ser incendiada com coquetéis *molotov* (bomba de fabricação caseira) espalhados pela casa”.¹⁰

Quanto aos sem terra envolvidos nesse triste episódio, o importante, porém, é não confundir o ato de alguns poucos desajustados com todo um movimento legítimo e muito justo em prol da reforma agrária. Aliás, em todas as categorias laborativas – e a luta em favor da reforma fundiária é um labor – existem bons e maus exemplos. Mesmo em categorias profissionais que em tese exigem um alto grau de conhecimento, conhecemos, por exemplo, bons e maus médicos, advogados, deputados, administradores de empresas e, por que não, sem-

terra, ainda mais considerando, ao contrário daqueles, a precária formação cultural da grande maioria dos que vivem em verdadeira penúria no campo.

Evidente que, a esta altura, esbarramos com os excessos e com a tutela também dos direitos daqueles que não são miseráveis e cuja *grande maioria* não tem culpa alguma pela vergonhosa distribuição de renda e terras no Brasil, tendo, pelo contrário, trabalhado muito, e por gerações, para adquirir e manter as suas propriedades rurais, pagando todos os seus impostos, bem como gerando empregos.

É bom sempre lembrar que o número de latifundiários, pela própria extensão de suas terras, à evidência, é diminuto em relação ao grande universo de proprietários rurais idôneos e batalhadores, os quais, também, por óbvio, hão de ser tutelados pelo direito da mesma forma que devem ser protegidos os miseráveis.

Assim, *escravo que é o sistema normativo da manutenção da paz e harmonia sociais*, é imprescindível que tanto o pequeno, o médio e até mesmo o grande proprietário rural, os sem-terra, o Governo e igualmente os habitantes das grandes cidades que restam inchadas em virtude do êxodo rural, todos, sem exceção, colaborem para que haja uma melhor distribuição de terras, já que é inconcebível que em um país gigantesco como o Brasil, e cheio de fazendeiros endividados que querem vender as suas terras, exista um contingente tão grande de miseráveis no campo. Por sinal, nosso país é tão gigantesco que nos permitimos cogitar, inclusive, que a existência de alguns latifúndios, desde que produtivos, não seria fator necessariamente impeditivo a que todos tivessem acesso à terra...

⁽⁹⁾ Edição Nacional de 17.11.1998, editorial Brasil, p. 1-9 11/6224, com texto originário da Agência Folha.

⁽¹⁰⁾ Edição Nacional de 12.11.1998, editorial Brasil, p. 1-13 11/4215, com texto oriundo da Agência Folha.

2. As invasões de terra e o direito penal

O direito penal, estático e rígido, há que estar sempre em sintonia com a realidade,

humana e por isso mutável, bem como com os direitos e garantias fundamentais que vão, continuamente e aos poucos, se revelando no tempo – daí não serem taxativos os direitos e garantias fundamentais elencados em nossa *Magna Carta*, a teor do seu art. 5.º, § 2.º.¹¹

É essa a árdua tarefa de nossos Tribunais, ou seja, de adaptar a lei ordinária à nova realidade constitucional e, também, aos direitos sociais e individuais revelados na prática, respeitando-se, ao mesmo tempo, o primado da segurança jurídica.

Nesse contexto, é de se questionar se a invasão de terras, com o objetivo de chamar a atenção do Governo para que a sua desapropriação seja efetuada, configura algum ilícito penal.

2.1 Os crimes de alteração de limites e esbulho possessório previstos no art. 161 do CP

Não se tratando de terras da União, dos Estados ou dos Municípios de que trata a Lei 4.947, de 06.04.1966, a invasão e a ocupação de determinada área de uma fazenda particular, e não de sua sede, sem causar danos, sem violência contra pessoa e com a exclusiva finalidade de pressionar o Governo para que apresse a reforma agrária, a nosso ver, *não constitui crime*.

Com efeito, o Código Penal, no Título II de sua Parte Especial, que trata “Dos Crimes contra o Patrimônio”, em seu Capítulo III intitulado “Da Usurpação”, define, no art. 161, *caput*, § 1.º, II, e §§ 2.º e

3.º, os crimes de *alteração de limites* e de *esbulho possessório*, *verbis*:

“Alteração de Limites

Art. 161. Suprimir ou deslocar tapume, marco, ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória, *para apropriar-se*, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia:

Pena – detenção, de um a seis meses, e multa.

§ 1.º Na mesma pena incorre quem:

Esbulho Possessório

II – invade, com violência à pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de mais de duas pessoas, terreno ou edifício alheio, para o fim de esbulho possessório.

§ 2.º Se o agente usa de violência, incorre também na pena a esta cominada.

§ 3.º Se a propriedade é particular, e não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa”.

Como observável, o crime de *alteração de limites* exige, para a sua configuração, o *dolo*, isto é, a vontade livre e consciente de suprimir e deslocar tapume, marco ou qualquer outro sinal de linha divisória, acrescido do seguinte elemento subjetivo expressamente exigido pelo tipo: “*para apropriar-se, no todo ou em parte, de coisa imóvel alheia*”.

É evidente que o referido elemento subjetivo do tipo do *caput* do art. 161 do CP está em consonância, aliás, com a própria divisão sistemática desse diploma legal que insere, como já salientado, o crime de alteração de limites em seu Título II, que trata especificamente “*Dos crimes contra o patrimônio*”.

Assim, considerando-se que quando membros do MST suprimem ou deslocam tapumes, marcos ou qualquer outro sinal indicativo de linha divisória de uma fazenda, eles de forma alguma pretendem tomá-la para si – e isto é patente –, mas, sim, forçar o Governo a *desapropriá-la*, pa-

(11) Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Questões constitucionais e legais referentes a tratamento médico sem transfusão de sangue”, parecer elaborado a pedido da “Sociedade Torre de Vigia”, que representa as “Testemunhas de Jeová”, em 24.10.1994, encontrável no Departamento de Filosofia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 4 e 5.

gando a devida indenização de acordo com o preconizado nos arts. 184 a 191 da Constituição da República, não há que se falar em ilícito *penal* contra a propriedade, muito embora possa estar configurado o ilícito *civil* pela *turbação ou esbulho* da posse, prevendo o Código Civil, de certa forma analogicamente à legítima defesa do Código Penal, que o possuidor turbado ou esbulhado “poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo”, ressaltando, ainda, que “os atos de defesa, ou desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse” (CC, arts. 499 c/c 502 e par. ún.).

Inexistindo nas eventuais *alterações de limites* havidas nessas invasões, portanto, o fim de “apropriar-se” daquele pedaço de terra, agindo o MST, como é de conhecimento de todos, com fins exclusivamente *políticos* – as invasões são um instrumento de pressão e não de assalto à propriedade –, não há que se falar em crime de alteração de limites.

Por outro lado, é importante não confundir essa atividade com a atuação dos chamados *grileiros* – muitas vezes a mando de terceiros – que invadem terras, inclusive do Estado, aí sim para apoderar-se delas, perpetrando um verdadeiro crime contra a propriedade.

As considerações acima lançadas são também aplicáveis ao crime de *esbulho possessório* previsto no § 1.º, II, do art. 161 do CP.

Com efeito, esse crime traz em seu tipo subjetivo, além do *dolo*, ou seja, a vontade livre e consciente de invadir, também o “intuito de esbulho”, ou seja, de despojamento da posse ou desapossamento, *com fins, todavia, de enriquecimento ilícito*, ou seja, *de tomar a propriedade para si*, já que estamos no Título II da Parte Especial do Código Penal, que cuida justamente “dos crimes contra o patrimônio”.

Assim, não se confundindo o esbulho ou desapossamento do art. 499, *in fine*, do CC, com o esbulho do § 1.º, II, do art. 161 do CP, que exige o fim de enriquecimento ilícito, e tampouco com a mera turbação dessa posse – que é o que fazem os membros do MST quando invadem terras para pressionar o Governo a desapropriá-las e cumprir o mandamento insculpido nos mencionados arts. 184 a 191 da *Magna Carta* –, não há que se falar em crime contra o patrimônio.

Aliás, em linha de raciocínio semelhante a esta já se manifestou a 6.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão redigido pelo ínelito Ministro Luis Vicente Cernicchiaro, no julgamento, por votação majoritária, do HC 5.574/SP, ocorrido em 08.04.1997, *verbis*:

“.....

A Constituição da República dedica o Capítulo III, do Título VII, à Política Agrícola e Fundiária e à Reforma Agrária. Configura, portanto, obrigação do Estado. Correspondentemente, direito público, subjetivo de exigência de sua concretização.

Na ampla arca dos Direitos de Cidadania, situa-se o direito de reivindicar a realização dos princípios e normas constitucionais.

A Carta Política não é mero conjunto de intenções. De um lado, expressa o perfil político da sociedade, de outro, gera direitos.

É, pois, direito reclamar a implantação da reforma agrária. *Legítima a pressão aos órgãos competentes para que aconteça, manifeste-se historicamente.*

Reivindicar, por reivindicar, insista-se, é direito. O Estado não pode impedi-lo. O *modus faciendi*, sem dúvida, também é relevante. Urge, contudo, não olvidar – o princípio da proporcionalidade – tão ao gosto dos doutrinadores alemães.

A *postulação da reforma agrária*, manifestei, em *habeas corpus* anterior, não

pode ser confundida, identificada com o esbulho possessório, ou alteração de limites. Não se volta para usurpar a propriedade alheia. A finalidade é outra. Ajusta-se ao Direito. Sabido, dispensa prova, por notório, o Estado, há anos, vem remetendo a implantação da reforma agrária.

Os conflitos resultantes, evidente, precisam ser dimensionados na devida expressão. Insista-se. *Não se está diante de crimes contra o Patrimônio.* Indispensável a sensibilidade do magistrado para não colocar, no mesmo diapasão, situações jurídicas distintas.

O douto parecer do Ministério Público Federal registra que o caso se expressa em crime de perigo concreto a pessoas humildes. Daí, a necessidade de garantir-se a ordem pública. Repisa, aliás, as informações do Juiz de Direito.

Tais conflitos, certamente, podem acarretar esse estado porque, é ainda o parecer que registra, a área é sabidamente armada.

Ademais, a fundamentação que o eminente Magistrado agrega ao seu despacho denegatório é de que ocorreu esbulho possessório.

Tenho o entendimento, e este Tribunal já o proclamou, não é de confundir-se ataque ao direito de patrimônio com o direito de reclamar a eficácia e efetivação de direitos, cujo programa está colocado na Constituição. Isso não é crime; é expressão do direito de cidadania.

Sendo assim, Sr. Presidente, o ato há de ser completamente atacado, dada a absoluta impossibilidade do Tribunal de Justiça de São Paulo para referendar o desrespeito a decisão deste Superior Tribunal de Justiça.

Concedo o *habeas corpus* de ofício a fim de trancar a ação mandamental proposta naquele Tribunal” (voto condutor);

“No caso presente, adiantei, sem esmiuçar o mérito — mas como o Direito é fato,

não é só norma — e tem-se que delimitar a matéria fática. *As evidências estão a mostrar que não se trata de movimento para tomar propriedade alheia, mas de movimento para pressionar* — daí haver eu dito, expressão do direito de cidadania — *a reforma agrária.* Na espécie, *in concreto*, e V. Exa. parece que adere ao meu pensamento, entendo, os pacientes foram beneficiados por fianças deste Tribunal. Certa ou erradamente, o Tribunal de Justiça e o Juiz de Primeira Instância serão os executores dessa decisão enquanto não modificada. Se está colocado em risco o exercício do direito de liberdade, porque o Juiz de Primeira Instância cassou a eficácia de acórdão deste Tribunal — e para usar até a expressão que anotei de V. Exa. — excepcionalmente quando a decisão fosse teratológica, flagrantemente inconstitucional. Estamos diante de um caso concreto.

Concedo a ordem para trancar o *habeas corpus* e cassar a decisão, para retornar ao *status quo*” (aditamento ao voto condutor).

Não obstante todas essas observações, é de se lembrar, ainda, que os crimes de alteração de limites e esbulho possessório são infrações penais de menor potencial ofensivo, onde *sequer cabe prisão em flagrante* a teor do art. 69, par. ún., da Lei 9.099/95, que dispõe:

“Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança”.

