

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO**

HERBETH RAIMUNDO PINHEIRO

CRIME DE INVASÃO DE TERRAS PÚBLICAS:
análise de sua construção jurisprudencial à luz da função social da propriedade.

**SÃO LUÍS,
2016.**

HERBETH RAIMUNDO PINHEIRO

CRIME DE INVASÃO DE TERRAS PÚBLICAS:
análise de sua construção jurisprudencial à luz da função social da propriedade.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para obtenção
do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Drº Raimundo Nonato Serra
Campos Filho.

SÃO LUÍS,
2016

Pinheiro, Herbeth Raimundo

Crime de invasão de terras públicas: análise de sua construção jurisprudencial à luz da função social da propriedade / Herbeth Raimundo Pinheiro. – São Luis, 2016.

92f.

Orientador: Prof. Dr. Raimundo Nonato Serra Campos Filho.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2016.

1. Bens públicos. 2. Terras públicas. 3. Crime de invasão. I. Título.

CDU 343.77

HERBETH RAIMUNDO PINHEIRO

CRIME DE INVASÃO DE TERRAS PÚBLICAS:
análise de sua construção jurisprudencial à luz da função social da propriedade.

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão, para obtenção
do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Raimundo Nonato Serra
Campos Filho.

Aprovado em: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Drº Raimundo Nonato Serra Campos Filho
Orientador

1º Examinador

2º Examinador

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo fôlego de vida, pela bênção de chegar até aqui, sem me deixar fraquejar e, acima de tudo, por não desistir de mim. Até aqui me ajudou o Senhor.

À Minha Mãe Rita, *in memoriam*, pela disciplina, lição de vida e amor a mim dedicados.

Aos meus irmãos Cristina, Djalma, Hamilton, Cláudia e Valquíria pelo apoio, orgulho e crédito depositados em mim.

A todos os sobrinhos tão amados, em especial Rita de Cássia, a quem dirijo todo amor e educação que tive; e Thiely, a quem Deus devolveu o sopro de vida.

À Família Gonçalves, em nome da matriarca Maria Helena, pelo carinho materno dedicado a mim.

À Universidade Federal do Maranhão por ter me recebido de braços abertos e contribuído para a minha formação.

Aos mestres dos quais tive a honra de ser aluno, em especial à Professora Valéria Montenegro.

Ao mestre Prof. Raimundo Nonato Serra Campos Filho, meu muito obrigado pelo ensino e felicidade de ser seu orientando.

Aos meus amigos-irmãos que trilharam comigo no caminho do conhecimento: Derinaldo, Senira e Evandro (Zazá). E a Miria Mayanne, com quem aprendi a dividir as aventuras da vida a dois.

Enfim, a todos que depositaram fé no meu empenho, meu mais sincero obrigado!

Tudo o que tenho. Tudo o que sou. E o que vier a ser,
vem do Senhor.

“Essa cova em que estás,
com palmos medida,
é a cota menor
que tiraste em vida.
É de bom tamanho,
nem largo nem fundo,
é a parte que te cabe
deste latifúndio.
Não é cova grande,
é cova medida,
é a terra que querias
ver dividida.
É uma cova grande
para teu pouco defunto,
mas estarás mais ancho
que estavas no mundo.
É uma cova grande
para teu defunto parco,
porém mais que no mundo
te sentirás largo.
É uma cova grande
para tua carne pouca,
mas a terra dada
não se abre a boca.

João Cabral de Melo Neto

RESUMO

O Brasil historicamente sempre viveu num marasmo fundiário e um déficit habitacional. A Coroa Portuguesa com o intuito de tentar amenizar a situação agrária da Colônia, agravou ainda mais o quadro. A república de 1889 nada inovou, concentrando terras e propiciando dessa forma o surgimento de delitos referentes às terras públicas, como é o caso do crime de invasão de terras públicas. Por outro lado, a indefinição dos elementos que compõe este tipo penal, de previsão do art. 20 da Lei Federal nº. 4.947 de 1990, acaba por gerar uma busca por suas reais definições na seara administrativa, visado a melhor compreensão do que vem a ser a invasão de terras públicas como definido legal e jurisprudencialmente. Lança-se mão, dessa forma, do direito penal, visto como a ultima *ratio*, uma vez que é o seu caráter subsidiário que influencia no traslado para outros ramos do direito. Diante disso, imperiosa a análise dos instrumentos estatais previstos pela Constituição da República de 1988 para lidar com tais situações que envolvem tais bens, como a republicização da propriedade privada e a refuncionalização social da propriedade por meio do instituto da desapropriação. Em última análise, fazendo uso das conclusões anteriores, passa-se a perquirir o tipo penal em si ora objeto de estudo, buscando seus vínculos, elementos e sujeitos, estabelecendo a ligação com o direito penal moderno garantidor dos direitos supraindividuais, em especial das terras estatais, protegidas pelo *ius puniendi*.

Palavras-chave: Bens Públicos. Terras Públicas. Crime de Invasão. Jurisprudência.

ABSTRACT

The Brazil has lived in a land doldrums and a housing deficit. The Portuguese Kingdom in order to try to soften the agrarian situation of Cologne, has further aggravated the situation. The Republic 1889 not innovated, concentrating land and thereby providing the appearance of crimes related to public lands, such as the public land invasion crime. On the other hand, the blurring of the elements that make up this criminal type, provided for in art. 20 of the Federal Law no. 4947 1990 ultimately generates a search for their actual definitions in the administrative harvest, aimed at a better understanding of what has to be the invasion of public lands as defined legal and jurisprudencial way. Launches hand, therefore, criminal law, seen as the last *ratio*, since it is its alternative character that influences the transfer to other branches of law. Therefore, urgent analysis of state instruments provided by the Constitution of the Republic for 1988 to deal with such situations involving such goods, such as republicization of private property and social refunctionalization property through expropriation institute. Ultimately, making use of the above findings, it is set to assert the criminal offense itself now an object of study, seeking their ties, elements and subjects, liaising with the modern criminal law warranter of supra-individual rights, particularly land State, protected by the *ius puniendi*.

Keywords: Public Goods. Public Lands. Crime Invasion. Jurisprudence.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AC – Apelação Cível

Apel. Crim - Apelação Criminal

C. - Colendo

CC - Código Civil

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

Dec - Decreto

DJ – Diário da Justiça

DJ-e - Diário da Justiça Eletrônico

DL – Decreto Lei

DNOCS – Departamento Nacional de Obras contras as Secas

E. – Egrégio

INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária

JECRIM – Juizado Especial Criminal

JEF – Juizado Especial Federal

L.A – Lei Agrária

L.A. – Lei Agrária

LC – Lei Complementar

MS – Mandado de Segurança

NCC - Novo Código Civil

RE – Recurso Extraordinário

Rel. - Relator

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUPRA – Superintendência Regional de Política Agrária

TACRIM – Tribunal de Alçada Criminal

TJ-DF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

TRF – Tribunal Regional Federal.

v.g – *verbi gratia*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	14
2. TERRAS PÚBLICAS COMO BEM PÚBLICO.....	16
2.1 O CONCEITO DE BEM PÚBLICO.....	16
2.2 CLASSIFICAÇÃO DO BEM PÚBLICO EM GERAL.....	18
2.2.1 Bens Públicos quanto à titularidade.....	18
2.2.1.1 Bens da União.....	18
2.2.1.2 Bens dos Estados.....	18
2.2.1.3 Bens dos Municípios.....	19
2.2.1.4 Bens do Distrito Federal.....	19
2.2.2 Quanto à destinação.....	19
2.2.2.1 Bens de uso comum do povo.....	19
2.2.2.2 Bens de Uso Especial.....	20
2.2.2.3 Bens dominicais ou domaniais.....	20
2.2.3 Bens Públicos quanto à disponibilidade.....	21
2.2.3.1 Regime Jurídico.....	21
2.2.3.2 Afetação e Desafetação.....	22
2.3 TERRAS PÚBLICAS COMO ESPÉCIE DO GÊNERO BEM PÚBLICO.....	22
2.3.1 A sistemática portuguesa das sesmarias.....	22
2.3.2 A regência imperial e a revogação do ‘sesmarinato’.....	24
2.3.3 O Princípio da República de 1889: o privado sobre o público.....	26
3. A REPUBLICIZAÇÃO DE TERRAS PRIVADAS.....	28.
3.1 AS PROPRIEDADES URBANA E RURAL NA CRFB DE 1988.....	28
3.1.1 A propriedade urbana na Constituição de 1988.....	28
3.1.2 A propriedade rural na Constituição de 1988.....	31
3.1.2.1 A definição jurisprudencial de imóvel rural.....	31
3.2 A (RE)FUNCIONALIZAÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA CF/88.....	33
3.3 A FIGURA DA DESAPROPRIAÇÃO.....	36
3.3.1 Pressupostos, competência, processo/ação e consequências jurídicas.....	36
3.3.1.1 Definições e Pressupostos.....	36
3.3.1.2 – Desapropriação por necessidade ou utilidade pública.....	38
3.3.1.3 – Desapropriação por interesse social.....	39

3.3.1.3.1 A desapropriação por interesse social do artigo 184 da CF.....	42
3.3.2 Processo de desapropriação e consequências.....	43
4 TERRAS COMO OBJETOS DE ILÍCITOS CIVIS E PENAIS.....	49
4.1 POSSE E PROPRIEDADE.....	49
4.1.1 Posse no direito civil.....	49
4.1.2 Propriedade do ponto de vista estático.....	51
4.2 ILÍCITOS CÍVIS-PENAI S SOBRE O DIREITO DE POSSE-PROPRIEDADE.....	52
4.2.1 – Turbação da Posse.....	52
4.2.2 O Ebulho Possessório como ilícito civil.....	53
4.2.3 O ilícito penal de Ebulho Possessório: art. 161, II, do Código Penal.....	55
4.2.3.1 Elementos objetivos e subjetivos do tipo penal.....	56
4.2.3.2 Tipicidade objetiva e subjetiva.....	59
4.2.3.3 Pena <i>in abstracto</i> e a <i>persecutio criminis</i>	60.
5 CRIME DE INVASÃO DE TERRAS PÚBLICAS.....	62
5.1 CONTEXTO DA CRIMINALIZAÇÃO.....	62
5.2 RECEPÇÃO DA LEI 4.947/66 PELA CARTA DE 1988.....	64
5.3 A NORMA PENAL CONTIDA NO ART. 20 DA LEI AGRÁRIA.....	66
5.4 BEM JURIDICO TUTELADO E SUJEITOS DO DELITO.....	68.
5.4.1 Bem jurídico tutelado.....	68
5.4.2 Sujeitos do delito.....	70
5.4.2.1 – Sujeito ativo.....	70
5.4.2.2 Sujeito Passivo	72
5.5 TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA.....	74
5.5.1 Tipicidade objetiva-descritiva.....	74
5.5.1.1 Objeto Específico do tipo alternativo: destinação à reforma agrária.....	75
5.5.1.2 – Crime permanente, superveniência e desapropriação.....	78
5.5.2 Tipicidade subjetiva.....	80
5.5.3 Pena e Ação Penal.....	81
6.0 TRANSVERSALIDADES.....	82
6.1 INVASÕES DE TERRAS E O MÍNIMO EXISTENCIAL.....	82
6.3 DIREITO PENAL MODERNO E ESVAZIAMENTO DA NORMA PENAL.....	84
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	87
REFERÊNCIAS	

1. INTRODUÇÃO

A causa fundiária e o déficit residencial no Brasil são problemas que, longe de serem resolvidos, ainda contribuem para trazer ao cenário das notícias e discussões jurisprudenciais questões transversais que não raro adentram a variados ramos do Direito. Quando não, deixam para estes outros ramos a solução do conflito de interesses. A prática do crime de invasão de terras públicas, tipificado pelo art. 20 da Lei nº. 4.947 de 1990, é exemplo dessa transversalidade.

Com o incremento do Estado, sua política de urbanização atrelada à política fundiária e um aumento na (im)precisão da delimitação das áreas públicas que estariam por lei sob o manto da proteção estatal, cresce o número de casos de infrações (penais ou civis) que têm como objeto as chamadas terras públicas, termo que muito tem levantado discussão em razão de sua falta de definição. Esta, como será colocada, é que causa o desconforto de termos várias interpretações quando da análise do tipo penal em si, em especial em relação aos seus elementos objetivos. À guisa de exemplo, a definição do que a lei teria estabelecido ao tipificar a invasão de “terras públicas”, inclusive criando uma forma extensiva, quando especifica ainda a invasão de tais terras quando destinadas à reforma agrária.

Os propósitos do presente trabalho referem-se justamente a esses elementos que compõem a infração penal, o chamado tipo penal, sejam eles tanto os elementos objetivos do tipo quanto os elementos subjetivos frente a uma jurisprudência que decide pouco atenta à defesa dos objetivos do Estado quando este define tais áreas como ‘suas’. Jurisprudências, que com o aumento do número de casos de invasão de terras públicas, precisou ser recolocada no plano da discussão e enseja uma análise com relação a este tipo penal.

Fez-se necessário, pois, a realização da análise dos elementos objetivos e subjetivos desse tipo penal à luz da construção jurisprudencial, com fito de compreender o contexto social em que são praticados tais delitos, visando contribuir para um entendimento maior daquilo proposto pelo legislador positivo quando da tipificação do crime de invasão de terras públicas e sua forma extensiva. Diante disso que, inicialmente, usou-se de uma criteriosa busca nas lições da doutrina administrativista clássica, sem abandonar ideias mais arraigadas, mostrando-se essencialmente, em especial na delimitação da definição do objeto do tipo penal em julgo, que são um bem com o múnus público. Ou mais especificamente as terras públicas, tais como, anote-se, as definições de Di Pietro, para quem a denominação

‘domínio público’ é utilizada para designar os bens afetados a um fim público, que compreendem os bens de uso comum e os de uso especial.

Por conseguinte, outros aspectos como o direito à propriedade, ao mínimo existencial, a republicação da propriedade privada, a refuncionalização social da propriedade pela Carta de 1988 – e os respectivos instrumentos de execução, a exemplo do instituto da desapropriação direta ou indireta – ganham espaço na tentativa da justificação do elemento subjetivo do tipo penal objeto da presente análise, qual seja o *animus invadere*.

Noutro extremo dessas indefinições ter-se-ão os elementos subjetivos em que a construção jurisprudencial, aquém de definições precisas e, portanto, desprovidas de consenso, tem assentado entendimentos controversos, principalmente em relação ao elemento dolo do tipo penal que ora se trabalha.

Ainda, no afã de buscar o porquê desse entendimento, impende adentrar a seara penalista, onde mais apropriadamente discutem-se os elementos objetivos/subjetivos que presentes estão no tipo penal do art. 20 da Lei nº. 4.947 de 1990. Afinal, como definir a seara do direito penal, subsidiária por sinal, com tamanha indefinição de elementos? Lança-se mão então de uma busca em clássicos penalistas, à procura de um esclarecimento da dúvida que paira sobre esta subsidiariedade, por ser o direito penal a última *ratio*, convocado à solução do conflito e, não raro, tendo o deslinde da contenda a deslocação pelos Tribunais, em especial as Cortes Superiores, STJ e STF, para outras searas, como administrativa ou civilista.

Outro mais, a corroborar o fim colimado na presente obra discursiva, nada obstaculiza usarem-se valorosas colocações do professor e penalista Roberto Carvalho Veloso que corroboram a necessidade mais do que nunca de um Direito Penal moderno, atual, intervir com coerência na defesa de bens diversos, a fim de que se evite o fenômeno do esvaziamento da norma penal.

Finalmente, mostrar-se-á, ao cabo das exposições – pois bem arrazoado nos parece – que o tipo penal previsto no art. 20 da Lei Federal nº 4.947/90 – o crime de invasão de terras públicas – se enquadra justamente no primeiro posicionamento do direito penal atual elencado pelo professor Veloso, que visa à proteção de bens coletivo ou supraindividuais, padecendo de atualização normativa. Constatação esta vital à consecução dos fins colimados no presente trabalho (e que servirá de arcabouço à discussão que ora se adentra). Tudo lógico visando à conclusão de que o legislador brasileiro não deixou pormenorizar bens que de interesse são a toda coletividade e à própria consecução dos objetivos do Estado, deixando-os este sob a proteção do manto do próprio *ius puniendi*.

2. TERRAS PÚBLICAS COMO BEM PÚBLICO.

2.1 O CONCEITO DE BEM PÚBLICO

Antes de adentrarmos à análise específica objeto do presente trabalho, qual seja a análise do crime de invasão de terras públicas, torna-se necessário fazer uma ligeira digressão ao que o ordenamento brasileiro chama de bem público, gênero do qual as terras públicas são espécie.

De acordo com o Código Civil de 2002, públicos são os bens de domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, quais sejam, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias e fundações, enquadrando-se como particulares todos os demais, seja qual for a pessoa a que pertencerem. Neste ponto há que se observar que a expressão domínio público é utilizada para designar o poder que o Estado exerce sobre o seu patrimônio. Como não é apenas sobre os bens de sua propriedade que o Estado exerce o seu poder — bens privados sofrem diversas restrições impostas com fundamento na supremacia do interesse público —, utiliza-se a expressão domínio eminente para caracterizar as prerrogativas do Estado para intervir na propriedade privada (SANTOS, 2012)¹.

Outra conclusão a que se chega também é a de que os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito privado, mesmo sendo ente público, via de regra, terão seu regime de bens atrelado ao direito privado, a exemplo do que ocorre com as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica. A exceção, segundo doutrina, fica a cargo dos entes de direito privado, empresa pública ou sociedade de economia mista, v.g, que prestarem serviços públicos, como bem anota considerável parte da doutrina, uma vez que há a asserção de que os bens das pessoas administrativas de direito privado que estejam sendo diretamente empregados na prestação de um serviço público passam a revestir-se de características próprias do regime dos bens públicos — especialmente a impenhorabilidade e a proibição de que sejam onerados —, enquanto permanecem com essa utilização.

De lavra do Supremo Tribunal Federal, são de interesse os excertos, pois pacificam a temática.

“CONSTITUCIONAL. ATO DO TCU QUE DETERMINA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL DE EMPREGADO DO BANCO DO BRASIL – DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S.A.,

¹ SANTOS, Mauro Sérgio dos. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SUBSIDIÁRIA DO BANCO DO BRASIL, PARA APURAÇÃO DE 'PREJUÍZO CAUSADO EM DECORRÊNCIA DE OPERAÇÕES REALIZADAS NO MERCADO FUTURO DE ÍNDICES BOVESPA'. ALEGADA INCOMPATIBILIDADE DESSE PROCEDIMENTO COM O REGIME JURÍDICO DA CLT, REGIME AO QUAL ESTÃO SUBMETIDOS OS EMPREGADOS DO BANCO. O PREJUÍZO AO ERÁRIO SERIA INDIRETO, ATINGINDO PRIMEIRO OS ACIONISTAS. O TCU NÃO TEM COMPETÊNCIA PARA JULGAR AS CONTAS DOS ADMINISTRADORES DE ENTIDADES DE DIREITO PRIVADO. A PARTICIPAÇÃO MAJORITÁRIA DO ESTADO NA COMPOSIÇÃO DO CAPITAL NÃO TRANSMUDA SEUS BENS EM PÚBLICOS. OS BENS E VALORES QUESTIONADOS NÃO SÃO OS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, MAS OS GERIDOS CONSIDERANDO-SE A ATIVIDADE BANCÁRIA POR DEPÓSITOS DE TERCEIROS E ADMINISTRADOS PELO BANCO COMERCIALMENTE. ATIVIDADE TÍPICAMENTE PRIVADA, DESENVOLVIDA POR ENTIDADE CUJO CONTROLE ACIONÁRIO É DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE AO IMPETRADO PARA EXIGIR INSTAURAÇÃO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL AO IMPETRANTE.

(STF. PLENO. MS 25.092-5/DF.)²

E ainda, decidiu a E. Suprema Corte³:

DECISÃO: Trata-se de **mandado de segurança**, com pedido de medida liminar, **impetrado** contra decisão proferida pelo **Plenário** do E. Tribunal de Contas da União (acórdão n. 1.086/2003), **que determinou “a conversão do processo de Representação em tomada de contas especial, de modo a prosseguir-se na apuração das pretensas irregularidades indicadas pela Unidade Técnica daquela Corte”, em ordem** a viabilizar, na espécie, em momento ulterior, a “cobrança do prejuízo sofrido pela Instituição auditada (Banco do Brasil S.A.)” (fls. 5).

É certo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamentos majoritários, **acolheu** pretensão de direito material **idêntica** à ora deduzida pelos impetrantes (**MS 23.627/DF**, Rel. p/ o acórdão Min. ILMAR GALVÃO, “**Infomativo/STF**” ns. 259/2002 e 260/2002 – **MS 23.875/DF**, Rel. p/ o acórdão Min. ILMAR GALVÃO, “**Infomativo/STF**” n. 259/2002), **enfatizando**, em tais decisões, **que não se revela aplicável**, às sociedades de economia mista, como o Banco do Brasil S/A, o processo de Tomada de Contas Especial.

Pelo que se repreende, é necessária a distinção do bem enquanto vinculado à sua finalidade, se pública ou privada, para a devida verificação dos institutos que lhes podem ser aplicáveis, se disposições de direito público ou disposições de direito privado.

² Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ms25092.pdf>

³ Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86046>

2.2 CLASSIFICAÇÃO DO BEM PÚBLICO EM GERAL.

Vários são os critérios estabelecidos para classificar bem público. Basicamente a doutrina tem o feito de forma a considerar a titularidade, a destinação e a disponibilidade.

2.2.1 Bens Públicos quanto à titularidade.

A Constituição de República, em seu artigo 20, tratou de efetuar uma divisão a respeito do bens dos entes públicos que a compõem, visando especialmente a obediência ao pacto federativo. Desse modo, nos artigos que sucedem estabeleceu os bens dos Estados, do Distrito Federal e, analogicamente, e por exclusão, os bens dos Municípios. Esta classificação, terá salutar importância na presente análise como será visto posteriormente.

2.2.1.1 Bens da União.

De acordo com o art. 20 da Carta da República, são bens da União os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos; as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei; os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; o mar territorial; os terrenos de marinha e seus acrescidos; os potenciais de energia hidráulica; os recursos minerais, inclusive os do subsolo; as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos; as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

2.2.1.2 Bens dos Estados

No art. 26 da CRFB encontramos elencados os bens pertencentes aos Estados, sendo eles as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito,

ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União; - as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros; - as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União; - as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

2.2.1.3 Bens dos Municípios

No que diz respeito aos bens cuja propriedade tem nos Municípios sua titularidade, e apesar de não haver previsão expressa, entende-se que são seus todos os imóveis por eles construídos ou de outra forma adquiridos, além dos bens móveis, obtidos de forma civilmente aceita, bem como os bens de característica pública, como os por eles construídos ou mantidos, como praças, parques e ruas, ou que naturalmente integram seu território, e a eles se limitam, como lagos, rios, dentre outros.

2.2.1.4 Bens do Distrito Federal

Ao Distrito Federal, que não se confunde com Estados ou Municípios, e acumula competências de tais entes, o constituinte originário outorga-lhe os bens que não são da União e estão em seu território.

2.2.2 Quanto à destinação.

Esta classificação leva em consideração a relação entre o ente de direito público e o bem em si. Em sendo assim leva-se em consideração o uso que está sendo efetivamente feito pelo Estado ou a que ela se destinará, a exemplo das terras destinadas a reforma agrária.

2.2.2.1 Bens de uso comum do povo.

Seu uso é marcado pela generalidade, não podendo ser restrito alcançando a todos os populares indistintamente. Para Gasparini (2009)⁴, são as coisas móveis ou imóveis

⁴ GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p 883.

pertencentes ao Poder Público, usáveis, sem formalidade, por qualquer do povo. No mesmo sentido, Mello (2011)⁵ diz que são os destinados ao uso indistinto de todos.

Regramento geral, e sendo de titularidade do Estado, este os deve construir, manter, conservar e/ou regular, justamente pela impossibilidade de que seja titularizado por um particular, vez que se destinam à utilização de qualquer indivíduo do povo. O inciso I, do art. 99 do Código Civil exemplifica como sendo bens de uso comum do povo os mares, os rios, as estradas, as ruas e as praças. Nesse aspecto, não há restrição de uso ou acesso a este tipo de bens, observado logicamente o uso que respeite a ordem pública, os bons costumes e a preservação do meio ambiente. As limitações que se impõem, então, são abstratas, de caráter principiológico, representadas pela exigência de não conduta, como um município que tem uma praia dentro de seu território não pode estabelecer o horário de permanência dos banhistas ou de número de frequentadores (*v.g.*).

2.2.2.2 Bens de Uso Especial.

Neste grupo de bens, e de não somenos importância ao presente trabalho, estão os bens que são utilizados pelo Estado na execução de sua função típica, ou seja, na prestação de serviço à população, ou na execução de outras tarefas de interesse público. Eles constituem instrumentos-meio que o Estado emprega para atingir o seu fim⁶. Há, finalmente, uma destinação específica, podendo haver controle e restrição para o acesso e uso destes bens. No monumental magistério de Meirelles (2009)⁷ são os que se destinam especialmente à execução dos serviços públicos e, por isso mesmo, são considerados instrumentos desses serviços; não integram propriamente a Administração, mas constituem o aparelhamento administrativo.