Assim, sequer a instauração de inquérito policial é legalmente admitida, salvo a hipótese de sua necessidade pelas circuns-

tâncias do fato ou complexidade, como referido no § 2.º do art. 77 dessa lei.

Por fim, ressalte-se que sendo a propriedade invadida particular, e não havendo violência *contra pessoa* (e sim contra coisa), a ação penal é privada, o que, apesar de possibilitar a incidência do instituto da composição civil através da conciliação, antes do recebimento da queixa-crime (arts. 72 a 74 da Lei 9.099/95), afasta a transação (art. 76 da citada Lei).

2.2 O crime de dano tipificado no art. 163 do CP

Da análise do art. 163 do CP, e dentro das circunstâncias que abaixo serão referidas, as invasões de fazendas promovidas por sem-terra também não configuram sequer o crime de dano, assim tipificado:

“Dano

Art. 163. Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

Dano Qualificado

Parágrafo único. Se o crime é cometido:

I – com violência a pessoa ou grave ameaça;

II – com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave;

III – contra o patrimônio da União, Estado ou Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista;

IV – por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima:

Pena – detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência”.

Como visto, só haverá *dano*, para efeitos penais, se a fazenda, suas cercas, animais ou pastos, ou outras benfeitorias,

efetivamente forem *destruídos* (eliminados, extintos), *inutilizados* (tornados inúteis, imprestáveis) ou *deteriorados* (arruinados, estragados), causando *prejuízos econômicos relevantes* para o proprietário das terras.

Diante da própria situação social lastimável em que se encontram os miseráveis do campo em nosso País, entendemos que, em termos de repressão penal, deve haver, aqui, muita cautela acerca da *delicada* questão sobre o que deve ser considerado, para o tipo do art. 163 do CP, efetivamente *dano*, limitando-se o seu conceito à efetiva depredação de bens de valores relevantes para a vítima, como, por exemplo, residências, máquinas, tratores etc.

Nesse sentido, parece-nos que há a necessidade, com fundamento na chamada causa supralegal de exclusão da tipicidade do “princípio da insignificância”, de reflexão sobre o tema. Indaga-se, por exemplo, qual seria a efetiva expressão econômica, para um grande latifúndio, com centenas de quilômetros de cercas, de vinte ou trinta mourões de madeira derrubados, muitas vezes já podres e velhos...

Mesmo que não se considere atípica a conduta do abate, por exemplo, de quatro rezes, já que elas têm certo valor econômico – o que afastaria a incidência da mencionada causa supralegal de exclusão da tipicidade da insignificância, não sendo lícito, outrossim, que o bem tutelado pelo art. 163 do CP varie de acordo com as posses da vítima, sob pena de chegar-se ao *non sense* de se entender irrelevante a destruição, por exemplo, de vinte televisores, só porque a vítima seria um grande atacadista, ou de um automóvel para uma fábrica automobilística –, por uma questão de equidade, não se pode fechar os olhos para a mínima expressão econômica, em termos de cálculo de pena, do eventual abate de cinco ou seis cabeças de gado, diante do patrimônio de um fazendeiro com mais de quatro mil rezes, por exemplo, ainda mais levando-se em consideração a natural morte

de algumas delas por doenças, mordidas de cobras etc...

Assim, deixada de lado a discussão acerca do *provável estado de necessidade no caso do abate de poucos animais*, o qual será tratado adiante, o julgador, ao aplicar a pena aos casos em que não incidam as excludentes da tipicidade (insignificância) ou da antijuridicidade (estado de necessidade) acima referidas, sempre haverá de ter em mente as “circunstâncias e consequências do crime” referidas no art. 59, *caput*, do CP, quando do cálculo da pena, levando-se em conta, aqui, a expressão do dano para o patrimônio alheio.

Assim, nas hipóteses em que as invasões sejam realizadas com certos cuidados, (1) não sendo utilizada violência contra pessoa ou grave ameaça, (2) inadmitindo-se depredação de residências, suas janelas, portas, bem como de tratores, máquinas etc., (3) evitando-se destruir as cercas, mas, tão-só e temporariamente removendo-as, restaurando-se o anterior *status quo* quando da saída dos camponeses sem terra, (4) não se procedendo ao abate de animais, ou, então, limitando-o ao mínimo necessário à efetiva alimentação dos que estejam famintos, (5) não se derrubando árvores, e (6) não se destruindo de forma alguma lavouras ou incendiando pastos em grande escala, sequer se configurará o crime de dano simples, prejudicando-se, por evidente, qualquer ilação acerca da sua figura qualificada.

Por outro lado, as comuns práticas de se proceder a plantios quando das invasões, para a própria subsistência dos sem-terra, o que pode implicar em alguma “queimada”, não significam dano significativo qualquer ao fazendeiro, muito pelo contrário, está-se, ali, plantando. Além disso, mesmo para aqueles que tenham “formado” os seus pastos com determinado capim, é certo que, em pouquíssimo tempo o pasto se refaz naturalmente, ainda mais considerando que essas lavouras são improvisadas e artesas-

nais, dando-se, por isso mesmo, em pequenos espaços de terra, cuja inutilização temporária para alimentação de rezes é de expressão econômica absolutamente irrelevante, se é que existente.

Ainda sobre o eventual abate de algumas poucas cabeças de animais, para a própria sobrevivência dos invasores e de suas famílias, encontramos, conforme já referido, a provável configuração do tipo permissivo do *estado de necessidade* previsto no art. 24 do CP, que faz excluir a antijuridicidade do fato, cuja aplicação, nesses casos, diante da *patente e vergonhosa miséria* em que se encontram essas pessoas, nos parece irrefutável, sendo desumano não acatá-lo. Afinal, a carne desses animais não vem saciar a gula de pessoas gordas e saudáveis que estariam se refastelando em banquetes com carne de propriedade alheia, muito pelo contrário. Ela serve de alimento a uma legião de miseráveis, com crianças subnutridas...

Além disso, como em nosso direito penal não há responsabilidade objetiva, encontram-se, aqui, inúmeros obstáculos à individualização da autoria de tal abate, sendo vedado imputá-lo indiscriminadamente aos indigitados líderes dessas ocupações.

Isto tudo, lembrando-se, ainda, que o crime de dano simples (art. 163, *caput*) é considerado *infração de menor potencial ofensivo*, não havendo que se falar em prisão em flagrante como estatuído no mencionado parágrafo único do art. 69 da Lei 9.099/95, e ressaltando-se que a promoção da ação penal é privada, o que faz incidir a tentativa de conciliação para composição civil, antes do recebimento da queixa-crime (arts. 72 a 74 da Lei 9.099/95).

No que toca à invasão de terras da União, Estados ou Municípios, referidas na figura qualificada do inc. III do parágrafo único do art. 163, nos deparemos com a Lei 4.947/66, da qual trataremos a seguir.

2.3 O crime do art. 20, caput e par. ún., da Lei 4.947/66

A Lei 4.947, de 06.04.1966, que conforme o seu enunciado, “fixa normas de Direito Agrário”, tipifica como crimes, em seu art. 20, *caput* e parágrafo único, as seguintes condutas:

“Art. 20. Invadir, *com intenção de ocupá-las*, terras da União, dos Estados e dos Municípios:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, com idêntico propósito, invadir terras de órgãos ou entidades federais, estaduais ou municipais, *destinadas à Reforma Agrária*”.

A atuação dos sem-terra que invadem áreas públicas com o estrito fim de pressionar o Governo a proceder à reforma agrária, e não, de locupletar-se ilicitamente dessas terras, *não encontra tipificação* no art. 20, *caput* e parágrafo único da Lei 4.947/66.

Ao interpretarmos a figura do *caput*, e lembrando a regra hermenêutica de que a lei não possui palavras inúteis, verificamos que o tipo objetivo “invadir” é acrescido do elemento subjetivo “*com intenção de ocupá-las*”, denotando o verbo ocupar a exigência legal de que o invasor tenha como objetivo o de “*conquistar*”, “*tomar*”, “*obter*” para si (cf. Francisco Fernandes. *Dicionário de sinônimos e antônimos*. Globo, 2. ed. 1970, p. 585), o que não ocorre com as invasões eminentemente políticas dos sem-terra.

No que toca ao crime do parágrafo único do art. 20 da Lei 4.947/66, observa-se que o seu *sujeito ativo* não pode ser aquele que é o destinatário da própria reforma agrária, ou seja, o miserável do campo sem terra.

É evidente que esse parágrafo único visa garantir que as terras já desapropriadas pela

União, Estados ou Municípios, ou, então, que originalmente já eram de sua propriedade e foram destinadas para a reforma agrária, não sejam invadidas por *grileiros* e fazendeiros inescrupulosos que podem ser tudo, menos os miseráveis, destinatários da reforma agrária.

Por outro lado, se os sem-terra invadem terras públicas *já destinadas à reforma agrária*, não há que se falar, pelo exposto, em crime. No máximo isso poderia configurar um entrave administrativo acerca da escolha de quais famílias seriam ali assentadas.

Registre-se que o Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, muito embora sob outro fundamento, qual seja, o do estado de necessidade, concedeu ordem de *habeas corpus* para trancar ação penal em que eram acusados trabalhadores rurais desempregados, *verbis*:

“Tratando-se de terras destinadas a assentamento, não há crime na ocupação praticada por trabalhadores rurais carentes de abrigo que lhes assegure condições mínimas de sobrevivência, circunstância que caracteriza estado de necessidade, a impor a concessão de ‘*habeas corpus*’ para trancamento da ação penal contra eles intentada” (HC 237.079, Rio Paranaíba, rel. Juiz Lamberto Sant’ Anna, j. 03.06.1997).

2.4 O crime de violação de domicílio previsto no art. 150 do CP

O delito de violação de domicílio, que está inserido em nosso diploma penal, na segunda Seção, intitulada *Dos crimes contra a inviolabilidade do domicílio*, do seu Capítulo VI, que trata *Dos crimes contra a liberdade*, está assim enunciado:

“Violação de domicílio

Art. 150. Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em *casa alheia* ou em suas dependências:

Pena — detenção, de um a três meses, ou multa.

§ 1.º Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

Pena — detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

§ 2.º Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder.

§ 3.º Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I — durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II — a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

§ 4.º A expressão “casa” compreende:

I — qualquer compartimento habitado;

II — aposento ocupado de habitação coletiva;

III — compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5.º Não se compreendem na expressão “casa”:

I — hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n. II do parágrafo anterior;

II — taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero”.

Fundamental para o tema aqui tratado, portanto, é se saber até que ponto a invasão de determinada área nos confins de uma fazenda — e não de sua sede ou de arredores próximos como o pomar, a piscina, a casa do caseiro etc. — estaria encampada pelo tipo penal acima descrito.

Para tanto, a nossa lei penal é expressa ao definir, no § 4.º do art. 150, o que deve ser entendido por “casa”: qualquer compartimento habitado; aposento ocupado de habitação coletiva; compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Evidente, assim, que a ocupação momentânea de porções de terra distantes da sede da fazenda ou das casas de seus colonos não viola a “casa” de ninguém.

Resta saber se áreas cercadas das fazendas, mesmo que distantes de suas sedes, se subsumem no conceito de suas “dependências”, como faz menção o *caput* do art. 150.

Cândido de Figueiredo traz como sinônimos da palavra “dependência” os termos “anexo, acessório: *as dependências de um prédio*” (*Grande dicionário da língua portuguesa*, 24. ed. Lisboa: Bertrand). Entre nós, Aurélio Buarque de Holanda faz menção a “acessório, complemento, anexo”, a “cada uma das peças ou cômodos de uma casa”, ou, então, a “edificação anexa a uma casa; puxado, puxada” (*Novo dicionário da língua portuguesa*, 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986).

Segundo Heleno Cláudio Fragoso, as dependências são os “jardins, pátios, quintais, garagens etc., desde que se trate de recintos fechados (muros, grades ou cercas)” (*Lições de d. penal — Parte especial*, 1995, v. I, p. 163), lembrando-se também a lição de Anibal Bruno, para quem o tipo penal visa garantir “a liberdade de querer do indivíduo na disposição do espaço em que se desenvolve a sua atividade privada” (*Direito penal — Parte especial*, Forense, tomo 4, I, p. 386). Aliás, ligando a tutela do art. 150 do CP à liberdade individual e à vida doméstica, se manifesta Nelson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, 4. ed., Forense, v. VI, p. 207).