2.2.2.3 Bens dominicais ou dominiais.

Nesta definição se enquadram os bens públicos que nem têm as características de uso pelo povo em geral e nem estão sendo utilizados pelo Estado para algo específico,

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011

⁶ Aqui, temos como fins colimados os presentes na quadripartição das funções estatais de polícia, fomento, intervenção e, precipuamente, serviços públicos.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

podendo ser usados para qualquer fim, sendo permitido, inclusive que o Estado os negocie, desde que observadas as exigências legais.

Na preciosa lição de Santos (2012, p.213)⁸,

os chamados bens dominicais, assim ditos dominiais, constituem em si o patrimônio disponível da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, podendo, por isso, serem utilizados pelo ente que lhe possua o domínio em qualquer finalidade, inclusive para alienação.

No mesmo sentido, Gasparini (2009, p.301)⁹ afirma que são os destituídos de qualquer destinação, prontos para ser utilizados ou alienados ou, ainda, ter seu uso trespassado a quem por eles se interesse.

2.2.3 Bens Públicos quanto à disponibilidade.

Como bem anota Carvalho Filho (2007)¹⁰, os bens públicos podem ser: a) indisponíveis; b) patrimoniais indisponíveis; e c) patrimoniais disponíveis.

Indisponíveis são os bens que não podem ser alienados, onerados ou desvirtuados de suas finalidades, pois tem o Poder Público o dever de conservá-los em benefício da coletividade. São indisponíveis os bens de uso comum do povo.

Os bens patrimoniais indisponíveis, apesar de apresentarem caráter patrimonial — são suscetíveis de avaliação econômica e análise de correlação de valor —, mantêm-se indisponíveis enquanto servirem aos fins estatais.

São patrimoniais indisponíveis os bens de uso especial enquanto conservarem tal característica. Os bens patrimoniais disponíveis, por sua vez, podem ser alienados nos termos e condições que a lei estabelecer. São os bens dominicais em geral.

2.2.3.1 Regime Jurídico

Os bens públicos são: a) inalienáveis, a não ser os bens dominicais nas condições específicas estabelecidas em lei; b) impenhoráveis; c) imprescritíveis, isto é, não estão

⁸ SANTOS, Mauro Sérgio dos. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

⁹ GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

sujeitos a usucapião; d) não passíveis de sofrer oneração, ou seja, de serem gravados com direitos reais de garantia.

2.2.3.2 Afetação e Desafetação

A afetação e desafetação referem-se aos fins a que está sendo utilizado o bem público. Diz-se afetado a uma determinada finalidade pública o bem público utilizado para tal fim, como uma praça (bem de uso comum do povo) e uma escola (bem de uso especial). Quando o bem público nunca cumpriu ou deixa de ser usado para qualquer fim público, ocorre a desafetação.

Afetação, portanto, é o fato administrativo que atribui a determinado bem público uma finalidade também pública e específica, enquanto desafetação é o fato administrativo pelo qual o bem público deixa de cumprir a finalidade pública anteriormente exercida (SANTOS, 2012)¹¹.

2.3 TERRAS PÚBLICAS COMO ESPÉCIE DO GÊNERO BEM PÚBLICO

Como o objeto do presente estudo gira em torno da proteção estatal dada a sua propriedade e titularidade das chamadas terras públicas, e mesmo não sendo a central ideia do presente escrito a análise detida destes tipos de bens públicos, cabe-nos tecer comentários a respeito destes dotes patrimoniais estatais, em especial com relação às suas variações e dimensões que alcançam.

Historicamente há três grandes fases a ressaltar: o tempo das sesmarias, que se inicia já no primeiro século da colonização e se estende até a Independência, o período imperial e a era republicana. Resumida e classicamente, o histórico das terras públicas no Brasil segue basicamente o roteiro que ora passa-se a explicar.

2.3.1 – A sistemática portuguesa das sesmarias.

O chamado instituto das sesmarias foi criado em Portugal por uma lei régia de D. Fernando, datada de 1375. Seu objetivo era sanar a crise de abastecimento, que açoitava o reino. O monarca determinou, para tanto, o cultivo obrigatório de todas “*as herdades que som*

¹¹ SANTOS, Mauro Sérgio dos. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.712

pera dar pam”. Como consequência natural disto, se o proprietário¹² não pudesse ou não quisesse cultivar diretamente o solo, deveria dá-lo em arrendamento a alguém que assumisse essa tarefa, sob pena de confisco, devolvendo-se a terra ao soberano.¹³

Posteriormente, com a investida de Portugal e saída de uma larga parcela da população masculina, empenhada nas aventuras d’além-mar, as próprias cidades despovoaram-se, levando a Coroa a estender o sistema sesmarial também aos imóveis urbanos.

É nesse contexto que, segundo Marques (1996), as Ordenações Filipinas (Livro Quarto, Título XLIII), do final do século XVI, definiram as sesmarias como

“as dadas de terras, casais (casas de campo ou chamadas granjearia) ou pardieiros (casas velhas, ameaçando ruína, ou já arruinadas e desabitadas.), que foram ou são de alguns Senhores e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas e agora o não são”^{14, 15}.

Como se percebe, o rei, investido no domínio eminente de tais imóveis, decide impor o seu aproveitamento efetivo aos particulares, considerados meros titulares do domínio útil, ou seja, espécie de limitação estatal imposta a propriedade particular.

O instituto já fora aplicado com certo proveito na colonização das ilhas portuguesas do Atlântico, quando, com a chegada dos portugueses ao Brasil, decidiu-se transplantá-lo ao território da nova colônia. Ao instituir, em 1534, o sistema de capitânicas hereditárias, D. João III determinou que cada donatário recebesse como de sua exclusiva propriedade uma faixa de dez léguas, contada a partir da linha litorânea, e distribuísse, a título de sesmarias, o restante do território que estava sob seu comando.

O que se pode concluir, portanto, é que a transplantação ao Brasil, sem as devidas adaptações, do mesmo sistema de aproveitamento do solo, imposto na metrópole um século e meio antes, não podia lograr bons resultados. O que se viu como consequência inevitável foi a implantação desordenada do sistema latifundiário no território brasileiro: latifúndios de efetiva produção agrícola, fundada no trabalho escravo; latifúndios totalmente improdutivos, mantidos como reserva de valor para venda no futuro; e latifúndios de escasso aproveitamento, para criação extensiva de gado.

¹² Aqui o sentido de propriedade já se compunha de um elemento fundamental do instituto, que é a disposição, que no evento sofrera o que modernamente chama-se de limitação administrativa.

¹³ Muitos autores (MARQUES, CARVALHO, SANTOS) afirmam categoricamente ser esta a origem do termo terras devolutas.

¹⁴ MARQUES, Benedito Ferreira. Direito Agrário Brasileiro. Goiânia: AB Editora, 1996.

¹⁵ Grifo do Autor

De acordo com a lição de Borges (1996)¹⁶, ao analisar os resultados da empresa colonial de sesmarias, a institucionalização dos defeitos do sistema ficou clara. Segundo ele, sem dúvida,

as autoridades metropolitanas, advertidas dos maus resultados do sistema aqui implantado, procuraram, a partir de fins do século XVII, limitar a área de cada sesmaria: cinco léguas quadradas pela carta régia de 27 de dezembro de 1695, em seguida reduzidas a três pela carta régia de 7 de dezembro de 1697; o que ainda representava uma grande superfície, equivalente a 12.000 hectares. Em 3 de março de 1702, outra carta régia veio condicionar a legitimidade de cada data de terra à efetiva demarcação de sua área. (Grifo nosso).

Ora, os resultados de tamanha irracionalidade da Coroa são sentidos até dias atuais. Não raro, os titulares do direito de exploração da terra avançavam muito além das lindas oficiais. Como muitos autores da História Nacional afirmam, não eram raras as sesmarias de mais de 50 léguas, ou seja, 218.000 hectares. Não houve deste lado do Atlântico, como se viu, fiscais em número suficiente para controlar a aplicação das normas editadas pela Coroa como foi para a Metrópole. Por último, fruto desse marasmo institucional, em todo o período colonial, jamais existiu um registro de direitos sobre o solo agrário, dotado de fé pública (BORGES, 1996)¹⁷

Daí a generalizada prática de ocupação sem título de terras, com o surgimento de numerosos e, por vezes, graves conflitos armados entre ricos titulares, que jamais haviam posto os pés em suas sesmarias, e rudes posseiros, que as cultivavam há anos. Como se vê, o choque de interesses, envolvendo donos improdutivos do solo e lavradores sem-terra, não é recente entre nós: começou há séculos. É o que mostra a breve digressão ao período imperial.

2.3.2 A regência imperial e a revogação do ‘sesmarianato’.

Uma Resolução do Príncipe Regente, baixada em julho, em pleno ano da independência política do Brasil, suspendeu, na verdade não revogou por inteiro, em todo o território nacional a concessão de sesmarias. Mas a sua substituição oficial por outro sistema agrário ainda demorou mais de dois decênios, devido à resistência dos potentados rurais. Temia-se um enfraquecimento do poder político e econômico dos grandes proprietários rurais, pois ele fundava-se inteiramente no trabalho escravo, o qual, por sua vez, dependia por completo do tráfico negreiro.

¹⁶ BORGES, Paulo Torminn. Institutos Básicos de Direito Agrário. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

¹⁷ Ibidem

Nas anotações de Carvalho (1980)¹⁸, já a partir do início do século, a Inglaterra começou a pressionar as autoridades portuguesas, e depois de 1822 as brasileiras, para suprimirem o infame comércio. Uma primeira lei nesse sentido, datada de 1831, foi promulgada literalmente “para inglês ver”, não tendo tido a menor aplicação. Os traficantes souberam montar uma forte rede de corrupção, nos principais de portos de desembarque da carga humana. Só restou, então, aos britânicos o recurso à beligerância: o Bill Aberdeen, votado no Parlamento em 1845, autorizou a frota inglesa a apresiar os navios tumbeiros onde quer que se encontrassem, até mesmo quando fundeados em portos brasileiros, conduzindo a tripulação à Inglaterra, onde ela era julgada pela Corte do Almirantado.

Tudo isso explica o fato de a Lei de Terras ter sido promulgada em 18 de setembro de 1850, quatorze dias apenas após a promulgação da Lei Eusébio de Queiroz, que aboliu - desta vez efetivamente - o tráfico de escravos africanos (CARVALHO, 1980).

Mas a verdade é que a Lei n° 601, de 1850, conhecida como Lei de Terras, ao contrário da Lei Eusébio de Queiroz, representou uma vitória dos grandes proprietários rurais. Ela dispôs, entre outras que ficariam doravante “proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra”, excetuando dessa regra “as terras situadas nos limites do Império com países estrangeiros em uma zona de dez léguas, as quais poderão ser concedidas gratuitamente” (art. 1°).

Importante e uma das raras definições legais, esta lei definiu como terras devolutas

Art. 3°

“as que se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial, municipal; as que se não acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura; as que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta Lei; as que não se acharem ocupadas por posses, que apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei”.

Assim, ainda no magistério de Carvalho (1980)¹⁹,

(...) enquanto no Brasil a Lei de Terras consolidou a propriedade agrícola em mãos dos ricos, à mesma época, nos Estados Unidos, logrou-se fazer com que as terras públicas do vasto oeste fossem distribuídas, em curto espaço de tempo, a pequenos lavradores. Venceu-se, por essa forma, a pressão dos sulistas, que propunham a venda em leilão ao maior ofertante, ou seja, o sistema finalmente adotado entre nós.

¹⁸ CARVALHO, José Murilo de. A Construção da Ordem. 2ª ed. 1ª reimpressão. Editora UFRJ/Relume Dumará. Rio de Janeiro: 1980, págs. 303 e ss

¹⁹ Ibidem

2.3.3 – O Princípio da República de 1889: o privado sobre o público

Para muitos historiadores, também a república entre nós, para usarmos a singela expressão de Sérgio Buarque de Holanda, “foi um lamentável mal-entendido”²⁰. Não apenas pelo fato, hoje incontestado, de o Marechal Deodoro, no ato rebelde de 15 de novembro, ter querido simplesmente a demissão do primeiro-ministro, o Visconde de Ouro Preto, e não a extinção da monarquia. Mal-entendido bem mais profundo estava no fato de que o novo regime político inaugurava, em nossa História, uma das fases de maior predominância dos interesses privados sobre o bem comum do povo; ou seja, o avesso do princípio de supremacia da *res publica*, no lídimo sentido romano da expressão.

Os grandes cafeicultores do sudeste percebiam, claramente, que o modelo de Estado unitário monárquico dos primórdios já não garantia, no final do século, continuação do sistema escravocrata. As bancadas das províncias cafeeiras, onde passou a se concentrar a quase totalidade dos cativos a partir de 1870, permaneciam francamente minoritárias na Assembleia Geral, devendo-se levar em conta que a chamada “questão do estado servil” não era de natureza constitucional, mas puramente legislativa.²¹

Impunha-se, dessa forma, pois, como condição de sobrevivência dos grandes domínios rurais da região sudeste, dar autonomia a cada província para decidir sobre a admissibilidade ou não de escravos. É por isso que em 1885, ao discursar naquela Assembleia Geral, o deputado republicano por São Paulo, Prudente de Moraes, futuro Presidente da República, preferiu, em lugar de defender a mudança de regime político, propor a federalização do Estado monárquico, segundo o modelo do Império Alemão criado em 1871.