É nessa esteira que Anibal Bruno salienta, ainda acerca do objeto material do crime do art. 150 do CP:

"Mas não deve tratar-se de terrenos extensos, como um vasto parque, cujos confins fiquem distantes da casa e sem relação com ela" (op. cit., p. 388).

Portanto, nas invasões efetuadas pelos sem terra em que não se viole a sede da fazenda, as suas dependências, bem como as residências dos colonos ou as instalações agroindustriais, mas sim, áreas distantes das propriedades, não há que se falar em agressão à intimidade e em violação de domicílio.

2.5 O crime de exercício arbitrário das próprias razões tipificado no art. 345 do CP

Adotando a linha de raciocínio de que os arts. 184 a 191 da Constituição da República impõem ao Estado o *dever* de proceder à reforma agrária e de que a todo dever corresponde um *direito* – aqui, o direito de *reivindicar*, nas palavras do Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, "a realização dos princípios e normas constitucionais", sendo, portanto, "*direito reclamar a implantação da reforma agrária*", já que "a Carta Política não é mero conjunto de intenções" (STJ, HC 5.574/SP, j. 08.04.1997) – em face dos excessos na maneira pela qual esse direito estaria sendo, em alguns casos, exercido, poder-se-ia cogitar, eventualmente, do crime de exercício arbitrário das próprias razões previsto no art. 345 do CP, *verbis*:

"Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa".

Todavia, essa infração de menor potencial ofensivo só se configuraria, a nosso ver, em *situações em que se pudesse re-*

correr à Justiça, como nas hipóteses de um fazendeiro que, já desapropriado em função da reforma agrária, viesse a retomar essas áreas, cometendo o crime do art. 20, par. ún., da Lei 4.947/66, ou, então, em casos em que algum órgão público estivesse procrastinando indevidamente a cessão da posse da terra já desapropriada, e os sem-terra, ao invés de recorrerem à polícia no primeiro caso, ou entrarem com mandado de segurança, na segunda situação, resolvessem invadi-las para, assim, "fazer justiça pelas próprias mãos".

Nas outras situações, em que a invasão de terras não visa tomá-las como de direito, mas sim, pressionar o Governo a desapropriá-las, turbando a posse dessas terras por período passageiro, não há sequer em se falar no delito do art. 345 do CP. Aqui, como referido, não se está buscando justiça pelas próprias mãos, mas, unicamente, chamando a atenção do Estado para o grave problema do campo a fim de que este efetivamente se mobilize para implementar o mandamento constitucional.

De qualquer forma, é de se lembrar que o crime do art. 345 do CP é considerado infração de menor potencial ofensivo, não cabendo prisão em flagrante quando o acusado se comprometa a comparecer ao Juizado, consoante o art. 69, par. ún., da Lei 9.099/95. Ressalte-se, também, que a sua ação penal é privada, cabendo conciliação (arts. 72 a 74 da referida lei), salvo se houver emprego de violência física contra pessoa, hipótese de ação penal pública onde cabe, outrossim, transação (art. 76 da Lei dos Juizados).

2.6 O crime de desobediência tipificado no art. 330 do CP

Se, em decorrência de ação de reintegração de posse, algum membro do grupo dos sem-terra que tenha invadido determinada área for efetivamente intimado de decisão judicial que determine sejam as terras desocupadas, poderá haver a tipifi-

cação do crime de desobediência caso a ordem não seja acatada, assim previsto em nosso diploma penal:

“Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena – detenção, de quinze dias a seis meses, e multa”.

Evidente que o destinatário da norma penal é, *tão-somente*, aquele que efetivamente tenha sido intimado da decisão judicial para que desocupe a área. Assim, se aquele que tomou ciência da ordem judicial, apontado ou não como “líder”, efetivamente deixar as terras invadidas, ele jamais poderá ser responsabilizado pelo fato dos outros membros do MST continuarem nas localidades ocupadas.

A responsabilidade penal é personalíssima, sendo vedado, por outro lado e obviamente, que se presuma tenham todos os invasores tomado conhecimento da ordem judicial.

2.7 O crime de resistência previsto no art. 329 do CP

Outro delito que poderia ser aventado, é o de resistência, assim tipificado:

“Art. 329. Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

Pena – detenção, de dois meses a dois anos.

§ 1.º Se o ato, em razão da resistência, não se executa:

Pena – reclusão, de um a três anos.

§ 2.º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência”.

Para que este delito se configure, é necessário haver, por parte de quem tenha *efetivamente* recebido a ordem judicial para desocupar as terras invadidas, a prática de *violência*, em nosso entender, *contra pessoa*, ou, então, *ameaça*, que não se

confunde com simples impropérios, não tipificando esse crime a chamada “resistência passiva”, à qual recorria Mohandas Karamchand Gandhi, na luta a favor da independência e contra o racismo da Índia, entre 1915 e 1947.

Além disso, não só a ordem deve ser *substancialmente* legal, como também deve estar sendo cumprida sem qualquer ilegalidade por parte do funcionário público que a esteja executando.

Cabe lembrar que os atos processuais, leia-se, aqui, judiciais – de acordo com o art. 172 do CPC, aplicável analogicamente à espécie por força do art. 3.º do CPP –, deverão ser realizados entre as 6:00 e as 20:00 horas dos dias úteis.

Portanto, não havendo violência contra pessoa e tampouco ameaça ao funcionário público incumbido de executar a ordem, por parte dos trabalhadores que tenham invadido as terras, não haverá que se falar, nem mesmo em tese, no delito do art. 329 do CP.

2.8 A infração penal de apologia ao crime ou a criminoso tipificada no art. 287 do Diploma Penal

Se as invasões para pressionar o Governo, *nos estritos termos acima expostos*, não configuram os crimes de:

- alteração de limites e esbulho possessório (CP, art. 161);
- dano (CP, art. 163);
- violação de domicílio (CP, art. 150);
- resistência (CP, art. 329);
- desobediência (CP, art. 330),
- exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345); e
- a infração do art. 20 da Lei 4.947/66,

não há que se cogitar sequer da remota possibilidade de verificação do delito previsto no art. 287 do CP por parte dos dirigentes do MST, assim definido:

“Art. 287. Fazer, publicamente, apolo-gia de fatocriminoso ou de autor de crime:

Pena – detenção, de três a seis meses, ou multa”.

2.9 *O crime de quadrilha ou bando pre-visto no art. 288 do CP*

Na mesma linha de raciocínio, se as invasões com o intuito de acelerar o pro-cesso de reforma agrária, *nos estritos lí-mites já referidos neste estudo*, não confi-guram os crimes dos arts. 150, 161, 163, 329, 330, 345 do CP, e tampouco o delito do art. 20 da Lei 4.947/66, é descabida a imputação por prática do crime de quadri-lha ou bando, assim tipificado:

“Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena – reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado”.

Aliás, a usual imputação de formação de quadrilha ou bando a membros de um movimento que tem fins legítimos e dos mais nobres, apoiado pela grande maioria da população, é a mais perniciosa de todas, sobretudo diante da gravidade das suas penas, a qual traz sérias implicações acer-ca das modalidades de prisão provisória, sem esquecer, também, que os seus even-tuais líderes não podem ser objetivamente responsabilizados pelos excessos pratica-dos por alguns sem-terra durante uma in-vasão, em meio a centenas de milhares de miseráveis em situação idêntica.

3. As prisões em flagrante, temporária e preventiva

3.1 *Breves comentários acerca da pri-são cautelar*

Hoje é cediço que as garantias do direi-to à *desconsideração prévia de culpabi-*

lidade (Constituição da República, art. 5.º, LVII) e à *presunção de inocência* (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Polí-ticos de Nova Iorque, art. 14, 2; Conven-ção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8.º, 2, 1.ª parte) exigem que toda prisão provisória, ou seja, que não se dá em cum-primento a uma sentença penal condenató-ria passada em julgado, seja *exclusivamen-te cautelar*, sob pena de significar punição antecipada.

Nessa esteira, é de Antonio Magalhães Gomes Filho a lição:

“Diversa da prisão penal propriamente dita, a prisão cautelar, que alguns também denominam ‘prisão processual’, não deve objetivar a punição, constituindo apenas instrumento para a realização do processo ou para garantia de seus resultados” (*Pre-sunção de inocência e prisão cautelar*. Saraiva, 1991, p. 59).

O notável constitucionalista e proces-sualista penal espanhol, Professor Cate-drático da Universidade de Sevilha, Victor Moreno Catena, por sua vez, também é contundente em afirmar que “desde ningún punto de vista puede atribuirse a la prisión provisional la función de *anticipar la pena*, ni desde el prisma sancionatorio, ni desde la perspectiva intimidatoria o ejemplar. Esto es evidente porque sólo partiendo de la presunción de culpabilidad – de que el inculpado sea, sin más, culpable – se puede justificar su reclusión con fines de intimi-dación o de ejemplo” (*Derecho procesal – Proces penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p. 368).

Por fim, o insigne processualista penal argentino Pedro J. Bertolino também é claro em aduzir que “las medidas de coerción..., por contrario al derecho de fondo cuya pena tiene fines propios (retributivos; de preven-ción general o especial), ellas no involucran reacción antenada, sino ‘solamente protec-ción de los fines que el proceso persigue subordinados a la eficaz actuación de la ley sustantiva’” (*Código de Procedimiento*

Penal de la Provincia de Buenos Aires, 2. ed. Buenos Aires : Ediciones Depalma, 1989, p. 231 e 232).

Portanto, consoante nosso ordenamento constitucional, só se justifica a prisão anterior ao trânsito em julgado de decisão condenatória quando presente a sua *necessidade cautelar* que, em nosso diploma processual, se espelha nos requisitos da prisão preventiva (art. 312), cuja inexistência dá embasamento à concessão da liberdade provisória, sem fiança, para aquele que é preso em flagrante (art. 310, par. ún.).

A prisão cautelar, seja qual a sua modalidade – flagrante, temporária e preventiva, que são as únicas constitucionalmente admissíveis – é, portanto, *escrava do processo penal*,¹² verdadeiro instrumento do instrumento que é o processo penal, servindo unicamente para tutelar o seu bom e salutar andamento ou, então, a sua eficácia em caso de eventual condenação, na hipótese de fuga do acusado.

Além disso, em decorrência do reconhecimento do direito à desconsideração prévia de culpabilidade e da presunção de inocência, que são o reflexo, no processo penal, do chamado princípio *favor libertatis*, insito a todo Estado Democrático de Direito, cuja característica fundamental é, sobretudo, a tutela das liberdades individuais, qualquer restrição à liberdade, sobretudo daqueles contra quem pesa acusação de prática criminosa, há que se ater a critérios de estrita *legalidade, cautelaridade, excepcionalidade, adequação e proporcionalidade*, não se olvidando, jamais, da imperiosa necessidade da sua *efetiva motivação*, hoje constitucionalmente exigida (CR/88, art. 93, IX).

Antes de iniciarmos a análise individual dessas prisões, cabe ressaltar que a

necessidade do magistrado *fundamentar* a decisão¹³ de recebimento da denúncia,¹⁴

(13) Acerca da natureza jurídica do ato de recebimento da denúncia, Fernando da Costa Tourinho Filho doutrina que “o ato por meio do qual o Juiz recebe a denúncia é uma decisão”, ou seja, um ato decisório (*Processo penal*, 13. ed. Saraiva, 3.º v., p. 78).

(14) Nesse sentido, Rogério Lauria Tucci adverte: “Não se pode falar em fundamentação hábil quando a decisão de recebimento da denúncia ou da queixa limita-se à afirmação da co-existência de *fumus boni iuris* (fundamentação razoável da acusação) e do legítimo interesse de agir do acusador, público ou privado: é absolutamente necessário que o órgão jurisdicional justifique-os, em consonância e perfeita harmonia com os elementos colhidos nos autos de investigação criminal ou constantes das peças de informação” (*Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, Saraiva, 1993, p. 283).

Algumas decisões, embora isoladas, por sua vez, já começam a apontar para essa necessidade. Assim é que o Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, no julgamento do *Habeas Corpus* 5.217, relatado pela Desembargadora Federal Sylvia Steiner, decidiu que “(...) a decisão de recebimento da denúncia deve ser fundamentada, para ensejar o controle extraprocessual e possibilitar o exercício da ampla defesa, para o que se faz mister o conhecimento das razões de decidir. Inteligência dos arts. 93, IX, e 5.º, LV, da CF” (*Revista do TRF* –, 3.ª Região, v. 26, p. 286).