Em obediência a essa ideia de privatização do espaço público sob o manto da descentralização política, podemos citar que a Constituição de 1891 determinou, em seu art. 64, que passariam a pertencer aos Estados “as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção de território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais”.

²⁰ WAIZBORT, Leopoldo. In: Sérgio Buarque de Holanda: O Mal Entendido da Democracia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol 26. nº 76.

²¹ Obviamente, a Constituição de 1824 não fazia referência alguma à escravidão. E o seu art. 178 dispunha: “É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pode ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias”

Ainda, conforme traz à baila José Carlos de Moraes Salles²², o Texto Básico Republicano de 24.02.1891 ainda asseverou dispositivos relativos à propriedade privada, cuja transcrição faz-se imperiosa, como em seu artigo 17, ao estabelecer que “o direito de propriedade mantém-se em toda sua plenitude, salvo a desapropriação por utilidade pública, mediante indenização prévia.”

A mesma Constituição dispôs que continuariam em vigor, “enquanto não revogadas, as leis do antigo regime, no que explícita ou implicitamente não for contrário ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados” (art. 83). Com base nesse dispositivo, entendeu-se que a Lei de Terras de 1850 continuaria a vigorar, até que cada Estado decidisse, em lei própria, alterar o sistema agrário por ela regulado. Ora, todos os Estados, em suas respectivas leis de terras, declararam que o prazo de regularização das terras devolutas possuídas por particulares devia considerar-se estendido até 1889; e vários deles decidiram prorrogá-lo até muito mais tarde.

Por outro lado, a República Velha viu florescer com todo o vigor a prática do chamado coronelismo, a qual representava, por assim dizer, uma descentralização da “política dos governadores”, do plano federal para o estadual. Doravante, os governadores de Estado firmavam um pacto tácito com os grandes potentados rurais, para deles obter apoio eleitoral aos candidatos do partido no poder, em troca da nomeação de juízes de direito e delegados de polícia, que gozassem da confiança dos coronéis. Cada um destes tinha, a seu serviço, uma tropa de pistoleiros, que atuava como autêntico exército particular: os famosos jagunços.

Em razão dessa prática política, generalizou-se rapidamente, em todo o território nacional, a apropriação indevida de terras públicas por particulares, de onde decorreu a necessidade de sua criminalização. Esta situação de recorrente irregularidade, propiciou ao governo, ao lado de política de desenvolvimento agrário editar meios que permitissem a intervenção estatal na propriedade privada, de modo a assegurar que as terras em mãos de terceiros saíssem de seu estado letárgico de privado, para dar sentido à consecução dos objetivos estatais. A política de desapropriação como forma de republicização das terras privadas, obedecida a garantia fundamental da propriedade, passou a ser ferramenta fundamental na busca pela refuncionalização da propriedade, conforme vê-se adiante.

²² **A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência.** 6ª Ed. ^a Ed. Rev e Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

3. A REPUBLICIZAÇÃO DE TERRAS PRIVADAS.

Ainda no intento de chegar ao objeto cerne do presente estudo, o tipo penal de invasão de terras públicas, adentra-se agora a uma temática controversa que é a intervenção estatal nos domínios privados, em especial no que diz respeito a reestatização de terras privadas com fito da consecução de objetivos estatais. A análise desses institutos, tais quais a desapropriação, aperfeiçoados ao longo do tempo, ganham ênfase aqui, pois há casos variados em que o particular não dispõe da titularidade da terra pública, sendo seu mero detentor e acaba por ser esbulhado em seu direito de posse por terceiro que não o Estado, desconhecendo o autor da violência a titularidade da terra e sua finalidade, que são elementos fundamentais ao estudo do tipo penal da lei sobre a qual nos debruçaremos. Sendo mister, pois, que se busque aclarar aspectos desses processos de intervenção do domínio estatal na propriedade privada.

3.1 AS PROPRIEDADES URBANA E RURAL NA CRFB DE 1988.

Com o advento do Texto de 1988, um leque de direitos e garantias passou a formar âmago daquilo que é considerado mínimo à existência digna, entre eles o direito de propriedade. Interessa-nos aqui o direito de propriedade sobre bens imóveis, em especial o que recai sobre terras públicas ou privadas.

3.1.1 A propriedade urbana na Constituição de 1988.

Falar em propriedade urbana é tocar especificamente em assunto atinente à competência dos municípios, posto que dada a regra constitucional da autonomia municipal, conforme disposição do *caput* art. 18 combinado com *caput* art. 1º, ambos da CRFB, compete aos municípios promover no que couber o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano²³ (expressão

²³ Constituição Federal de 1988.

Art. 30. Compete aos Municípios: (EC nº 53/2006)

(...)

VIII- promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

última esta fundamental ao estudo presente, como delineado em momento futuro mais oportuno).

Ainda, o mandamento constitucional reza que essas atribuições deverão se dá mediante ação administrativa visando uma política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, como manda o regramento constitucional previsto no art. 182 da Constituição Federal.

Salutar anotar também que a legislação infra, a Lei Federal 10.257²⁴, de 10 de julho de 2001, que institui o Estatuto da Cidade, delimitou à União, ao estatuir que:

Art. 3º

Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana:

I – legislar sobre normas gerais de direito urbanístico;

II – legislar sobre normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em relação à política urbana, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional;

III – promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

IV – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

V – elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social. (Grifo Nosso).

É de se depreender dos incisos I e IV supra que

(...) o legislador constitucional delimitou bem a competência da União neste ponto. Conclusão inarredável a que chega, pois, é a de que ao município mesmo sempre caberá precipuamente a competência para legislar sobre assuntos de interesse local, como já dito antes, bem como conclui-se que ao município cabe competência constitucional para definir a zona urbana e elaborar seu plano diretor.²⁵

Portanto, a definição de zona urbana e rural pelo município recai diretamente na definição da propriedade imóvel, via de regra, como rural ou urbana, cada qual com um regramento especial.

Assim, com relação à propriedade urbana, o regramento constitucional tece garantias fundamentais. Dentre elas a forma de aquisição urbana constitucional (importante à presente discussão), conforme se depreende do art. 183 da CRFB, ao vazar que

²⁴ Lei Federal 10.257 de 10 de julho de 2001, que Institui o Estatuto da Cidade Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

²⁵ **DIAS**, Edna Cardozo; **GOUBEIA**, Fernando José Guimarães. Mobilidade Urbana e Planejamento Urbano. *Revista Juris Plenum*. Ano IX, n. 50 (mar/abr. 2013), p.7-16.

“Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.” (CRFB de 1988, art. 83, *caput*)

Nesse tocante, a doutrina majoritária é assente em admitir que há critérios objetivíssimos no art. 183 do Texto Maior a serem admitidos quando da aquisição da propriedade urbana por usucapião, também chamado usucapião *pro misero*. Como bem lembrou Beznos (2006)²⁶,

Esses critérios já foram admitidos quando da propositura do Professor Ricardo Pereira Lira, quando, preocupado com o problema social decorrente do grande número de favelados existentes [*nos grandes centros urbanos*], sugeriu a criação da usucapião especial urbana aplicável tão somente às áreas situadas em favelas. Tal sugestão assemelhava-se às disposições do Texto Constitucional, no sentido de estabelecer como requisito para a aquisição da área a existência da posse igual ou superior a cinco anos, sem oposição, e aquisição do domínio independentemente de justo título ou boa-fé.²⁷

Finalmente, a legislação infra ainda assegura disposições que garantem a aquisição da propriedade imóvel urbana por outras modalidades de usucapião, sempre considerando que se trata nada mais do que uma forma originária de aquisição de imóvel permitida por lei tendo como objetivo atingir a função social da terra (como discutido em capítulo próprio) por aqueles que, atendendo a certos requisitos, garantem a estabilidade da propriedade.

Elencam, dessa forma: I) Usucapião Ordinária, art. 1.242; II) Usucapião Extraordinária, art. 1.238; III) Usucapião Constitucional ou Especial Urbana por abandono do lar, art. 1.240-A, todos de previsão do Código Civil; e IV) Usucapião Especial Urbana *coletiva* cuja previsão do art. 10, Lei 10.257/01, Estatuto da Cidade. Por não constituir cerne da presente análise, ater-nos-emos a citar as características gerais destas formas de aquisição destas propriedades, quais sejam²⁸

a) Posse com intenção de dono (*animus domini*): É fundamental que a posse do imóvel usucapiendo não seja decorrente de atos de mera tolerância, como oriundos de contratos de locação, comodato e depósito, concretizando dessa forma a característica de dono.

²⁶ **BEZNOS**, Clovis. Aspectos Jurídicos da Indenização na Desapropriação. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p.116.

²⁷ Grifou-se.

²⁸ Disponível em <http://marcelandre.jusbrasil.com.br/artigos/116772217/entendendo-a-usucapiao-de-bens-imoveis-urbanos>

b) Posse mansa e pacífica: Importante que não haja nenhuma contestação do proprietário legítimo registrado no Cartório de Registro de Imóveis da área usucapienda. Havendo a qualquer tempo contestação da posse pelo proprietário legítimo, fica descaracterizada a usucapião.

c) Posse contínua e duradoura: Cada modalidade de usucapião estabelece um prazo mínimo de posse para aquisição do direito à propriedade por usucapião, conforme estudaremos adiante.

3.1.2 A propriedade rural na Constituição de 1988.

As primeiras disposições constitucionais a respeito da propriedade rural estão contidas no art. 5º, inciso XXVI, que encarta o seguinte: “A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”.

Com efeito, como é possível notar, o constituinte originário deu um tratamento especial para a pequena propriedade rural, desde que suas atividades tenham a participação da família, no entanto, não define o que é pequena propriedade rural, deixando importante papel para lei específica, que até a presente data não existe.

Noutro ponto, o artigo 183 do Diploma Maior, como já delineado em item anterior²⁹, o constituinte também fez menção à propriedade rural (imóvel rural) ao condicionar o direito constitucional do usucapiando urbano à inexistência de imóvel rural (nem urbano) cuja propriedade seja de sua titularidade.

As referências ainda se fazem presentes nos arts. 184, 185, 186, 187, 190, 191, cabendo então à legislação e a jurisprudência o duro papel de definir a pequena propriedade rural, para além da relação existente entre zona urbana e rural, cuja delimitação como já visto reserva-se constitucionalmente à municipalidade.

3.1.2.1 – A definição jurisprudencial de imóvel rural.

Classicamente, o imóvel chamado rural pela legislação agrária é precisamente o imóvel agrário, que encontra seu conceito legal no citado inc. I do art. 4º do Estatuto da Terra, atualizado, após a Constituição Federal de 1988, pelo coincidente inc. I do art. 4º da Lei nº

²⁹ Tema discutido no item 3.1.1 deste trabalho, ao qual remetemos o leitor.

8.629/93, que o define como o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à atividade agrária.

Ora, mais que sabidas são características preponderantes na zona urbana a edificação e os usos habitacional, cultural, industrial, comercial e administrativo dos imóveis. Por outro, lado são características preponderantes na zona rural a rusticidade e o uso agrário, ambiental e mineral dos imóveis. Há, pois, uma relação de afinidade entre o meio rural, rústico e agrário, de um lado, e o meio urbano edificado e não agrário, de outro. Contudo, a destinação efetiva e predominante dos imóveis para certas atividades em um dado local tem poder decisivo na definição da natureza desses imóveis como urbanos ou rurais, ao lado do critério localização.

Essa já consolidada dicotomia entre localização e utilização configurou-se no voto da Ministra do STJ, Eliana Calmon, ao estabelecer que:

“O critério para a aferição da natureza do imóvel, para sua classificação, se urbano ou rural, para fins de desapropriação, leva em consideração não apenas sua localização geográfica, mas também a destinação do bem. Precedentes do STJ” (REsp 1170055/TO, Segunda Turma, DJ de 24/6/2010)³⁰

Não se pode olvidar, por conseguinte, que o art. 4º, I, do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64), deixa em segundo o plano o critério localização para definir imóvel rural, colocando em evidência a forma de exploração extrativista agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através da iniciativa privada. Eis o *mandamus*:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, definem-se:
I - "Imóvel Rural", o prédio rústico, de área contínua **qualquer que seja a sua localização** que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada; (grifamos)

A contenda restou pacificada pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, como se conclui do voto da Ministra Denise Arruda. É o excerto:³¹

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO RESCISÓRIA - DESAPROPRIAÇÃO PARA FIM DE REFORMA AGRÁRIA - DEFINIÇÃO DA NATUREZA DA ÁREA DO IMÓVEL - FINALIDADE ECONÔMICA.

³⁰ Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14754334/recurso-especial-resp-1170055-to-2009-0240111-2>

³¹ Cf. <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21080460/embargos-infringentes-em-acao-rescisoria-ear-3971-go-2010-0138758-4-stj/relatorio-e-voto-21080462>

1. É a municipalidade que, com base no art. 30 da Constituição Federal/88, estabelece a sua zona rural e a sua zona urbana, observado por exclusão o conceito apresentado pelo Estatuto da Terra (Lei 4.504/64) para imóvel rural para definir os imóveis urbanos.
 2. Apesar de o critério de definição da natureza do imóvel não ser a localização, mas a sua destinação econômica, os Municípios podem, observando a vocação econômica da área, criar zonas urbanas e rurais. Assim, mesmo que determinado imóvel esteja em zona municipal urbana, pode ser, dependendo da sua exploração, classificado como rural.
 3. O acórdão rescindindo reformou o julgado do Tribunal de Justiça de Goiás para considerar o imóvel desapropriado como sendo urbano e rural quando o correto, segundo o art. 4º da Lei n. 4.504/64 (Estatuto da Terra), seria somente rural em virtude de sua finalidade econômica.
 4. A destinação dada à terra era de exploração extrativa agrícola, que não pode ser afastada em razão de mero loteamento formalizado na Prefeitura local, mas não implementado na prática.
- Ação rescisória procedente. (AR 3971/GO, Primeira Seção, DJ de 7/5/2010)

Soterrada a questão, insta salientar que ela é de fundamental importância a definição do objeto protegido pelas leis administrativistas ou pela lei penalista mesmo, ao tipificar os crimes esbulho possessório, de previsão do art. 161, II, da Lei Repressora e, mais precipuamente, o objeto razão desta discussão, qual seja, o crime de invasão de terras públicas, de previsão em lei especial, a lei 4.947/66, artigo 20, sejam rurais ou urbanas, em especial quando do suposto não atendimento da nova funcionalização social da propriedade instituída pelo constituinte de 1988.

3.2 A (RE) FUNCIONALIZAÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A CF/88

O conceito de direito de propriedade é dinâmico, variando no tempo e no espaço, com maior ou menor extensão, conforme concepções filosóficas, econômicas, político-sociológicas, que no plano da elaboração normativa o informam (BEZNOS: 2006,105)³²

A garantia constitucional prevista no inciso XXII, art. 5º do direito à propriedade encontra diretrizes à consecução desse mesmo direito nos incisos XXIII e XXIV. No primeiro fica estabelecido que a propriedade atenderá sua função social, enquanto o inciso XXIV comete à lei a disciplina do procedimento para desapropriação por necessidade e utilidade pública ou por interesse social, definindo desde logo, a justa e prévia indenização em dinheiro.

³² **BEZNOS**, Clovis. Aspectos Jurídicos da Indenização na Desapropriação. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p.116.

Do mesmo modo, o constituinte ao disciplinar no Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira) os princípios gerais da atividade econômica, arrola entre eles a propriedade privada, art. 70, III, para logo em seguida, o princípio da função social da propriedade. Daí, é de bom alvitre cuidar simultaneamente, ainda que em breves linhas, do liame umbilical existente entre função social e direito de propriedade.

Com base na obra do ilustre professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás BENEDITO FERREIRA MARQUES, as origens do princípio da função social estão em lições de Aristóteles, o primeiro a entender que aos bens se deveria dar uma destinação social.

Mas foi, segundo Marques (2006)³³, “com Duguit, escorado no pensamento positivista de A. Comte, que o direito de propriedade se despiu do caráter subjetivista que o impregnava, para ceder espaço à ideia de que a propriedade era, em si, uma função social.” Assim, afirma MARQUES, o grande impulso às ideias de subordinação da propriedade a uma finalidade social teve início com a célebre palestra proferida por Duguit em Buenos Aires no ano de 1911.

Também Beznos (2006:107) faz referência ao celebre mestre francês quando de suas dileções na Argentina:

Mas a propriedade não é um direito; é uma função social. O proprietário, vale dizer, o possuidor de uma riqueza, tem pelo fato de possuir essa riqueza uma função social a cumprir; enquanto cumpre tal missão, sua atuação como proprietário se encontra protegida. Se não a cumpre ou a cumpre mal, se por exemplo não cultiva sua terra ou deixa sua casa arruinar-se, a intervenção do governante se legitima para obrigá-lo a cumprir sua função social de proprietário, que consiste em assegurar o emprego das riquezas que possui conforme a destinação das mesmas (p.107).³⁴

De mais pura e cristalina, a definição de *Duguit* de função social da propriedade, ou da propriedade como função, não como direito, é uma das mais aclaradoras: não há riqueza que não possua sua função.

É também o trilhar de outros ilustres administrativistas do direito autóctone.

Esclarece a insigne administrativista Maria Silvia Zanella Di Pietro (2011) que enquanto o princípio da função social da propriedade privada impõe um dever ao proprietário,

³³ MARQUES, Benedito Ferreira. Direito Agrário Brasileiro. Goiânia: AB Editora, 1996.

³⁴ DUGUIT, Léon. Apud BEZNOS, Clovis, p.107-108.

é certo que isso exige uma atuação do poder público para garantir o cumprimento do princípio.³⁵

De mesmo quilate, a contribuição de Saule Junior: “quando se fala em função social da propriedade urbana, esse princípio é norteador, sendo condição de garantia tanto para o exercício tanto da propriedade privada como pública” (2004:399)³⁶. Esta última afirmação sobre a propriedade pública será objeto de estudo em capítulo próprio quando se indagará a função social das terras públicas.

Com efeito, superada a definição de propriedade enquanto função social, resta-nos ligeira digressão quanto a eventual dilaceração de princípios constitucionais supostamente conflitantes.

No colossal trabalho do renomado administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello³⁷ intitulado *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, o professor definiu princípio com maestria, *verbis*:

Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Quanto à possibilidade de conflito de princípios constitucionais, em especial entre garantias sociais e individuais (de um lado a função social da propriedade e do outro o direito à propriedade) é remansosa a posição doutrinária e jurisprudencial no sentido de que à luz do ordenamento jurídico, não há incompatibilidade entre o direito de propriedade e a função social da propriedade, desde que compreendido o direito subjetivo seja considerado em um momento estático, que legitima o proprietário a manter o que lhe pertence, imune a pretensões alheias, e a função social seja vista em um momento dinâmico, que impõe ao proprietário o dever de destinar o objeto de seu direito aos fins sociais determinados pelo ordenamento jurídico.³⁸

³⁵ **DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

³⁶ **SAULE JUNIOR**, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*. São Paulo: Safe, 2004.

³⁷ **MELLO**, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. atualizada, 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

³⁸ Neste sentido: **GRAU**, Eros Roberto; **SUNDFELD**, Carlos Ari Vieira. *Função Social da Propriedade*. In: *Temas de Direito Urbanístico*, p.5. **RUSSOMANO**, Rosah. *Função Social da Propriedade*. *Revista de Direito Público*, 75-265.

De mesmo perfilhar, Beznos (2006) traz a lição de Augustin Gordillo³⁹, que discorre sobre a compatibilização entre garantias individuais e as garantias sociais. Seu magistério é no sentido de que

Na realidade ambos os tipos de garantia, se é que uma tal visão se pode efetuar, se complementam e se reafirmam mutuamente, do mesmo modo que as liberdades públicas também se complementam reciprocamente. Poderíamos por acaso dizer que a liberdade de ensinar e aprender seria efetiva sem uma liberdade de pensamento? Seria plena a liberdade pessoal sem a liberdade de entrar e sair do País? Evidentemente, não: a existência de qualquer garantia de liberdade será sempre mais plena e efetiva na medida em que também existam as liberdades públicas. Do mesmo modo a existência de liberdades públicas não é totalmente real e vigente na medida em que não existam as também chamadas garantias sociais; por isso, a existência delas, longe de significar uma contradição com aquelas, implica ao contrário sua revitalização mais plena; como diria Burdeau, os direitos sociais revalorizam a liberdade.

Finalmente, emerge a noção de que, uma vez não cumprida pelo proprietário a função social estabelecida pelo constituinte, deve o direito de propriedade extinguir-se, nas condições previstas na Constituição e nas leis, passando das mãos de seu titular para ou para o Estado ou para quem lhe dê a função almejada.

3.3 A FIGURA DA DESAPROPRIAÇÃO.

O instituto da desapropriação não se trata do cerne do presente trabalho, não se podendo, no entanto, deixar sua análise em segundo plano visto se afigurar importante ao estudo da titularidade da propriedade sobre bens imóveis, em especial as terras públicas. O que recai inteiramente na análise que será feita posteriormente dos elementos objetivos dos ilícitos civis, administrativos e penais que envolvem terras como bens protegidos, mais necessariamente as públicas, em razão do âmago da presente discussão assentar-se sobre o crime tipificado no art. 20 e § único da Lei Federal 4.947 de 1990, qual seja, a invasão de terras públicas.

3.3.1 Pressupostos, competência, processo/ação e consequências jurídicas.

³⁹ C.f. GORDILLO, Augustín. Apud BEZNOS, Clovis. p. 109

3.3.1.1 Definições e Pressupostos.

A matéria sobre desapropriação é pertinente tanto ao direito civil quanto ao direito administrativo. Obedece a princípios constitucionais e possui importante disciplina processual. Segundo Venosa (2001:203)⁴⁰,

“Sempre se admitiu que o Estado possa intervir no domínio privado. A desapropriação diz respeito também à função social da propriedade quando então ganha a conotação de desapropriação sanção. Esta deve passar ao domínio do Estado em razão de interesse social que supera o interesse individual. Justifica-se a desapropriação como ato de soberania, assim como o é o poder de polícia ou o poder de tributar.

Nas consagradas ilações de Hely Lopes Meireles (2009:500)⁴¹,

a desapropriação é a mais drástica das formas de manifestação do poder de império, ou seja, da Soberania interna do Estado no exercício de seu domínio iminente, sobre todos os bens existentes no território nacional. No entanto, deve ser legitimamente exercitado dentro das garantias constitucionais.

Para ALEXANDRINO e VICENTE PAULO, ela, seguindo em via contrária à seguida por outras formas de intervenção na propriedade (v.g., servidão administrativa, requisição, ocupação temporária, tombamento, etc.), em que o poder público apenas condicionava o uso da propriedade, constitui-se em um instrumento de atuação estatal cujo objetivo é a transferência do bem desapropriado para o acervo do desapropriante, no caso o estado. (2014:387)⁴².

José Afonso da Silva (1997)⁴³, ao discorrer sobre a temática, lavrou sobre desapropriação, sendo para este a

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

⁴⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil : direitos reais. São Paulo: Atlas, 2001

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

⁴² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

⁴³ SILVA, José Afonso da (1997). **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros

Já a primeira Constituição Brasileira, a Imperial, de 1824, em seu artigo 179, inciso XII, garantia o direito de propriedade em toda a sua plenitude, ressalvando, porém, que se houvesse necessidade do poder público empregar a propriedade privada, isso só se daria após a prévia indenização.

A atual Constituição Republicana nomina cinco tipos de desapropriações:

- a) desapropriação por necessidade pública ou utilidade pública (art.5º, XXIV);
- b) desapropriação por interesse social (art.5º, XXIV);
- c) desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária(art.184);
- d) desapropriação por interesse social urbana (art.182, §. 4, III);
- e) desapropriação/ expropriação das glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, disciplinadas pela Lei nº 8.257, de 26.11.91.

Deve-se extirpar desse rol a última, por não se tratar propriamente de desapropriação, sob um ponto de vista do direito administrativo, mas sim de confisco punitivo, uma vez que não há qualquer indenização pelo perdimento do bem. Ademais, por ser de interesse da proposta daquilo que aqui se discorre, passamos mais que sucintamente à apresentação de cada tipo supra elencado.

3.3.1.2 – Desapropriação por necessidade ou utilidade pública.

A desapropriação por necessidade/utilidade pública, regulada atualmente pelo Decreto Lei 3.365/41, foi instituída pela Lei Imperial 422, de 09/09/1826, tendo como objetos as hipóteses previstas de necessidade: a defesa do Estado, a segurança pública, o socorro público em tempo de fome ou outra extraordinária calamidade e a salubridade pública; e o decreto 353, de 12/07/1845, inclui entre os casos de utilidade pública a construção de edifícios e estabelecimentos públicos de qualquer natureza, a fundação de povoações, hospitais e casas de caridade ou de instrução, a abertura, alargamento ou prolongamento de estradas, ruas, praças e canais, a construção de pontes, fortes, aquedutos, portos, diques, cais, pastagens e de quaisquer estabelecimentos destinados a comodidade ou servidão pública e às construções ou obras destinadas a decoração ou salubridade pública.