Igualmente, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em acórdão da lavra do Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha (HC 97.04319-2, j. 09.12.1997), assim ementado: “Inadmissível é considerar-se o recebimento da denúncia, com todas as repercussões e danos que causa à pessoa do réu, como um despacho meramente ordinatório, sem qualquer carga decisória. Sua natureza é típica de decisão interlocutória e, como tal, imperiosa se faz sua fundamentação, *ex vi* do disposto no art. 93, IX, c/c o art. 5.º, LV, ambos da CF”. Assim, concede-se, também de ofício, *habeas corpus* em favor da acusada não beneficiada pelo trancamento da ação penal em questão, para anular decisão de recebimento da

(12) Nesse sentido se manifesta Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, em suas aulas de graduação e pós-graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

exigida por nossa *Magna Carta*, passou a ser, na prática, mais do que nunca *indispensável*. Isto para evitar verdadeiros abusos, sobretudo acerca da classificação penal da imputação (v.g.: acusar da prática do crime do art. 288 do CP, apenado com reclusão, mesmo não encontrando-se nos autos do inquérito ou nas peças de informação embasamento para tanto), o que hoje encerra gravames terríveis à liberdade dos acusados, como a viabilização, mesmo que hipotética, da incidência de uma prisão temporária ou, ainda, da decretação de prisão preventiva.

3.2 A prisão em flagrante

Não obstante a prisão em flagrante, em seu primeiro momento, de fato tenha conotação cautelar, já que viabiliza a inicial produção de provas – embora contaminadas pela emoção –, uma vez ouvidas as testemunhas, bem como o acusado, há que se indagar acerca da real necessidade do Magistrado – se não encontradas nulidades formais no auto de prisão em flagrante, o que ensejaria o seu relaxamento, *ex vi* do art. 5.º, LXV, da Constituição da República –, *efetivamente fundamentar* a decisão que mantém a prisão do acusado, como se estivesse decretando uma prisão preventiva, a teor do já referido art. 93, IX, da *Magna Carta* e do art. 310, par. ún., do CPP.

Feitas essas considerações, abordando os crimes que eventualmente poderiam ser suscitados e imputados contra integrantes do MST que invadem terras com o único escopo de pressionar o Governo a acelerar o processo de reforma agrária, observamos que muitas dessas infrações penais – as quais, como referido, não subsistem após análise mais acurada –, são *infrações de menor potencial ofensivo, insuscetíveis*

de prisão em flagrante, nos termos do art. 69, par. ún. da Lei 9.099/95.

Com efeito, são infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, cujas penas máximas não são superiores a um ano, bem como não dotadas de procedimento especial para a sua persecução, as seguintes: 1. o esbulho possessório (art. 161, *caput*); 2. a alteração de limites (art. 161, § 1.º, II); 3. dano simples (art. 163, *caput*); 4. violação de domicílio simples (art. 150, *caput*); 5. exercício arbitrário das próprias razões (art. 345); 6. desobediência (art. 330); e 7. apologia de fato criminoso (art. 287).

Assim, havendo acusações da prática desses crimes, a partir do momento em que é lavrado o termo circunstanciado e o acusado assume o compromisso de comparecer ao Juizado Especial Criminal competente, ou então à Vara Criminal que esteja acumulando as funções do Juizado Especial, “não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança”, conforme o referido art. 69 da Lei 9.099/95.

Observe-se que essa Lei, aqui, cai em inegável redundância já que fiança só se exige caso tenha efetivamente havido a prisão em flagrante ou, então, conforme o caso, condenação em primeira ou segunda instância.

No que concerne a supostas imputações dos crimes de: 1. dano qualificado, cuja pena é de *detenção* de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à eventual violência contra pessoa ou grave ameaça (art. 163, par. ún.), 2. invasão de terras da União, dos Estados ou Municípios ou destinadas à reforma agrária (art. 20 da Lei 4.947/66), apenada com a mesma pena de *detenção*; 3. violação de domicílio qualificada, sancionada com *detenção* de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência contra pessoa (art. 150, §§ 1.º e 2.º) e 4. resistência simples, cuja pena é de *detenção* de dois meses a dois anos (art. 329, *caput*), e que não são infrações de menor potencial

denúncia e demais atos subseqüentes, a fim de que outra seja proferida, fundamentadamente”.

ofensivo, mesmo que haja, aqui, a prisão em flagrante, estaríamos diante de hipóteses de *fiança policial* (CPP, art. 322, *caput*).

Ainda nos casos de acusação de resistência qualificada (art. 329, § 1.º, do CP), que é punida com reclusão de um a três anos, ou da freqüente imputação de quadrilha ou bando (art. 288), apenada de idêntica maneira em sua forma simples (*caput*) ou em dobro se se tratar de bando armado (parágrafo único) — não sendo, portanto, o mínimo cominado superior a dois anos — caberia *fiança judicial* (art. 323, I, do CPP), desde que não incidentes as restrições legais dos incs. III e IV deste artigo ou dos incs. I e III do art. 324, a saber:

“Art. 323. Não será concedida fiança: (...)

III — nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, se o réu já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado;

IV — em qualquer caso, se houver no processo prova de ser o réu vadio;¹⁵

(...)

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I — aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se refere o art. 350;¹⁶

(...)

⁽¹⁵⁾ Vedação que caiu praticamente em desuso hoje em dia e que, à evidência, de forma alguma se aplica a trabalhadores rurais que atuam no Movimento dos Sem-terra.

⁽¹⁶⁾ O art. 350 do CPP faz referência aos seus arts. 227 e 328, aonde são impostos os seguintes deveres ao acusado que obtém liberdade provisória mediante fiança: comparecimento a todos os atos processuais para os quais for notificado, tanto do inquérito quanto do processo; necessidade de obtenção de autorização judicial para mudar de residência e de comunicação ao juízo sempre que se ausentar por mais de oito dias.

III — ao que estiver no gozo de suspensão condicional da pena ou de livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança”.

Ainda acerca do art. 323, restaria o obstáculo do inc. V, *verbis*:

“Art. 323. Não será concedida fiança: (...)

V — nos crimes punidos com reclusão, que provoquem clamor público ou que tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça”.

Acerca deste último, a expressão “clamor público” não encontra adequação à nova Constituição da República. Isto porque, se, conforme Pierre Bouzat, “clamor público” é “uma acusação precisa e enérgica”, que não se confunde com o “rumor público”, que é “boato abafado, impreciso, uma simples suspeita” (*Traité théorique et pratique d’instruction criminelle et de procédure pénale*. Paris: Recueil, 1912, vol. III, p. 233), ela nada tem de *cautelar*, não podendo, por si só, obstar a liberdade provisória mediante fiança.

Por fim, no que concerne à restrição do inc. IV do art. 324 — “não será, igualmente, concedida fiança... quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva” — este será tratado conjuntamente com a análise da prisão preventiva.

3.3 A prisão temporária

Instituída pela Lei 7.958/89, a prisão temporária veio regulamentar uma odiosa e comum prática policial, que de há muito existia: a “prisão para averiguações”, taxada, há tempos, por Galdino Siqueira, como fruto de “inqualificável abuso”.¹⁷

⁽¹⁷⁾ *Curso de processo criminal*, 3.º Milheiro. São Paulo: Livraria Magalhães, 1924, p. 82 e 83. A respeito, *vide*, ainda, Dyrceu Aguiar

Essa nova modalidade de custódia está assim disposta no art. 1.º da referida lei:

“Art. 1.º Caberá prisão temporária:

I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III – quando houver fundadas razões de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, *caput* e seu § 2.º); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, *caput* e seus §§ 1.º e 2.º); c) roubo (art. 157, *caput* e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º); d) extorsão (art. 158, *caput* e seus §§ 1.º e 2.º); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, *caput* e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º); f) estupro (art. 213, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e par. ún.); g) atentado violento ao pudor (art. 214, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e par. ún.); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, *caput* e par. ún.); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1.º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, *caput*, combinado com o art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1.º, 2.º e 3.º da Lei 2.889, de 01.10.1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368, de 21.10.1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei 7.492, de 16.06.1986)”.

A doutrina, logo após a edição desta lei, discutiu muito acerca desses incisos serem *cumulativos* ou *alternativos*.

Com efeito, Vicente Greco Filho (*Manual de processo penal*, Saraiva, 1991, p. 240 e 241), quanto aos requisitos, afir-

ma que, apesar das hipóteses parecerem ser “puramente alternativas e destituídas de qualquer outro requisito”, é necessária a combinação deles entre si e também com as hipóteses da prisão preventiva.

Já Fernando da Costa Tourinho Filho (*Processo penal*, Saraiva, 1991, v. 3.º, p. 351 e 352) critica ferrenhamente esta modalidade de prisão, classificando-a de “retrocesso”, entendendo os requisitos seriam alternativos, enquanto Julio Fabbrini Mirabete (*Processo Penal*, Atlas, 1991, p. 375) parece entender igualmente que os requisitos seriam também alternativos, classificando, nessa linha, apenas o inc. I de draconiano, não os outros.

Porém, se bastasse somente o preenchimento dos requisitos de um dos três incisos desta nova modalidade de prisão, admitir-se-ia, entre outras conseqüências, intolerável *prisão obrigatória* nos casos de homicídio doloso, roubo, estupro, quadrilha ou bando etc. (inc. III), com uma perturbação da “ordem pública” *presumida*,¹⁸ o que não seria aceitável.¹⁹

Se fosse necessário a satisfação das exigências dos três incisos, salientam alguns autores que esta lei tornar-se-ia “letra morta”,²⁰ o que, certamente não terá

(18) Julio Fabbrini Mirabete, op. cit., p. 375. Outros reflexos seriam, por exemplo, a prisão, com base no inc. I, de uma testemunha, como lembra novamente Julio Fabbrini Mirabete (idem, ibidem), ou uma prisão sem que haja prova da materialidade e indícios de autoria, com base nesse mesmo inciso, desde que “imprescindível...”, nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho (op. cit., p. 352).

(19) De duas a uma: ou a ordem pública restou, de fato, violada, ou não.

(20) ANDRÉ, Patrícia dos Santos. Prisão temporária: Medida cautelar para crimes leves? RT 691/396, citada, também, por Ada Pellegrini Grinover (Limites constitucionais à prisão temporária, parecer elaborado para a Associação dos Advogados de São Paulo, em 23.12.1992, *Revista do Advogado*. São Paulo : AASP, abril de 1994, n. 42).

sido a intenção do legislador, pois, bastaria ter o suspeito identificação e residência fixa para que a prisão não tivesse cabimento.

Diante desses questionamentos, surgiram correntes sustentando a *cumulatividade parcial* desses incisos.

Ada Pellegrini Grinover²¹ sustenta que sempre é necessária a verificação do inc. III, que se traduz no *fumus boni iuris*, ao exigir “fundadas razões (...) de autoria ou participação nos seguintes crimes”, limitando-se, por via de consequência, o seu âmbito de aplicação somente para a investigação dos delitos elencados neste inciso, de acordo, também, com a própria exposição de motivos desta lei.

Além do inc. III, a mesma autora salienta a exigência de satisfação, concomitante, do inc. I ou do II; estes dois incisos traduzir-se-iam no chamado *periculum libertatis*,²² na medida em que “o risco para o

processo (*periculum*) vem caracterizado pela própria imprescindibilidade para as investigações (art. 1.º, I) e pela circunstância de o indiciado não ter residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade (art. 1.º, II)”.

Por sua vez, Rogério Lauria Tucci²³ afirma que é sempre necessária a verificação do inc. I, acompanhado ou do inc. II, ou do III; assim, sempre necessita a prisão ser imprescindível para a investigação, acompanhada da não-identificação ou da falta de residência fixa, ou, de forma alternativa, do cometimento dos crimes enumerados no inc. III.

Temos opinião, com todo o respeito, diversa dessas duas posições, conforme já tivemos a oportunidade de expor em nossa dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,²⁴ por várias razões.