Na anotação de Venosa, a relação legal não é taxativa, possibilitando a legislador estabelecer outras hipóteses de utilidade pública. As situações de necessidade e utilidade

[previstas no Código Civil] foram, portanto, absorvidas e englobadas nos fatos típicos elencados no artigo 5º do Dec. 3365⁴⁴ de 1941 (2001:206).

3.3.1.3 – Desapropriação por interesse social

Por seu turno, a desapropriação por interesse social nasce na égide da Constituição de 1946, sendo regulada pela Lei Federal 4.132, de 10/04/62, onde, em seu artigo 1º, fixa: “será decretada para promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social...”

A introdução de tal espécie de desapropriação ocorreu na Constituição de 1946, como já dito, através de Emenda de autoria do Senador Ferreira de Souza, que deu redação ao §16 do artigo 141 que em consonância com o artigo 147, assim fixavam: “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no artigo 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos” (SALLES, 2009)⁴⁵.

A essa desapropriação subsidiariamente adotam-se todos os ditames legais da desapropriação regulada no Decreto-Lei 3365/41, por força do artigo 5º da Lei 4.132/62, que

⁴⁴ Art. 5º- Consideram-se casos de utilidade pública:

- a) a segurança nacional;
- b) a defesa do Estado;
- c) o socorro público em caso de calamidade;
- d) a salubridade pública;
- e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
- f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
- g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
- h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos;
- i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais;
- j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;
- k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;
- l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico;
- m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios;
- n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;
- o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;
- p) os demais casos previstos por leis especiais.

⁴⁵ **A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 6ª Ed. ^a Ed. Rev e Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

diz: “No que esta lei for omissa aplicam-se as normas legais que regulam a desapropriação por utilidade pública, inclusive no tocante ao processo e à justa indenização devida ao proprietário”.

Por sua vez, o artigo 2º do Decreto Lei 3.365/41, dispõe: “Mediante declaração de utilidade pública todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Distrito Federal e Territórios”.

Já a subespécie de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária foi criada, também na Constituição de 1946, através da Emenda Constitucional nº 10, de 09/11/64, que introduziu o § 1º no seu artigo 147, que contemplava como competência exclusiva da União, incidindo sobre a propriedade territorial rural, com pagamento de prévia e justa indenização, em títulos especiais da dívida pública.

A Constituição de 1969 suprimiu o requisito de prévia indenização, e a Constituição atual no seu artigo 184 estabelece que

Art. 184

“Compete à UNIÃO desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão e cuja utilização será definida em lei”.

Ressaltar que leis são estas: 8.629/93 e LC 76 de 06/07/1993, sendo esta posteriormente alterada pela LC 88, de 23 de dezembro de 1996. Cabe ressaltar, ainda, que neste tipo de desapropriação, como já referido, a competência é exclusiva da União.

Aqui se faz necessário abrir outro parêntese para realizar uma análise sobre a desapropriação por interesse social da lei 4.132/62 e a de interesse social do artigo 184 da CF/88.

Com efeito, há um caso emblemático em que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul suspendeu, liminarmente, decretos de expropriação de terras produtivas para fins de reforma agrária, porque o Estado estaria usurpando competência da União.

A Suprema Corte deu breve contorno à situação, à época declinando pela competência da União para o feito, tirando da órbita do estado-membro. Por aclarador, reproduz-se a lavra. Foi o voto:

“Trata-se de ação cautelar, com pedido de liminar, proposta por Neuza Beatriz Bestetti Gonçalves e outros, com objetivo de atribuir efeito suspensivo a recurso

extraordinário que não foi admitido na origem, tendo sido interposto agravo de instrumento contra essa decisão. O recurso extraordinário foi interposto contra acórdão do tribunal de origem que manteve sentença que reconheceu a legitimidade do Estado do Rio Grande do Sul para promover a desapropriação por interesse social, para o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola, com fundamento na Lei 4.132/1962.

[...]

Precedente: AC 1.550/RO, Rel. Min. GILMAR MENDES”. 4. Verifico, nos estreitos limites do juízo cautelar, que está Corte possui o entendimento no sentido de que os Estados-membros não possuem competência para efetuar desapropriações para reforma agrária, matéria situada na competência privativa da União.

[...]

Nesse sentido aponto os seguintes precedentes: RE 482.452, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 24.5.2011; RE 496.861, rel. Min. Celso de Mello, DJe 4.8.2010; e RE 417.992, rel. Min. Celso de Mello, DJe 16.12.2009, no qual ficou consignado que: “É por tal motivo que não se mostra viável a utilização, pelo Estado-membro, do instituto da desapropriação comum ou ordinária, fundada no art. 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal, para efeito de execução de programa de reforma agrária, pois, como se sabe, o imóvel rural produtivo tanto quanto a pequena e a média propriedades rurais são objetivamente imunes à execução, neles, de qualquer projeto que se ajuste às finalidades inerentes à reforma agrária, notadamente aquelas ações referidas no Estatuto da Terra (Lei nº4.504/64, art. 1º, § 1º) e na Lei nº 4.132/62 (art. 2º, III), tais como a implantação de colônias agrícolas e o estabelecimento de assentamentos rurais, voltados, de modo especial, àqueles que ainda não tiveram acesso à terra.” Dessa forma, observo que, a princípio, o acórdão recorrido parece ter divergido dessa firme orientação emanada desta Casa, ficando assim demonstrada a plausibilidade do recurso extraordinário. No tocante ao perigo na demora, tenho-o como comprovado tendo em vista o prazo contido na decisão judicial, além de notícia juntada aos autos, na qual indica o dia 5.7.2011 como sendo a provável data para efetivação da imissão na posse. 5. Ante o exposto, defiro o pedido de medida liminar formulado para suspender os efeitos dos acórdãos prolatados nos autos do processo 030/1.04.0007192-8, ficando por conseguinte suspensa a imissão na posse do imóvel rural denominado “Fazenda Mercês e Palermo. (AC 2910 RS. Rel. Min ELLEN GRACIE. Julgamento em 01.07.2011. DJe-DIVULG 02/08/2011).⁴⁶

E, ademais, existem entendimentos doutrinários de que tal Lei teria sido revogada pela atual Magna Carta, o que nesse aspecto já é um equívoco, pois não se trata de caso de revogação, mas sim de recepção ou não, conforme entendimento do STF e da melhor doutrina, além do que a lei 4.132/62 foi integralmente recepcionada pela Constituição da República, não se confundindo com a desapropriação sanção do art.184, conforme ilações à frente.

⁴⁶ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=281663>

3.3.1.3.1 A desapropriação por interesse social do artigo 184 da CF.

Tal como ocorre com relação à propriedade urbana, o constituinte originário fixou que o imóvel rural encontra-se também veiculado a atender sua função social, sob pena de sofrer intervenção estatal na modalidade desapropriação. A este tipo de desapropriação, dita em nome do interesse social, dá-se denominação de desapropriação-sanção. Sobre essa natureza, Marés⁴⁷ discorre que

Os Tribunais brasileiros têm admitido, sem muito questionamento, que as desapropriações por descumprimento da função da propriedade é uma sanção e como tal deve ser analisada. A doutrina especializada não tem enfrentado esta discussão mais largamente, daí a importância de buscar um aprofundamento, porque a consequência deste entendimento tem trazido ainda maior dificuldade para o Estado promover a Reforma Agrária.

Ratifica-se, pois, que ela é de natureza manifestamente sancionadora, pois somente incide sobre imóveis rurais que não estejam cumprindo sua função social, a teor do art.186 que determina como deveres: ter aproveitamento racional e adequado; utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e preservar o meio ambiente, observar as disposições que regulam as relações de trabalho e efetuar exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores, e é indenizável mediante títulos da dívida agrária (BEZNOS, 2006:129).

Nota-se que é forma de desapropriação peculiar/especial no âmbito da reforma agrária tendo como objeto a propriedade rural que descumpra a finalidade da sua função social. Daí decorre que, para a finalidade específica da reforma agrária, a competência para essa (sub)espécie de desapropriação por interesse social é exclusiva da União, sendo inclusive regida por lei própria, de cunho mais específico, no caso a lei federal 8.629 de 1993.

Por seu turno, imperioso consignar, que a desapropriação por interesse social da Lei 4.132/62 não tem caráter sancionador, porque não tem como objeto imóveis que descumpram a função social, nos termos do artigo 186 da CRFB. E, em face disto, a indenização devida não ocorre através de títulos da dívida pública resgatáveis em até longos 20 anos, mas sim em prévia e justa indenização em dinheiro, nos termos do art.5º, XXIV da Constituição da República.

⁴⁷ **MARÉS**, Carlos Frederico. DESAPROPRIAÇÃO SANÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL? In: Revista de Direito Agrário. Ano 19, nº 18, 2006. 66-77.

Noutro ponto de extremo entre as duas especialidades desapropriatórias, reluz ainda que a desapropriação prevista na lei 4.132/62, *secundum legem*, tem como objetivo “o estabelecimento e manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícolas”, totalmente alheio ao contexto da Reforma Agrária, conforme disposto expressamente no inciso III, do artigo 2º da respectiva Lei.

Assim, *permissa venia*, conclui-se que não há que perquirir entrave hermenêutico que fundamente a incompatibilidade das espécies de desapropriações por interesse público, até por que, se assim o quisesse, o legislador, ao editar as leis infraconstitucionais que regulamentam o disposto no artigo 184 da Carta Máxima, deveria, expressamente, tê-lo feito, como bem anotaram Carlos Mário da Silva Velloso⁴⁸ e Mello⁴⁹. Assim também a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores.⁵⁰

3.3.2 Processo de desapropriação e consequências.

Segundo doutrina mais tradicional, basicamente, o procedimento de desapropriação envolve duas etapas.

A primeira etapa é conhecida como declaratória. Trata-se de uma fase que se desenvolve no âmbito administrativo e se consolida com a realização do ato declaratório da autoridade competente para a desapropriação.

A segunda etapa é conhecida como executória. Diferentemente da primeira etapa que sempre irá se realizar no âmbito administrativo, a etapa executória eventualmente, pode se desenvolver na esfera judicial. Na realidade, a decisão será do expropriado, que concordando com os termos da desapropriação e por consequência, com o valor da indenização, entra em conciliação com o poder público, no próprio âmbito administrativo, não havendo necessidade do deslocamento para a esfera judicial.

Todavia, não havendo a composição amistosa, seja pela insurreição do expropriado em face da desapropriação propriamente dita, seja em face do valor da indenização, há a necessidade do deslocamento da questão para a esfera judicial, que irá decidir a questão.

⁴⁸ VELLOSO, Carlos Mario da Silva, "Desapropriação Para Fins de Reforma Agrária - Apontamentos", in Revista de Informação Legislativa, v. 49, pags.265-282.

⁴⁹ MELLO, Celso Bandeira de. Apontamentos sobre a Desapropriação no Direito Brasileiro. In Revista de Direito Público, 23/20-2.

⁵⁰ C.f. RTJ92/746 e STJ nos RESP n.20.896/SP e 39.636/SP

Interessa ao presente trabalho, pois, análise da etapa última de quaisquer dos processos, administrativo ou judicial, sob a óptica do momento exato em que o imóvel desapropriado deixa a órbita privada para ingressar na órbita do patrimônio público e a partir daí gozar de um *mínus* público.

Segundo ensina Venosa (2001:209), a desapropriação pode decorrer de acordo administrativo no procedimento respectivo. Reduzido a termo, lavra-se escritura pública para o subsequente registro imobiliário, se se tratar de imóvel.

Dessa forma, se houver acordo entre o expropriante e o expropriado sobre o montante da indenização cabível, o procedimento encerra-se na via administrativa ou extrajudicial, sem qualquer interferência do Poder Judiciário. Posteriormente, o acordo celebrado entre as partes deverá ser formalizado através de escritura pública ou de qualquer outro meio que a lei estabeleça.

Ensina Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.341)⁵¹ que o processo de desapropriação pode efetivar-se amigavelmente, mediante acordo entre expropriante e expropriado sobre o montante da indenização, consubstanciado em escritura pública se o imóvel tiver valor superior ao legal.

Quanto ao processo judicial de desapropriação, há verdadeiro imbróglio com relação ao momento consumativo da desapropriação e, portanto, o momento da tradição da propriedade.

É extenso e até cansativo o debate jurisprudencial e doutrinário sobre o momento consumativo da desapropriação e da conseqüente aquisição da propriedade pelo Estado, de modo que a questão não se mostra pacífica.

De acordo com trabalhos realizados por diversos autores, como Maria Isabel Pereira da Costa, formaram-se os seguintes posicionamentos acerca da referida indagação sobre o momento consumativo da desapropriação: a) o decreto declaratório; b) a expedição do mandado de imissão definitiva na posse; c) o trânsito em julgado da sentença fixadora da indenização; d) a inscrição do acordo ou da sentença no Registro Imobiliário; e e) o pagamento da indenização.

O decreto declaratório, primeiro posicionamento acima elencado, constitui, conforme já apresentado acima, apenas uma das fases do procedimento de desapropriação, em que o Poder Público declara o interesse sobre determinado bem. Este decreto deve ser

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito das coisas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

efetuado antes da fase executória, fase esta em que são realizados todos os atos atinentes à transferência efetiva da propriedade.

Assim sendo, o decreto declaratório não constitui o momento consumativo da desapropriação, mas apenas o ato-condição que precede à transferência do bem. É assim que entende Souza (2011:7)⁵², ao afirmar que o decreto declaratório “[...] é apenas ato-condição que precede à transferência do bem, não tendo qualquer efeito sobre o direito de propriedade, tanto que, se o processo expropriatório parasse nessa fase, deixando caducar o decreto expropriatório, não haveria desapropriação”.

Também nesse sentido, era o entendimento de J. Oliveira e Cruz⁵³, ao indagar:

“O simples fato de constar do decreto desapropriativo, por força do artº 6º [*do Decreto 3.365/1941*]⁵⁴, a declaração de utilidade pública, tanto basta para que se considere o imóvel, desde logo incorporado á fazenda pública?

Não, responderemos. A incorporação a que alude o art. 35 so se realiza de feito, legalmente, o pagamento ou a consignação da indenização.

Sem esse requisito não há incorporação, por que o que qualifica o imóvel desapropriado como bem patrimonial da fazenda pública não é simplesmente vontade manifestada no decreto, por vez que essa vontade pode cessar por várias razões que desinteressem, mais tarde, à utilidade pública, o que, aliás, está previsto no art. 10 citado.

É preciso que essa vontade esteja representada pelo pagamento *efetivo do preço*.

Quanto à imissão definitiva na posse, também não logra sentido, segundo melhor orientação ser admitida como o momento consumativo da desapropriação. Não podemos confundir a posse com a propriedade, institutos absolutamente distintos em nosso ordenamento jurídico. A posse é uma situação de fato em que uma pessoa, independentemente de ser ou de não ser proprietária, exerce conduta de dono sobre determinada coisa. Desse modo, a posse definitiva não constitui elemento idôneo para caracterizar a consumação da desapropriação, pois este instituto se restringe à propriedade.

Roborando tal entendimento, SALLES⁵⁵ (2009:429), traz à baila colação de Pontes de Miranda⁵⁶, segundo o qual, no processo desapropriatório

O demandado não é A, dono do bem, mas quem é, no momento, dono do bem – isto é aquele que vai perder a propriedade. Por isso, a perda acontece ainda que tenha

⁵² SOUZA, Fladjá Raiane Soares de. **Desapropriação**: o momento consumativo e o registro do imóvel expropriado. Disponível em: www.jfrn.gov.br/institucional/biblioteca/doutrina/doutrina223.doc. Acesso em: 2 nov. 2011

⁵³ J. Oliveira e Cruz. Apud: SALLES. 432-433.

⁵⁴ Grifo do autor

⁵⁵ SALLES, José Carlos de Moraes. **A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 6ª Ed. 1ª Ed. Rev e Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

⁵⁶ MIRANDA, Pontes. Op. Cit

corrido pleito contra quem não era dono [*posseiro*, v.g.]: a desapropriação apanha o bem e desliga-o de qualquer apropriação desde esse momento, o que põe em evidência o caráter absoluto da eficácia desapropriativa.

Desta feita, inevitável a conclusão de que se o pleito ocorre contra quem detém mesmo a posse, então lógico que este não é proprietário, de forma que a mera imissão na posse pela administração pública não a põe na qualidade de proprietária, afastando definitivamente a ideia de que a desapropriação consuma-se com a imissão na posse.

O terceiro entendimento supracitado foi o do trânsito em julgado da sentença fixadora da indenização como momento consumativo da desapropriação. Pois bem.

A sentença, no processo de desapropriação, soluciona a lide, tendo o condão de apenas decidir o mérito e fixar o valor da justa indenização a ser paga pelo expropriante ao expropriado. Desta sorte, também não constitui o momento consumativo da desapropriação o trânsito em julgado da referida sentença.

Nesse ponto, em interessante digressão a respeito do instituto da sentença no processo civil, Eurico Sodré⁵⁷, citado por SALLES, faz lembrar que a sentença, em seus efeitos:

- a) Julga a legalidade da desapropriação instaurada;
- b) Fixa o preço da indenização;
- c) Adjudica ao expropriante a coisa desapropriada.**⁵⁸
- d) Purga de todos os ônus e gravames o bem desapropriado.

Rebatendo o que teria proposto por Sodré, o professor Salles⁵⁹, em mesma e brilhante lauda, sopesa o fato da afirmação contida na alínea ‘c’ supra. Para ele,

“Todavia, se quase totalidade dos doutrinadores se manifesta de acordo com o ponto de vista de Eurico Sodré no que concerne aos efeitos constantes das alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘d’, o mesmo não se poderá dizer quanto ao entendimento que defende no tocante ao contido na alínea ‘c’, no sentido de que a sentença adjudica ao expropriante a coisa desapropriada”(2006).

Sobraram, então, o Registro Imobiliário e o pagamento da indenização, as correntes que mais se destacam na doutrina. Afinal, o momento consumativo da desapropriação se dá a partir do registro da sentença (ou do acordo amigável de

⁵⁷ SODRE, Eurico. Ob. Cit. p. 426

⁵⁸ Grifou-se

⁵⁹ p. 426

desapropriação – quando a da resolução administrativa) ou com o pagamento da justa indenização?

Para a solução da contenda, convém consignar que, conforme já visto na definição do instituto da desapropriação, tanto administrativa como judicial, nela não ocorre negócio jurídico entre particulares, de maneira que não existe relação negocial entre o expropriado e o expropriante. Não é relação negocial porque constitui ato unilateral do Poder Público, mais especificamente uma espécie de intervenção do Estado na propriedade, em que o mesmo retira do particular determinado bem, cuja indenização pode ser fixada amigavelmente (por acordo) ou judicialmente (por sentença).

Assim, não há o que se falar em negócio jurídico que deve ser formalizado em Registro Imobiliário para que seja válido. Na verdade, na desapropriação não ocorre transmissão voluntária do bem imóvel pelo proprietário, mas a retirada forçada desse bem do seu patrimônio, pelo Poder Público, mediante prévia e justa indenização.

À conclusão que nos interessa atrelamos as asserções de Salles, para quem a desapropriação se concretiza independente de registro de título aquisitivo, embora esse registro seja de inegável utilidade para que haja continuidade do mesmo e se dê a maior publicidade à aquisição originária gerada pela expropriação (2006:437), opinião esta comungada por maioria esmagadora da doutrina.

E conclui que “(...) o momento consumativo da desapropriação é aquele em que se verifica o pagamento ou o depósito judicial da indenização fixada pela sentença ou estabelecida em acordo” (SALLES, 2006: 437).

Finalmente, traz-se a colação parte do julgado do E. TRF da 5.º Região, o qual reforça o entendimento aqui exposto. É o excerto.⁶⁰

“1. Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo DNOCS em face de decisão do Juízo a quo que entendeu ser dispensável a transcrição da sentença da ação de desapropriação em cartório de registro de imóveis diante da natureza especial de aquisição do domínio de que se reveste a desapropriação.

2. **É certo que a desapropriação é modo originário de aquisição da propriedade, não prescindindo de qualquer registro em ofício imobiliário, posto que a transferência da propriedade concretiza-se pelo próprio ato jurídico de desapropriação.** Todavia, a necessidade de transcrição da sentença no Cartório de Registro de Imóveis se deve à importância da publicidade do referido procedimento, ou seja, da alteração subjetiva do domínio do bem, em relação aos terceiros de boa-fé.

3. Destarte, reveste caráter essencial a referida transcrição, haja vista a insegurança jurídica que ensejaria a ausência de qualquer registro da situação atual da

⁶⁰ Disponível em <http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/639701/agravo-de-instrumento-agtr-76163-ce-20070500020582-2>. Acessado em 04.05.2016, 06:03.

propriedade do imóvel, o que poderia acarretar prejuízos de diversas ordens aos terceiros de boa-fé.

4. Ademais, o art. 167 da Lei 6.016/73 exige a transcrição da sentença que fixa o valor da indenização da desapropriação no competente Cartório de Registro de Imóveis” .

(76163 CE 2007.05.00.020582-2, Relator: Desembargador Federal Manoel Erhardt, Data de Julgamento: 19/05/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 17/06/2008 - Página: 381 - Nº: 114 - Ano: 2008)

Portanto, o registro da sentença ou do acordo amigável é imprescindível para a regularização da transferência do bem expropriado; entretanto, a desapropriação ocorre em momento distinto, quando o pagamento da justa indenização é devidamente realizado.

4 TERRAS COMO OBJETOS DE ILÍCITOS CIVIS E PENAIS.

Na conformidade do que até agora se expôs, a situação de terras no Brasil, para além de caótica, não encontra solução a curto prazo. Mesmo face à política de moradia promovida pelos últimos governos, a exemplos de programas de habitação como o extinto PROMORAR e o hoje conhecido MINHA CASA MINHA VIDA, o balanço desigual da propriedade e a secular concentração de terras não raro desaguam para um quadro de cometimento de ilícitos relativos à propriedade (invasões, turbações, esbulhos, fraudes cartoriais, etc). Destes, com o fito de dar maior base à análise do nosso objeto, o crime de invasão de terras públicas frente à funcionalização da propriedade. No presente capítulo faz-se ligeira explanação a respeito dos mais conhecidos ilícitos civis ou penais envolvendo terras, dentre os quais o esbulho possessório civil, a turbação e o crime de invasão de terras públicas, este último analisado em seu âmago em razão da natureza específica que se coloca no seu sujeito passivo e do objeto-bem protegido.

4.1 POSSE E PROPRIEDADE

Com efeito, uma discussão que inevitavelmente é pilar da discussão sobre os ilícitos aqui estudados é diferenciação entre posse e propriedade, visto que é muito comum a privação de uma invariavelmente lesionar mesmo que parcialmente o exercício do direito da outra. Desta feita remonta-se brevemente às principais características, regras gerais, de cada instituto.

4.1.1 Posse no direito civil.

Via de regra a posse é encarada no seu sentido objetivo e subjetivo.

Resumidamente podemos atribuir a Savigny o caráter subjetivo da posse. Para Savigny⁶¹, autor da teoria subjetivista da posse, esta nasce como uma situação de fato que, ao ser protegida pelo Direito, acaba por se transformar em um direito. Segundo esta teoria é necessário, para a caracterização da posse, o elemento objetivo (*corpus*), isto é, a apreensão física direta da coisa, dentro da esfera de seu poder; e também o elemento subjetivo (*animus*

⁶¹ Op. Cit. GOMES, Orlando. Direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 19ª edição, revistada, atualizada.

domini), ou seja, vontade de ter a coisa como sua. Esses elementos conforme colação mais à frente serão fundamentais na definição de alguns ilícitos.

A teoria subjetiva distingue, assim, a mera detenção da efetiva posse, por considerar a primeira como mera existência do elemento objetivo. O fundamento da proteção possessória, ou proteção da posse, encontra-se no princípio geral de que todos devem ter a proteção do Estado contra qualquer ato de violência. Assim, Savigny entende ser a posse um poder de dispor⁶² fisicamente da coisa, com o ânimo de considerá-la sua e defendê-la contra a intervenção alheia. A ausência de um dos elementos citados – *corpus* ou *animus domini*, acarreta a inexistência de posse, respectivamente, pela ausência de relação de fato entre a pessoa e a coisa, ou pela caracterização de mera detenção sobre a coisa.

Sintetizando, a posse é direito e fato: considerada em si mesma é um fato; considerada nos efeitos que gera, é um direito.

Nesse sentido Venosa (2011)⁶³ bem ensina que “a doutrina tradicional enuncia ser a posse relação de fato entre a pessoa e a coisa”. Diz ainda que “parece mais acertado afirmar que a posse trata de estado de aparência juridicamente relevante⁶⁴ (penal ou civilmente), ou seja, estado de fato protegido pelo direito. E conclui: “Se o direito protege a posse como tal, desaparece a razão prática que tanto incomoda os doutrinadores, em classificar a posse como simples fato ou como direito.

Por outro lado, considerando sob seu aspecto objetivo, a teoria objetivista da posse, de autoria de Ihering⁶⁵, se caracteriza por entender que o elemento objetivo da posse (*animus domini* e *corpus*), citado por Savigny, é suficiente para comprovar a existência de posse. O autor vai além ainda ao explicar que a presença deste elemento objetivo pode ser detectado, com as escusas pelo propositado pleonasma, de maneira objetiva, pois segundo ele, a posse é a exteriorização da propriedade, sua parte visível. O possuidor age em nome da coisa como se fosse o proprietário. Ao vislumbrar a posse, presume-se a propriedade.