Inicialmente, não conseguimos concordar com os lacônicos termos do mencionado inc. I: “quando *imprescindível* para a investigação do inquérito policial”.

Se “*imprescindível*” é o necessário, o indispensável,²⁵ em que reside a indispensabilidade da prisão do indiciado para a investigação, estritamente falando?

Para interrogá-lo (art. 6.º, V, do CPP)? Para participar de acareação (art. 6.º, VI, *in fine*, do CPP)? Sabemos que tem ele o direito ao silêncio.

a referida autora. Essa expressão se traduz, portanto, no *perigo da demora* em se manter o acusado em liberdade, para a *instrução processual*, mas nunca para fins de prevenção geral ou especial, objeto exclusivo da sanção penal.

(21) Parecer citado.

(22) Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, em aulas proferidas no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, entende que não há que se falar de *periculum in mora* em questão de prisão no processo penal. Sem dúvida, o conceito de *periculum in mora* está atrelado ao dano irreparável que a natural demora da prestação jurisdicional acarretaria, tornando a sentença judicial praticamente ineficaz, como ocorre no pedido de liminar em Mandado de Segurança (Lei 1.533, de 31.12.1951, art. 7.º, II; Constituição da República, art. 5.º, LXIX). Nesse contexto, a prisão do acusado não pode estar atrelada à antecipação da prestação jurisdicional, sob pena de violação das garantias da desconsideração prévia de culpabilidade (Constituição da República, art. 5.º, LVII) e da presunção de inocência (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, art. 14, 2; Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, art. 8.º, 2, 1.ª parte); o mais apropriado, em termos de tutela do bom andamento da própria instrução criminal, nos parece ser o emprego da expressão *periculum libertatis*, como faz

(23) *Direitos e garantias no processo penal brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 342.

(24) *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Renovar, 1998, p. 128 et seq.

(25) FERNANDES, Francisco. *Dicionário de sinônimos e antônimos*. Porto Alegre : Globo, 2. ed., p. 455.

Para tomar parte em reconstituição (art. 7.º do CPP)? Não há como obrigá-lo a figurar na simulação do ocorrido, já que se pode mais (silenciar), pode menos (não reproduzir ou representar com gestos aquilo que quer silenciar)...

De outra parte, desejando participar dessa diligência, terá o inquestionável direito de fazê-lo – e tão-somente – segundo a versão que queira dar aos fatos.

Para ser submetido a reconhecimento (6.º, VI, do CPP)?

Ora, nada impede que ele se recuse a participar do ato de reconhecimento, por exemplo, se não são respeitados os ditames dos arts. 226 a 228 do CPP.

Se o indiciado, nas hipóteses de reconstituição e reconhecimento, tem ou não o *dever* de colaborar, é outro problema. Aliás, essas atitudes sequer configurariam o crime de desobediência (CP, art. 330), que é afiançável (art. 322 do CPP), diante dos direitos ao silêncio e à ampla defesa.²⁶

Ao acrescentarmos a esses argumentos, a possibilidade da *condução coercitiva* prevista no art. 260 do CPP,²⁷ discórdamos daqueles como Edmundo Oliveira²⁸ que sustentam que a cooperação do indiciado “por vezes (...) se torna indispensável (...)”, aduzindo, também, que “ainda

que não seja necessária a colaboração ativa do indiciado, pode acontecer que ele seja objeto de prova, como no reconhecimento, na acareação,²⁹ na reconstituição do crime”, concluindo que “a presença dele se torna, então, inescusável”, não sendo “razoável que a Polícia tivesse de procurá-lo a cada momento em que dele necessitasse”, o que ensejaria a prisão temporária.

A *condução coercitiva*, se é que realmente indispensável para a *tentativa* de realização do ato, seria mais razoável,³⁰ desde que *motivada*. “Imprescindível”, assim, não seria a prisão, mas simplesmente a *condução*.

O argumento de que não seria “razoável que a Polícia tivesse de procurá-lo a cada momento que dele necessitasse”, por outro lado, não convence.

Em primeiro lugar, os atos do inquérito policial para os quais a presença do acusado seria imprescindível, não são tantos assim, muito pelo contrário. Em segundo, mesmo os atos que necessitariam da sua presença e colaboração para serem realizados, podem sê-lo de maneira concentrada (em ato subsequente ao interrogatório, pode-se, por exemplo, colher material grafotécnico, se o acusado concordar).

A hipótese que restaria para que pudéssemos compreender a expressão “imprescindível para a investigação do inquérito” do mencionado inc. I, seria a de coação ou

(26) A propósito do crime de desobediência, Celso Delmanto traz à colação os seguintes acórdãos: “Réu ou indiciado: O desatendimento à ordem de comparecimento não caracteriza o delito, pois faz parte do seu direito de defesa (TACrSP, RT 427/430)” (*Código Penal comentado*, atualizado por Roberto Delmanto, cit., p. 500).

(27) Dispõe o referido art. 260, *caput*, do CPP: “Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”.

(28) *Prisão temporária*, Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso, organizado por João Marcello de Araujo Junior, Forense, 1992, p. 156.

(29) Não vislumbramos como que uma acareação pode ser de fato realizada, se o acusado resta silente... Aqui, com a devida vênia, o acusado não é e nem pode ser “objeto de prova”, o mesmo ocorrendo com a reconstituição, como acima esclarecido.

(30) Nessa esteira, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo decidiu: “No poder legal dos delegados de polícia, iniludivelmente se encontra o de interrogar pessoa indiciada em inquérito, para tanto podendo mandá-la conduzir à sua presença, caso considere indispensável o ato e o interessado se recuse a comparecer” (rel. Lauro Malheiros, *vu*, RT 482, p. 357).

suborno de testemunhas, destruição de provas etc. Porém, isto já seria motivo suficiente, *se acompanhada da prova de existência do crime e de indícios suficientes de autoria* (art. 312 do CPP), para a prisão preventiva, decretável a qualquer momento.³¹

Acreditamos que a combinação do inc. I com o III seja natimorta, pelos seguintes motivos: *a)* é inaplicável se o indiciado não está colaborando com a investigação, pois, como visto, a lei não confere a ninguém o arbítrio de *forçá-lo* a participar de reconhecimento, de reconstituição, de falar ou de fornecer material grafotécnico, amostra de sangue, de cabelo etc.; *b)* caso estivesse destruindo provas, coagindo ou peitando testemunhas, ou seja, obstruindo as investigações, já estariam, em tese, presentes os requisitos da prisão preventiva, como acima salientado.

Se quisermos, de algum modo, interpretar os dispositivos em conjunto, para que talvez se possa aceitar o inc. I, necessariamente teríamos que a ele acrescentar o inc. II, que traz alguma *justificativa cautelar*, pela existência de *indícios* de frustração da eventual aplicação da lei penal, em virtude do fato do acusado não ter residência fixa ou não fornecer elementos para sua identificação. Mesmo assim, a prisão de quem não tenha domicílio ou não forneça dados para identificação pode ser “imprescindível” para a aplicação da lei penal e nunca, com base no acima sustentado, como diz o inc. I, “imprescindível para as investigações...”³²

(31) Há discussão a respeito da obrigatoriedade do membro do Ministério Público de, ao pedir a prisão preventiva no curso do inquérito policial, denunciar, tendo em vista que a *opinio delicti* já estaria, em tese, formada. Porém, a jurisprudência majoritária se posiciona no sentido de que a denúncia pode vir posteriormente, como veremos adiante.

(32) Julio Fabbrini Mirabete (*Processo Penal*, 3. ed. São Paulo: Atlas, p. 375) escreve,

Lembrando que a exposição de motivos desta lei faz restrição à abrangência de sua aplicação — “aos crimes graves por ela assim considerados, excluindo-se aqueles de menor gravidade subjetiva” —, necessário se faz, sempre, a observância do inc. III, limitando-se objetivamente seu âmbito de incidência, acompanhado certamente do inc. II.

Esta última hipótese é a *única* que justificaria cautelarmente a prisão temporária: “fundadas razões...de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes...” (inc. III), acrescida da não-identificação ou falta de residência fixa (inc. II), como *indício* de que o acusado não possa mais ser encontrado, vindo a frustrar a aplicação da lei penal — com menos requisitos, portanto, do que a prisão preventiva para a garantia da aplicação penal (art. 312 do CPP), tendo em vista que para esta prisão não basta a simples não-identificação ou a falta de residência fixa, é preciso mais.³³

Assim, de todos os crimes que geralmente são imputados a membros do MST, o único em que se poderia admitir, *em tese*, a prisão temporária, é o de quadrilha

comentando o inc. II, que o bom andamento do inquérito policial “ficaria prejudicado pelo desaparecimento do indiciado, difícil de ser localizado por não ter residência determinada ou por não se conhecer sua verdadeira identidade. Efetuada a prisão, as providências de identificação, inclusive pelo processo datiloscópico, ficam asseguradas”. Porém, como já salientado, diante das garantias constitucionais da estrita legalidade e do direito ao silêncio, é questionável se o suspeito tem o dever ou não de colaborar, uma vez que ele pode *se negar* a falar, a se identificar, a fornecer suas impressões digitais, a participar de ato de reconhecimento ou torná-lo inviável etc., restando, no máximo, a condução coercitiva do art. 201, par. ún., do CPP.

(33) A doutrina e a jurisprudência são majoritárias no sentido de que é necessária a demonstração *concreta* do perigo ou intenção de fuga para a decretação da prisão preventiva, como veremos mais adiante.

bando que, como visto, não se perfaz com a associação para invadir terras como o *único escopo* de pressionar o Governo.

Isto porque, como já salientado, essas invasões, *nas estritas circunstâncias mencionadas na primeira parte deste estudo*, não configuram os delitos de:

- alteração de limites e esbulho possessório (CP, art. 161);
- dano (CP, art. 163);
- violação de domicílio (CP, art. 150);
- resistência (CP, art. 329);
- desobediência (CP, art. 330);
- exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345);
- apologia de fato criminoso (CP, art. 287); e
- a infração do art. 20 da Lei 4.947/66, não havendo, portanto, que se falar em crime de quadrilha ou bando, conforme referido.

3.4 A prisão preventiva

Sendo decretável a qualquer momento, mesmo antes do oferecimento de denúncia,³⁴ a prisão preventiva se projetou sobre as outras modalidades de prisão provisória, afigurando-se quase que suficiente, *de per si*, a tutelar o bom andamento do processo penal e a eficácia de suas decisões.

O atual art. 312 do CPP, que teve a sua redação alterada, após vinte e seis anos, pela Lei 8.884, de 11.06.1994, assim está redigido:

“Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver

prova de existência do crime e indício suficiente de autoria”.

Desde logo verifica-se que, para a sua decretação, é necessário que estejam presentes os seus dois *pressupostos* – “prova de existência do crime e indício suficiente de autoria” –, acrescidos de um dos seus quatro *requisitos*: “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”.

Lembrando-se que, diante do art. 9.º, n. 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, “a prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento *não deverá constituir a regra geral*”, passemos à análise desses pressupostos e requisitos legais.

No que concerne à *prova de existência do crime*, a lição de Bento de Faria³⁵ é no sentido de que se exige “a demonstração de sua ocorrência, sem possível dúvida (...) não bastando, portanto, a seu respeito, indícios ou presunções, seja qual for a sua veemência”. Igualmente Julio Fabbrini Mirabete aduz que “não se justifica a decretação da prisão preventiva diante de mera suspeita ou indícios da ocorrência do ilícito penal”.³⁶

Desde logo, portanto, uma vez que as invasões com o único escopo de pressionar o Governo, *nos termos expostos neste trabalho*, não configuram os crimes dos arts. 150, 161, 163, 287, 288, 329, 330, 345 do CP, bem como a infração do art. 20 da Lei 4.947/66, não há que se falar, à evidência, sequer na verificação desse pressuposto legal para a decretação de uma prisão preventiva.

Aliás, mesmo que se admitisse, somente para argumentar, que as invasões de fazendas praticadas por membros do MST encontrariam tipicidade penal, as infrações

(34) Nesse sentido, art. 311 do CPP. Quanto à jurisprudência, cf. STF, RHC 65.001, RT 619/387.

(35) *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1942, v. 1, p. 368.

(36) *Processo Penal*, cit., p. 368.

acima referidas *são quase todas apenas com detenção*, restando sancionadas com reclusão somente a resistência qualificada (CP, art. 329, § 1.º), de difícil verificação, e o crime de quadrilha ou bando previsto no art. 288 do diploma penal, que, como salientado, apesar de ser freqüentemente imputado, é, nas circunstâncias referidas na primeira parte deste estudo, insustentável.

Assim, de acordo com o art. 313, II, do CPP, nos crimes dolosos punidos com detenção, só poderia ser decretada a prisão preventiva nas hipóteses do acusado ser vadio — conceito que não se aplica, à evidência, aos militantes do MST —, ou quando haja dúvidas sobre a sua identidade e ele não forneça elementos para esclarecê-la, ou, ainda, na conformidade do art. 313, III, do mesmo diploma, se tiver sido condenado anteriormente, com decisão passada em julgado, por crime doloso, desde que não transcorridos mais de cinco anos entre o cumprimento ou extinção da pena anteriormente imposta e o novo fato (art. 64 do CP).

Por outro lado, considerando-se que os crimes de esbulho possessório (art. 161, *caput*), alteração de limites (art. 161, § 1.º, II), dano simples (art. 163, *caput*), violação de domicílio simples (art. 150, *caput*), exercício arbitrário das próprias razões (art. 345) e desobediência (art. 330) são *infrações de menor potencial ofensivo*, não admitindo sequer prisão em flagrante na hipótese do acusado ser imediatamente encaminhado ao Juizado ou quando assuma o compromisso de a ele comparecer (art. 69, par. ún., da Lei dos Juizados Especiais), o juiz deve estar atento não só à *desproporcionalidade* da prisão diante da pena prevista, mas, também, ao fato de o próprio legislador ter reputado os crimes em pauta como *infrações "de menor potencial ofensivo"*, prevendo, ainda, conforme se tratar de ação penal privada, pública condicionada ou pública incondicionada, a possibilidade de *composição* (art. 74 da Lei 9.099/95) e de *transação* (art. 76, *caput*,

da citada lei), tudo para *evitar o cárcere, inclusive o provisório, pelos evidentes e indelévels males que acarreta*.

A propósito do pressuposto da necessidade de existir *indício suficiente de autoria*, Eduardo Espínola Filho salienta que a autoria deve ser determinada "por indícios sérios, apontados ao paciente, sem probabilidade de erro".³⁷

O Ministro Carlos Madeira, do Supremo Tribunal Federal, a respeito, aduziu:

"Meras suspeitas não podem ser havidas como indícios suficientes de autoria, a justificar a necessidade da prisão cautelar. Para tanto, devem os indícios convencer o juiz da *probabilidade* da prática do crime, e não de mera possibilidade".³⁸

Em suma, diante do princípio *favor libertatis*, ínsito a todo Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a tutela das liberdades individuais, a prisão provisória será medida sempre excepcional. E aqui, o direito à *presunção de inocência*, que é o reflexo, no processo penal, do referido princípio *favor libertatis*, deságua no brocardo *in dubio pro libertate*.³⁹ Assim, se houver qualquer dúvida quanto a existência do fato, bem como da sua tipicidade penal, ou inexistir indício suficiente de autoria, não só a prisão preventiva, como também qualquer outra modalidade de prisão provisória, serão ilegais. Ressalte-se que o mesmo se aplica à verificação de qualquer dos quatro *requisitos* da prisão preventiva, que adiante serão tratados.

Destarte, sendo a prisão preventiva "uma providência violenta, apesar do seu

(37) *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*, 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, v. III, p. 398.

(38) RHC 64.240-PR, v.u., RTJ 123/925.

(39) Cf. Antônio Manuel de Almeida Costa. Alguns princípios para um direito e processo penais europeus. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa: Aequitas, ano 4, fascículo 2, abril/junho de 1994, p. 212.

cunho legal”⁴⁰, “cuja consequência são as mais sérias e da mais alta responsabilidade”⁴¹, ela deverá sempre ser *fundamentada, e de maneira condizente com a sua violência*, refutando-se decretos que simplesmente venham a repetir o texto legal.⁴²

Antes de analisarmos os quatro requisitos autorizadores da prisão preventiva, cabe ressaltar que, a partir de 1988, o disposto no art. 315 do CPP, que exige *fundamentação* para a decretação da prisão preventiva, encontrou expresso amparo constitucional no seu art. 93, IX.

Tratando do tema, Eduardo Espínola Filho, na década de 60, já escrevia:

“A exigência de fundamentação de decisões, principalmente no caso de ordenar a prisão preventiva, foi um dos postulados do nosso direito processual penal, em todos os tempos, não tolerando, tanto a doutrina e a jurisprudência, quanto a própria legislação, qualquer descuido no cumprimento de tão importante dever imposto ao juiz; a libertação do preso era a consequência inevitável da verificação, facultada por *habeas corpus*, de que a prisão preventiva não estava justificada pelos fundamentos do despacho. Inúmeros acórdãos nesse sentido, sem qualquer discrepância...”⁴³

Na esteira desses ensinamentos, os Tribunais, com prudência, desde antes da

promulgação da Constituição da República de 1988, já exigiam, para a decretação da prisão preventiva, *motivação clara, apoiada em fatos concretos*,⁴⁴ que levem a *fundadas probabilidades e não meras presunções*⁴⁵ sobre as atitudes do acusado, contrárias aos interesses do processo criminal, caso continue em liberdade.

Reputavam e hoje, mais do que nunca, afirmam, ser imprescindível para a decretação da prisão preventiva, “que as circunstâncias revelem a procedência do juízo formulado” e que a necessidade da custódia se aponte “com segurança”,⁴⁶ ou seja,

(44) Nesse sentido estão inúmeros acórdãos, cujas ementas podem ser encontradas em nossa obra *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988: STF, HC 60.255, rel. Min. Néri da Silveira, v.u., RT 576/446; STF, HC 60.313-RN, rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 105/553; STF, RHC 60.608-RJ, rel. Min. Djaci Falcão, v.u., RTJ 110/560; TACrSP, 2.ª Câmara, rel. Juiz Sydney Sanches, v.u., *Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, Des. J. L. V. de Azevedo Franceschini, São Paulo, Leud, 1976, v. 3.º, p. 447, n. 5.195; TACrSP, 1.ª Câmara, rel. Juiz Toledo de Assumpção, v.u., *Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, cit., Des. J. L. V. de Azevedo Franceschini, v. 3.º, p. 449, n. 5.205; TACrSP, 3.ª Câmara, rel. Juiz Ricardo Couto, v.u., *Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, cit., Des. J. L. V. de Azevedo Franceschini, v. 3.º, p. 450, n. 5.209; TACrSP, 4.ª Câmara, rel. Juiz Francis Davis, v.u., *Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, cit., Des. J. L. V. de Azevedo Franceschini, v. 3.º, p. 454, n. 5.222; TJSP, HC 119.721, rel. Des. Hoepfner Dutra, RT 454/335; STF, HC 44.299, rel. Min. Evandro Lins, DJU 23.03.1968, p. 485; STF, 1.ª T., RHC 56.900-5-RJ, rel. Min. Rafael Mayer, v.u., DJU 27.04.1979, p. 3.380.

(45) Cf. Márcio Orlando Bártoli, voto vencido no HC 99.852-3-Cunha, proferido pela 6.ª Câmara Crim. do TJSP, em 21.11.1990.

(46) TJSP, Câms. Conj. Criminais, HC 111.779 – Queluz, rel. Des. Dalmo Nogueira, j. em 17.08.1971, v.u., RT 433/345.

(40) Basileu Garcia. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1945, v. III, p. 152.

(41) Eduardo Espínola Filho. *Código de Processo Penal anotado*, ed. de 1960, cit., v. III, p. 368.

(42) Nesse sentido, cf. STJ, RHC 2.725-7, rel. Min. Edson Vidigal, m.v., DJU 07.06.1993, p. 11.265-6; RHC 2.618-6, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, m.v., DJU 28.06.1993, p. 12.901, RHC 2.726-9, rel. Min. Jesus Costa Lima, j. em 23.06.1993, v.u., DJU 02.08.1993, p. 14.263.

(43) *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*, cit., ed. de 1960, v. III, p. 408.

“com a indicação de dados dos quais se possa deduzir legitimamente a necessidade da medida”.⁴⁷

No que toca ao requisito cautelar da *conveniência da instrução criminal*, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de não poder o decreto de prisão preventiva se “basear em meras suposições, cumprindo apontar fatos concretos, vinculados à atuação do acusado, que comprovem atitudes contrárias aos interesses da instrução”.⁴⁸

É de se anotar, outrossim, como assinado em dois acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, relatados pelo Ministro Adhemar Maciel, que “a rigor, a instrução criminal vai até a fase das diligências (Código de Processo Penal, art. 499)”,⁴⁹ sendo que, uma vez terminada esta, mostra-se impossível “a manutenção da prisão cautelar” que tenha por único fundamento, *in concreto*, a conveniência da instrução criminal.⁵⁰

No que concerne à *garantia da aplicação da lei penal*, o Tribunal Regional Federal da 2.^a Região decidiu que “deve o juiz demonstrar que o indiciado ou denunciado já fugiu ou está planejando evadir-se do distrito da culpa, para subtrair-se à ação

da justiça. Sem motivação convincente, a prisão cautelar não pode subsistir”.⁵¹⁻⁵²

Quanto à fuga do acusado, em pelo menos três acórdãos, o Superior Tribunal de Justiça salientou que ela “pode ser indício de o réu ser rebelde ao cumprimento de eventual condenação”.⁵³ Todavia, parecidos absolutamente normal e de pleno direito que o acusado não se submeta espontaneamente a uma prisão que julga ilegal (tanto em flagrante como preventiva, por exemplo), contra a qual está impetrando ordem de *habeas corpus*.

Por outro lado, se tudo indicar que, mesmo condenado, o acusado terá direito a

(51) HC 92.02.06.857, v.u., DJU 23.06.1992, p. 18.393. Neste sentido: TRF 2.^a Reg., HC 92.02.06.799, v.u., DJU 02.06.1992, p. 15.363.

(52) Interessante é a transcrição de duas ementas sobre o tema:

“*Habeas Corpus*. Custódia Preventiva. Fundamentação inconvincente. Decreto de prisão preventiva fundamentado principalmente no temor de evasão do paciente. A custódia cautelar não pode se basear em conjecturas, mas na real necessidade de constrição que justifique a excepcionalidade da medida. Precedentes do STF. Recurso provido” (STF, 2.^a T., RHC 67.069-5-MG, rel. Min. Francisco Rezek, v.u., RT 643/380);

“O que se tem reconhecido, reiteradamente, mesmo no Colendo Supremo Tribunal Federal, é que ‘o decreto de prisão preventiva deve ser convincentemente motivado, não sendo suficientes meras conjecturas de que o réu poderá fugir ou impedir a ação da justiça. Assim, a fundamentação não pode se basear em proposições abstratas, como simples ato formal, mas resultar de fatos concretos’ (RTJ 73/411)” (TJSP, 1.^a Câ. Crim., HC 84.153-3-Apiaí, rel. Des. Jarbas Mazzoni, v.u., RJTJSP 124/544).

(53) STJ, HC 2.012, v.u., DJU 03.08.1992, p. 11.334; STJ, 6.^a T., HC 1.846, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, v.u., DJU 17.05.1993, p. 9.361; STJ, 5.^a T., RHC 4.139-0-PE, rel. Min. Edson Vidigal, j. em 05.12.1994, v.u., DJU 06.02.1995, p. 1361.

(47) TACrSP, 3.^a Câ. m., HC 31.164 – São Paulo, rel. Juiz Chiaradia Netto, j. em 20.05.1971, v.u., *Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*, cit., Des. J. L. V. de Azevedo Franceschini, 3.^o v., p. 453, n. 5.219.

(48) 1.^a T., HC 60.255-PE, rel. Min. Néri da Silveira, v.u., RT 576/446. Cf. também, TJSP, Câms. Conj. Crims., HC 76.244, rel. Des. Arruda Sampaio, v.u., RT 351/90; Câms. Conj. Crims., HC 82.619, rel. Des. Chiaradia Neto, v.u., RT 370/160; Seção Criminal, HC 93.898, rel. Des. Adriano Marrey, v.u., RT 391/65.

(49) 6.^a T., RHC 3.611-7-RJ, j. em 29.06.1994, v.u., DJU 28.08.1994, p. 22.219.

(50) 6.^o T., RHC 4.261-3-SP, j. em 13.02.1995, v.u., DJU 13.03.1995, p. 5316-7.

sursis, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, apelação em liberdade com ou sem fiança e até prisão-albergue domiciliar em caso de eventual confirmação da sentença condenatória, *não haverá motivo para que venha a furtar-se à aplicação da lei penal*.

A respeito do tema *La Fuga o il Concreto Pericolo di Fuga*, Antonio Cristiani lembra: "(...) che già era stata segnalata dalla dottrina, circa l'*improbabilità della fuga* di un imputato che sappia di poter fruire, in caso di condanna, di una sospensione condizionale o di un indulto".⁵⁴

Desta feita, nessas hipóteses, a fundamentação do decreto de prisão preventiva, somente com base na garantia da aplicação da lei penal, será inconsistente.

E aqui encontra amparo a situação do integrante do MST que se veja processado por qualquer dos crimes previstos nos arts. 150, 161, 163, 329, *caput*, 330 e 345 do CP, ou, ainda, pelo delito do art. 20 da Lei 4.947/66, que *são apenados com detenção*, sobretudo lembrando que alguns desses crimes são considerados, inclusive, *infrações de menor potencial ofensivo* (art. 161, *caput* e § 1.º, II; 163, *caput*; 150, *caput*; 345 e 330), conforme já salientado.

Mesmo no que concerne à imputação de quadrilha ou bando simples, apenada com reclusão de um a três anos, tudo indica que, na hipótese de condenação, ainda que se fixe a pena em até o dobro do mínimo, haverá direito a *sursis* (art. 77 do CP), ou, então, a penas restritivas de direitos, conforme a nova redação dos arts. 43 et seq. do CP dada pela Lei 9.714, de 25.11.1998, previstas para penas não superiores a quatro anos, cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa.

No que se refere ao requisito da garantia da ordem pública, é ele o ponto mais delicado dos termos do art. 312 do CPP.

Evidente que qualquer violação à lei encerra violação às normas de conduta estabelecidas pelo Estado. Manifesto, porém, que o conceito, aqui, de *ordem pública* exige mais, sob pena de se transformar a prisão preventiva em prisão obrigatória para todo e qualquer processo, tendo em vista que a "ordem pública" teria sido violada.

As correntes doutrinárias tradicionais, com as quais não comungamos, são duas acerca do conceito processual penal de "ordem pública": uma aponta para o sentido de que ela representaria o perigo da *reiteração criminosa* ou da *consumação do delito tentado* e, outra, dirige-se ao *impacto social* e até ao resguardo da *credibilidade do Poder Judiciário*.

Assim é que Basileu Garcia, da primeira corrente, escreve:

"Para a garantia da ordem pública, vi-sará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, *evitar que o delinqüente volte a cometer delitos*, ou porque é acentuadamente propenso a práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Trata-se, por vezes, de criminosos habituais, indivíduos cuja vida é uma sucessão interminável de ofensas à lei penal: contumazes assaltantes da propriedade, por exemplo. Quando outros motivos não ocorressem, o intuito de impedir novas violações determinaria a providência".⁵⁵

Observe-se, desde logo, entretanto, que "indivíduos cuja vida é uma sucessão interminável de ofensas à lei penal", se esta-

(55) *Comentários ao Código de Processo Penal*, cit., vol. III, p. 169-170. Nessa esteira igualmente se encontram os ensinamentos de M. Costa Manso (*O processo na segunda instância e suas aplicações a primeira*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1923, v. I, p. 617), João Mendes de Almeida Júnior (*O processo criminal brasileiro*, 3. ed., 1920, v. I, p. 379) e Vittorio Grevi (*Le libertà e il codice*, *Corriere della sera*, Milano, Anno 119, n. 166, 14.07.1994, p. 1 e 13).

(54) *Manuale del Nuovo Processo Penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1989, p. 236.

vam em liberdade, encontravam-se nessa condição em virtude de *liberdade condicional*, podendo ser esta suspensa imediatamente (LEP, art. 145), ou, então, em decorrência de *fuga* do estabelecimento penitenciário, sendo recapturados, o que torna, à evidência, desnecessária a prisão preventiva.

A par dessas observações, esse conceito de ordem pública é criticado pelo já referido professor espanhol Victor Moreno Catena, cujas palavras ressaltam que, nesta hipótese, estaríamos diante de verdadeira *presunção de culpabilidade*:

“Tampoco puede atribuirse a la prisión provisional un fin de *prevención especial*: evitar la comisión de delitos por la persona a la que se priva de libertad. La propia terminología más frecuentemente empleada para expresar tal idea – *probable comisión de ‘otros’ o ‘ulteriores’ delitos* – deja entrever que esta concepción se asienta en una *presunción de culpabilidad*. La privación de libertad se entiende así como un remedio frente a la temida peligrosidad del inculcado, si bien no cabe perder de vista que *la valoración de dicha peligrosidad sólo puede encontrar su normal fundamento en la hipótesis de que efectivamente sea culpable del delito que se le imputa*”.⁵⁶

Sem dúvida, não há como negar que a decretação de prisão preventiva com o fundamento de que o acusado poderá cometer novos delitos, valorando-se, de antemão, sua periculosidade, baseia-se, sobretudo, em *dupla presunção*: a primeira, de que o acusado cometeu um delito; a segunda, de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, cometerá outro delito ou, ainda, envidará esforços para consumir o delito tentado.

Restariam violadas, portanto, as garantias constitucionais da *desconsideração*

prévia de culpabilidade (Constituição da República, art. 5.º, LVII) e da *presunção de inocência* (Constituição da República, art. 5.º, § 2.º, c/c os arts. 14, 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e 8.º, 2, 1.ª parte, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Aliás, nas hipóteses de *reiteração criminosa* “contra a mesma ou diversa pessoa, ou para a consumação do crime tentado”,⁵⁷ caberia, então, e *aí sim*, a *prisão em flagrante* quando do cometimento do novo crime ou da tentativa de consumação do anterior.

Não é acertada, também, a orientação de que o requisito da garantia da ordem pública se verifica no caso da salvaguarda da integridade física do próprio acusado,⁵⁸ diante de eventual vingança de familiares da vítima. A propósito, M. Costa Manso adverte que “se o criminoso é que é ameaçado de represálias, por parte da vítima, da família desta, ou de elementos populares, não se justifica a prisão. O que a autoridade neste caso deve fazer, é garanti-lo contra qualquer violência, e não tirar-lhe a liberdade, a pretexto de favorecê-lo”.⁵⁹

Outros autores vinculam a ordem pública ao *impacto social* e *até à credibilidade do Poder Judiciário*.⁶⁰

(57) M. Costa Manso, op. e v. cit., p. 617.

(58) A respeito, João Mendes de Almeida Júnior (*O processo criminal brasileiro*, 4. ed., cit., p. 347) traz o pensamento de Faustin Helie que, à sua época, aventava esta hipótese.

(59) *O processo na segunda instância e suas aplicações a primeira*, cit., v. I, p. 617. Antonio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo : Saraiva, 1991, p. 67 e 68, nota de rodapé n. 10, também cita essa passagem de M. Costa Manso. Nessa linha, igualmente encontram-se os seguintes acórdãos: TJDF, HC 5.396, v.u., DJU 05.12.1990, p. 29.549, e TJSP, RT 655/278.

(60) Antonio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de inocência e prisão cautelar*, Saraiva, 1991, p. 67, esclarece, baseando-se na

(56) *Derecho procesal – Proceso penal*, em co-autoria com Vicente Gimeno Sendra e Valentin Cortes Dominguez, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 368.

Quanto ao impacto social, o Desembargador Vasconcelos Leme, relatando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, assim definiu a expressão *ordem pública*:

“A ordem pública, no sentido em que deve ser entendida, de *perturbação da ordem pública*, evidentemente não ocorre.

Nada diz que a liberdade do paciente possa causar *perturbação de tal monta, que a sociedade venha a se sentir desprovida de garantias para a sua tranquilidade*”.⁽⁶¹⁾

Tratar-se-ia, de situações extremas, ou seja, “a infração penal com requintes de selvageria, a conduta significativamente abjeta, a repercussão inusitada, ilustrativamente, reclamam pronta e eficaz reação jurídica”, como aduz o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro.⁽⁶²⁾ Por exemplo, po-

doutrina tradicional: “À ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação da liberdade adotadas como medidas de *defesa social*; fala-se, então, em ‘*exemplaridade*’, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o *sentimento de justiça* da sociedade; ou, ainda, em *prevenção especial*, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à *supressão de provas* ou dirigidas contra a *própria pessoa do acusado*...”. O mesmo autor acrescenta, ainda, que este critério se traduz em “um recurso retórico do legislador, utilizado ‘com o objetivo de superar a rigidez tipificadora da dogmática jurídica’ e que implica ‘a ruptura dos padrões de unidade e hierarquia inerentes aos princípios da constitucionalidade, da legalidade e da certeza jurídica’” (p. 66).

(61) HC 45.429 – Capital, j. em 24.05.1955, m.v., RT 239/66.

(62) STJ, 6.ª T., RHC 3.096-8/SP, j. em 22.03.1994, v.u. Nesse sentido, também

deríamos citar os atentados com explosivos, como a dinamite,⁽⁶³⁾ em locais de alta concentração de pessoas, ou em casos repugnantes como quando o acusado, “na prática do delito, demonstra insensibilidade moral, beijando a vítima já esfaqueada”,⁽⁶⁴⁾ condutas estas que, nem de longe, se comparam com as invasões do MST, por evidente.

Porém, é indisfarçável que nesses termos a prisão preventiva se distancia de seu caráter instrumental – de tutela do bom andamento do processo e da eficácia de seu resultado – ínsito a toda e qualquer medida cautelar, identificando-se com uma verdadeira punição sumária diante da gravidade da imputação, a qual, com a posterior decisão condenatória, caso ocorra, seria simplesmente “ratificada” pela sentença. Isto representaria a *inversão e a própria negação não só do processo penal, como, também, de todas as garantias constitucionais que tocam a ele: primeiro se pune a pretexto de manter-se a “ordem pública” para, depois, na sentença, após o desenrolar de todo o processo, formar-se a convicção da culpabilidade ou inocência do acusado!*

Não há como negar, com efeito, que ao se aceitar a prisão provisória de alguém, para que a sociedade não se sinta perturbada, amedrontada, desprotegida etc. – o

da lavra do mesmo Ministro, RHC 2.775-4, v.u., DJU 13.09.1993, p. 18.579.

(63) “A preservação da ordem pública autoriza a prisão preventiva, nessas condições. Quem atenta contra pessoas ou coisas, a dinamite, revela periculosidade evidente, não se autorizando, sem maiores esclarecimentos, opor óbices à atividade do julgador de primeira instância, recolhendo-o à prisão, desde logo, para a garantia de todos, em circunstâncias semelhantes” (TJSP, HC 71.382 – Santos, rel. Des. Cantidiano de Almeida, j. em 08.08.1961, v.u., RT 320/73).

(64) STJ, 6.ª T., RHC 5.604-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 09.09.1996, v.u., DJU 14.10.1996, p. 39.037.

não se confunde com a perturbação das testemunhas e jurados, como abaixo será exposto – estar-se-á presumindo a culpabilidade do acusado, como aponta o referido Professor espanhol Victor Moreno Catena:

“Por las mismas razones, no es defendible que la prisión provisional deba cumplir la función de *calmar la alarma social* que haya podido producir el hecho delictivo, cuando aún no se ha determinado quién sea el responsable. *Sólo razonando dentro del esquema lógico de la presunción de culpabilidad podría concebirse la privación de libertad* en un establecimiento penitenciario, el encarcelamiento del inculpado, *como instrumento apaciguador de las ansias y temores suscitados por el delito* (la reiterada y conocida invocación a la inseguridad ciudadana desde algunos sectores llevaron, entre otras razones, a modificar la reforma de la prisión provisional introducida por la Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril). Una concepción de esta naturaleza resulta insostenible en un sistema constitucional como el español, que acoge un riguroso respeto por los derechos de los ciudadanos y proclama la presunción de inocencia. De este modo, la vía legítima para calmar la alarma social – esa especie de ‘sed de venganza’ colectiva que algunos parecer ver y por desgracia en ciertos casos se da – no puede ser la prisión provisional, encarcelando sim más y al mayor número posible de los que *prima facie* aparezcan como autores de hechos delictivos, sino una resolución judicial rápida sobre el fondo, condenando o absolviendo, porque sólo la sentencia dictada en un proceso penal determinará la culpabilidad y la sanción del acusado”.⁶⁵

Isso tudo, sem prejuízo, porém, do reconhecimento de que a efetiva perturbação da ordem pública, em hipóteses de crimes

cometidos com grande carga de violência, pode, em casos extremos, vir a *tumultuar o bom andamento da persecução penal*, seja na fase do inquérito ou do processo, influenciando sobretudo as testemunhas e os jurados.

Isto porque, em situações especialíssimas e excepcionais, em que a prova a ser colhida se refere a fatos com grande violência, a perturbação mencionada por Vasconcelos Leme poderia atingir, então, a própria regularidade dos atos dessa persecução, ou seja, conforme referido, a segurança das testemunhas e a tranquilidade dos jurados, encontrando-se aí – *e talvez só aí* – a *cautelaridade processual*, constitucionalmente exigida.

A garantia da ordem pública, aqui, passa a se identificar com a própria *conveniência da instrução criminal*, baseada em dados concretos constantes dos autos. Por exemplo, quando durante o cometimento do crime, o ladrão armado ameaça a vítima, dizendo: “Se você me denunciar, eu mato a sua família...”.

Todavia, mesmo ao analisar o problema da perturbação da ordem pública com vistas ao bom desenvolvimento do processo, como acima afirmado por nós, deve ainda o magistrado agir *com muita cautela*, estando atento às hipóteses de *dramatização*⁶⁶ promovida pelos meios de comunicação em massa. Tal dramatização, que visa mais aumentar a audiência televisiva ou radiofônica, ou ainda, o número de leitores de periódicos, com a finalidade precípua de valorizar o espaço para a propaganda, do que, realmente, informar, de forma isenta, o ocorrido.⁶⁷

(66) Alberto Silva Franco, em palestra realizada por Mario Chiavario, em 05.10.1993, no Centro de Estudos da Procuradoria do Estado de São Paulo, chamou a atenção para a questão da “dramatização” de eventos delituosos.

(67) Cf. Raul Cervini. Incidencia de las ‘mass media’ en la expansion del control penal en latinoamérica. *Revista Brasileira de*

(65) *Derecho Procesal – Proceso Penal*, em co-autoria com Vicente Gimeno Sendra e Valentin Cortes Dominguez, cit., p. 368 e 369.

A propósito, o Ministro Adhemar Maciel, do Superior Tribunal de Justiça, relatou acórdão com a seguinte ementa:

“(…)

II – Não se pode confundir ‘ordem pública’ com o ‘*estardalhaço causado pela imprensa pelo inusitado do crime*’. Como ficar em liberdade é a regra geral, deveria o juiz justificar substancialmente a necessidade de o paciente ficar preventivamente preso. Não basta invocar, de modo formal, palavras abstratas do art. 312 do CPP”.⁶⁸

Por fim, lembrando que muitos dos crimes imputados ao MST ou são infrações de menor potencial ofensivo ou, então, apenados com detenção, salvo a acusação de quadrilha ou bando, que, nos limites referidos neste estudo, é insustentável, resta analisarmos o requisito da manutenção da *ordem econômica*.

A respeito do interesse estatal em estipular regras para a organização de sua economia, José Celso de Mello Filho⁶⁹ anota que esse movimento veio com o aparecimento do Estado Social, que surgiu com vistas a minimizar “os abusos e as iniquidades cometidos contra os assalariados”, sob a égide da doutrina do *laissez-faire*, *laissez-passer*, base ideológica do Estado Liberal.

Celso Ribeiro Bastos⁷⁰ observa que mesmo Estados que se mantêm liberais, ado-

tam políticas intervencionistas, não obstante este quadro esteja se revertendo atualmente. Consequentemente, as cartas políticas passaram a estipular determinados regramentos com o fim de direcionar a organização das economias, com vistas a um melhor equilíbrio social.

A respeito, Miranda Gallino distingue ordem econômica de economia:

“Economía y orden económico son cosas diferentes. La economía es un hecho, un fenómeno cultural y social, en su expresión primaria, ella puede existir con escasa, o aun sin protección jurídica, abandonada al buen criterio de los hombres en sus operaciones de cambio y producción, en el seno de una sociedad ideal. Sin embargo, en nuestra sociedad actual sin un *cierto orden*, esta economía no puede prosperar, no puede desarrollarse al punto de constituir un eficaz instrumento de plena satisfacción de las necesidades materiales del hombre. Esto permite afirmar que el derecho penal, no protege o tutela la realización del fenómeno económico como un hecho en sí, sino que protege la *integridad del orden*, que se estima necesario para el cumplimiento de ese hecho, de manera que puedan producirse así los fines propuestos. Resulta así claro que cualquier conducta que produzca la ruptura de este orden (concebido a manera de equilibrio indispensable en las manifestaciones económicas) trae como consecuencia una necesaria sanción” (*Delitos contra el orden económico*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970, p. 26 c 27).

No Brasil, os regramentos constitucionais da *ordem econômica* encontram-se dispostos no art. 170 de nossa Carta Política, *verbis*:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

Ciências Criminais. São Paulo: RT, janeiro e março de 1994, v. 5, p. 39.

⁽⁶⁸⁾ 6.^a Turma, HC 3.232-2 – RS, j. em 28.03.1995, DJU 04.09.1995, p. 27.863, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 13, “Ementário de Jurisprudência”, p. 527, item II.27. Obs.: Não há registro se a decisão foi unânime ou tomada por maioria de votos.

⁽⁶⁹⁾ *Constituição Federal anotada*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 498 e 499. Vide, também, Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1963, tomo V, p. 439 *usque* 458.

⁽⁷⁰⁾ *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990, 7.^o v., p. 3 a 10.

- III — função social da propriedade;
- IV — livre concorrência;
- V — defesa do consumidor;
- VI — defesa do meio ambiente;
- VII — redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII — busca do pleno emprego;
- IX — tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

Ao incluir a preservação da *ordem econômica* como motivo autorizador da decretação de prisão preventiva, parece que o legislador estava com as vistas voltadas aos crimes que envolvessem grandes golpes no mercado financeiro, abalando-o, os quais geralmente se perpetram sem o uso de violência física, mas com a inteligência e o engodo.

Em tese, mesmo havendo decisões, inclusive do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não tinha cabimento a prisão preventiva com vistas à garantia da ordem pública, quando se tratasse de crimes econômicos, mas somente para delitos que envolvessem grande carga de violência ou grave ameaça contra a pessoa,⁷¹ hoje estaria autorizada a prisão preventiva também para esses delitos, desde que de grande monta, em face do novo texto legal.

Apesar da criminalidade econômica, *a priori* e aparentemente não impressionar tanto o cidadão quanto a violenta, que lhe está mais próxima, e não nos distantes e altos escalões do Governo, ou na quase intangível órbita em que se dão as decisões do mercado financeiro, ou, ainda, no mundo das decisões daqueles que presidem enormes grupos empresariais, de forma impessoal e através de prepostos,⁷² é de se atentar para o fato de que as consequências advindas desse tipo de criminalidade, muitas vezes, envolvem um número enorme de pessoas e são tão prejudiciais à sociedade quanto a criminalidade violenta.

Todavia, por mais que o delito haja ocorrido e suas consequências se operado, a prisão daquele que tenha violado as regras econômicas impostas inclusive pela Constituição da República, se afasta, por completo, da sua natureza instrumental, uma vez que a prisão preventiva jamais pode ter como finalidade a punição e a ressocialização do acusado para que não mais infrinja a lei penal, bem como a consequente desestimulação de outras pessoas ao cometimento de crimes semelhantes, fins exclusivos da sanção criminal.

Além do mais, a atividade dos membros do MST em nada abala a ordem econômica, muito pelo contrário. Isto porque, como visto, o próprio *caput* do art. 170 da Constituição da República enfatiza a necessidade, através das normas que se destinam a organizar a economia, de se buscar a *justiça social*, a *valorização do trabalho humano*, o *asseguramento a todos de existência digna*, reconhecendo o Cons-

(71) Por exemplo: "Crimes de estelionato, duplicata simulada e quadrilha. *Ausência de periculosidade ou risco de lesão à ordem pública* que autorize o encarceramento provisório. Fundamentação que não sustenta a subsistência da medida" (STF, 2.^a T., RHC 67.239-6-SP, rel. Min. Francisco Rezek, v.u., DJU 19.05.1989, p. 8.440). Com idêntico teor (STF, 2.^a T., RHC 67.217-5-SP, rel. Min. Francisco Rezek, v.u., DJU 12.05.1989, p. 7.793).

(72) Nesse sentido, Manoel Pedro Pimentel (*Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 1973, p. 28 e 29) quanto à impessoalidade das decisões nos grandes grupos empresariais, Paulo Salvador Frontini (Crime econômico por meio de empresa. Relevância da omissão causal. *Revista de Direito Mercantil*, v. 5, ano XI, p. 42), citado pelo primeiro.

tituinte, ainda, no inc. III desse mesmo artigo, a *função social da propriedade*.

4. Conclusões

Ao final deste estudo, nos permitimos afirmar, com a mais profunda convicção, que os aplicadores do Direito não podem olvidar-se da miséria das crianças de rua, herança do êxodo rural, despojando-se, sob o manto da fria legalidade, de qualquer comprometimento com as mudanças sociais.

A sensibilidade é um dom dos brasileiros e todos nós temos a consciência desse maravilhoso predicado. Sabemos que, pelo menos em nossa classe média e na população mais pobre, um vizinho não precisa marcar hora para bater à nossa porta; que em nossas mesas, sempre cabe mais um, por mais escasso que possa ser o alimento. A nossa índole acolhedora é conhecida por todos estrangeiros que nos visitam e saem encantados com a receptividade do povo brasileiro.

É somente com essa sensibilidade que poderemos interpretar a rígida e estática lei sob o aspecto histórico-evolutivo, ou seja, verificando que, por vezes, “os objetivos do legislador histórico não são mais reconhecíveis de modo claro” ou, então, que “as necessidades sociais do mundo em transformação passam a exigir uma *revaloração* dos fins propostos para determinada legislação”, como nos ensina o eminente Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Tércio Sampaio Ferraz Junior.⁷³

A sabedoria de Henri de Page, ao tratar da chamada interpretação *sociológica*, que se aproxima da acima referida, transpõe

cristalina quando afirma, lembrado por Alípio Silveira, que “a interpretação das leis não deve ser formal; deve ser, antes de tudo, real, humana, *socialmente útil*”.⁷⁴

Nesse contexto, e sob a égide do nosso Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a tutela das liberdades individuais e como um dos primordiais escopos a busca da justiça social, é que o direito penal e o direito processual penal devem ser interpretados e aplicados.

Se o direito penal busca prevenir que gravíssimos conflitos sociais surjam, ou pelo menos minimizar ao máximo a sua sempre inevitável ocorrência, é evidente que esta prevenção não pode se dar tão somente através da automática e quase que mecânica imposição de sanções criminais àqueles que tenham violado as normas insculpidas na antiga parte especial do Código Penal ou em leis penais extravagantes; é imprescindível, e daí a grandeza e beleza do Direito, refletir acerca das *reais causas* desses conflitos, que, no caso dos sem-terra, encontram raízes em um vergonhoso estado de coisas, na exaltação da ganância e do egoísmo humanos, os quais, em latifúndios que abrangem extensões de países inteiros, encontraram concretude.

Enfim, os órgãos do Poder Judiciário, o Ministério Público e os advogados, todos, devem estar atentos a este outro conflito social – o da miséria – que é *muito mais profundo e relevante* do que as aparentes, só aparentes, violações ao Código Penal por parte dos integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra que invadem fazendas improdutivas, com o único objetivo de pressionar o Governo a acelerar a implementação da Reforma Agrária, nos limites aqui traçados.

⁽⁷³⁾ *A ciência do direito*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986, p. 74 et seq.

⁽⁷⁴⁾ *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, 1. ed. São Paulo: RT, 1968, v. 1, p. 126.