A intenção de ter a coisa como sua (*animus*), nos termos do elemento subjetivo de Savigny, é despicienda, segundo Ihering, para a comprovação da posse, a qual passa a existir quando esta preenche sua finalidade econômica, de acordo com a ordem natural das coisas. Isto significa que, para o autor, não há a necessidade do poder de fato sobre a coisa para a ocorrência do elemento objetivo, apresentando um elemento diferenciador sobre o

⁶² Aqui o sentido de disposição não se confunde com o atributo inerente ao direito de propriedade.

⁶³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direitos reais – 11. Ed. – São Paulo: Atlas, 2011, págs. 153 e 154.

⁶⁴ Daí que determinados ilícitos configuram-se justamente pela extirpação do elemento posse, face a proteção dada a este instituto pelo direito. É o caso do crime de esbulho possessório.

⁶⁵ IHERING, Rudolf von. Teoria Simplificada da posse. 2ª edição. São Paulo: Edipro, 2002

próprio conceito de *corpus* trazido por Savigny. Como exemplo da existência da posse, para Ihering, pode-se citar a colheita deixada no campo por um produtor: embora não a tenha fisicamente, a conserva em sua posse, pois age como o proprietário ordinariamente o faz. Contrariamente, *v. g.*, se o produtor deixa uma joia no mesmo local, não mais conserva a posse sobre ela, pois não é assim que um proprietário deve agir em relação a um bem desta natureza.

4.1.2 Propriedade do ponto de vista estático.

Em capítulos anteriores vimos que foi notável o tratamento que o constituinte originário deu a propriedade enquanto garantia constitucional, a exemplo da sua funcionalidade social enquanto ente da dinâmica social, mas também como direito que também é e inspira, isto do prisma estático.⁶⁶

Assim dentro desse conceito estático, e evitando digressões desnecessárias, revisa-se basicamente a propriedade enquanto concebido na estática social.

Dentro do que foi examinado, a propriedade é o direito mais amplo da pessoa em relação à coisa. Ela representa o poder de senhoria. O código civil preferiu descrever de forma analítica os poderes dos proprietários ao estipular que “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”(C/2002, Art. 1.228). O resumo dessas faculdades do senhorio sobre o bem nos poderia levar a conclusão que se trata de um direito absoluto. Porém, conforme dileções iniciais, há na verdade uma flexibilidade desse direito.

Dessa forma, a doutrina resume basicamente esses “poderes” do proprietário sobre o bem. A faculdade de usar, por exemplo, é colocar a serviço do titular sem alterar-lhe a substância (o proprietário usa o imóvel quando nele habita ou permite que terceiro o faça, bem como usa de seu terreno se o mantém cercado, *v.g.*).

Gozar significa tirar, extrair do bem benefícios e vantagens. Vai referir-se à percepção de frutos, naturais ou civis.

Já a faculdade de dispor envolve o poder de consumir o bem, alterar-lhe sua substância, aliená-lo ou gravá-lo. Com relação a esse poder, assevera Diniz *et al*⁶⁷

⁶⁶ Neste ponto, remetemos o leitor ao item “3.2 A (RE)FUNCIONALIZAÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A CF/88”, do presente trabalho.

⁶⁷ DINIZ, Maria Helena; FIUZA, Ricardo; FIGUEIRA JR, Joel Dias *et al.* Comentários ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

Uso, gozo e disposição indicam o conteúdo positivo do direito de propriedade. A expressão ‘reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha’, contida na parte final do caput deste artigo, nada mais é do que o direito de seqüela que dá ensejo à ação reivindicatória.

Por último, na definição de R. Limongi França,

“propriedade é o direito, excludente de outrem, que, dentro dos limites do interesse público e social, submete juridicamente a coisa corpórea, em todas as suas relações (substância, acidentes e acessórios), ao poder da vontade do sujeito, mesmo quando, injustamente, esteja sob a detenção física de outrem.”⁶⁸

4.2 ILÍCITOS CÍVIS-PENAIIS SOBRE O DIREITO DE POSSE-PROPRIEDADE.

Como forma de garantir o exercício dos direitos relativos à posse e à propriedade, o legislador tipificou algumas condutas elevando-as ao título de ilícitos civis.

4.2.1 – Turbação da Posse

Consoante o art. 1.210, parágrafo 1º do Código Civil⁶⁹:

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser manado na posse em caso de **turbação**, restituído no **de esbulho**, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1º O possuidor **turbado, ou esbulhado**, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

A definição de turbar no dicionário Aurélio da Língua Portuguesa é “*tornar turvo, escurecer, tornar opaco. Pôr em desordem, revolver, agitar: o vento e a chuva turbaram a calma do lago. Transtornar, perturbar. Inquietar, desassossegar. Toldar-se. Sentir forte comoção, alterar-se.*”⁷⁰

A turbação se traduz em um incômodo no exercício da posse. Exemplo muito comum de turbação é elucidado pelas hipóteses em que vizinho de propriedade rural se utiliza, sem autorização do proprietário, de passagem da propriedade para fazer transitar maquinário agrícola e pessoal. Veja-se que, nesse caso, o uso da mencionada passagem pelo

⁶⁸ FRANÇA, R. Limongi. Instituições de direito civil, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 436

⁶⁹ Grifos nossos.

⁷⁰ Disponível em <https://dicionariodoaurelio.com.br/>

proprietário, a princípio, não estará obstado, havendo, tão somente, incômodo em razão do trânsito de pessoal estranho e equipamentos no interior de sua propriedade.

Desta feita, percebe-se que o ilícito civil da turbação da posse possui elementos específicos, tratando-se de ofensa média à posse em que o titular da propriedade tem o exercício de sua posse prejudicado, embora não totalmente suprimido. De onde se conclui que atos turbativos podem ser positivos, como a invasão de parte de imóvel, ou negativos, como impedir que o possuidor se utilize da porta ou do caminho de ingresso em seu imóvel. A medida judicial competente para sanar a turbação é a Ação de Manutenção de Posse, na qual o autor deve provar sua posse, a turbação, a data de seu início e a continuação da posse, embora turbada.

4.2.2 O Esbulho Possessório como ilícito civil.

Na linha do que já elencou a Lei Civil para o ilícito de turbação da posse, teremos ainda a ilicitude configurada como esbulho possessório.

Segundo Silvio de Salvo Venosa, (2011:248) o esbulho existe justamente quando o possuidor fica injustamente privado da posse. Para o civilista, não é necessário que o desapossamento decorra de violência. Nesse caso, o possuidor está totalmente despojado do poder de exercício de fato sobre a coisa. Existe esbulho, por exemplo, por parte do comodatário, quando, findo o contrato de empréstimo, o bem não é devolvido. ”

Colaciona Diniz *et al* (2003:624)⁷¹, que o NCC, assim como o CC de 1916, não define o que venha a ser esbulho, mas permite-nos chegar ao perfil necessário da *actio spoli* por meio de interpretação do art. 1.210.

E continua:

Na linguagem comum, *esbulhar* significa privar *alguém de alguma coisa, subtraindo-a, tolhendo-a, eliminando-a*. A pretensão jurídica articulada pelo possuidor esbulhado é, inquestionavelmente, a restituição, a reintegração na posse do bem que lhe foi espoliado. Portanto, *esbulho* representa a perda, total ou parcial, do poder fático de ingerência sócio-econômica sobre um determinado bem da vida. (p. 625)⁷²

⁷¹ DINIZ, Maria Helena; FIUZA, Ricardo; FIGUEIRA JR, Joel Dias *et al*. Comentários ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁷² Grifos dos autores.

Infere-se, por conseguinte, que do ponto de vista civil o esbulho possessório é ato ilícito civil, praticado por terceiro em detrimento da posse de outrem, que resulta no perdimento (absoluto ou relativo) do poder de fato, invertendo-se a titularidade da relação possessória, passando o esbulhador a ter injustamente (posse ilegítima) o uso e a disponibilidade econômica do bem respectivo. Em outras palavras, é ato eficiente capaz de impedir o possuidor de prosseguir na sua normal relação fático-potestativa, retirando o bem da esfera de seu poder e tornando-o disponível ao autor do esbulho ou a terceiros. Em suma, o esbulho é qualquer ato de molestamento que acarrete ao possuidor, injustamente, a perda da posse, correspondente à privação total ou parcial do poder de fato sócio-econômico de utilização e disponibilidade.

Desta feita, importante observar que, conforme melhor doutrina, quanto ao chamado elemento subjetivo (ou psicológico) do esbulho civil — o *animus spoliandi* — ou seja, a intenção de praticar a ofensa possessória, entendemos ser de absoluta irrelevância para fins de obtenção da tutela interdita na esfera cível, não podendo ser assimilado ou confundido com o dolo ou a culpa preconizados na teoria aquiliana. O *animus* não é requisito fático para configuração da perda da posse — o que se dá no mundo dos fatos — tampouco requisito legal, não passando de puro questionamento ou especulação doutrinária.

Destarte, deve-se apoderar da ideia de que o

componente subjetivo é supérfluo para a obtenção do resultado — a tutela possessória — porquanto o fundamento da proteção reside na demonstração do elemento objetivo, qual seja a efetiva perda da posse, total ou parcial. No direito aplicado, o aspecto volitivo não está compreendido no ato-fato da moléstia (esbulho ou turbação), pois não pertence à estrutura do ato lesivo. Colocada a ação à exclusiva proteção de uma situação de fato, entendida no seu aspecto concreto e atual, não pode ser limitada pela falta de voluntariedade do ato nem pela circunstância que poderia justificar o comportamento do agente. (DINIZ *et al*, 2003:624)

Finalmente, das ações vindicatórias da posse, tratando-se do ilícito civil de esbulho possessório, a medida cabível, por ser instituto que viola a posse, mas num prisma diferente da turbação, a ação competente a ser movida pelo esbulhado no seu direito será a Ação de Reintegração de Posse. Retesa Maria Helena Diniz que “Além de sua posse, o autor deve provar o esbulho, a data de seu início e a perda da posse. O objetivo do pedido é a restituição da coisa a seu possuidor ou seu valor, se ela não mais existir.” (DINIZ *et al* , 2003:624)

4.2.3 O ilícito penal de Ebulho Possessório: art. 161, II, do Código Penal.

Antes de adentrarmos à análise do tipo penal de invasão de terras públicas conforme previsto da legislação penal especial, é fundamental a análise do tipo penal de Ebulho Possessório de previsão do artigo 161, inciso II, do Código Penal Brasileiro, visto a similaridade de seus elementos, natureza de objetos tutelados e sujeitos envolvidos.

Os elementos antecedente e consequente do tipo que ora se analisa, estão assim tipificados na Lei Penal, Decreto 2.848/1940.

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.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem:

(...)

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

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

§ 3º - Se a propriedade é particular, e não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.⁷³

Conforme ensina Luiz Régis Prado (2002:436)⁷⁴, o esbulho possessório, denominado pela doutrina espanhola como usurpação⁷⁵ violenta de bens imóveis, é figura delitativa recente, porque as legislações em geral deixavam de tratar da matéria, por entender que a questão era atinente aos domínios do Direito Civil. Ensina o penalista que no Direito Penal Pátrio, o esbulho possessório é figura recentíssima, desconhecida pelos estatutos anteriores. O legislador definiu o dano com o especial fim de apropriação, mas condicionou-o à ocorrência de destruição (p.437). Mas, conforme visto em item já analisado na presente explanação, o esbulho em si tem objetivo diverso, constituindo-se na perda da posse, sendo prescindível a existência de dano ao imóvel.

⁷³ Grifou-se

⁷⁴ Curso de Direito Penal Brasileiro. V.2. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁷⁵ Em verdade, o legislador brasileiro considerou o crime de esbulho possessório uma especialidade de usurpação ao dispor sobre esta conduta ilícita no Título II, Dos Crimes Contra o Patrimônio, e no capítulo III destinado a Usurpação.

4.2.3.1 Elementos objetivos e subjetivos do tipo penal.

Segundo a melhor doutrina, a proteção do tipo penal esbulho possessório recai sobre a posse da propriedade imobiliária. Destaque-se que é de interesse público que se resguarde sob o manto da proteção estatal a inviolabilidade do patrimônio imobiliário, mais diretamente a posse direta e pacífica que pode ser exercida sobre o bem.

Segundo lição de Delmanto (1991:36)⁷⁶, no tipo penal do artigo 161, II, exclui-se aquela posse que seja adquirida ou exercida com violência ou clandestinidade. Há ainda entendimento de que não seja objeto de proteção somente a posse, mas também a integridade corporal da pessoa, além de sua saúde e liberdade, que são necessárias à repressão do fato, tratando-se de crime complexo (PRADO, 2002:437).

Com relação aos sujeitos ativos do tipo, há considerável discussão, especialmente no que concerne à quantidade de agentes. Para alguns, para configurar o “concurso de mais de duas pessoas”, torna-se necessário o número maior de três pessoas (C.f. Celso Delmanto e Damásio de Jesus⁷⁷), ou seja, quatro ou mais pessoas. Por seu turno, Hungria⁷⁸ entende ser suficiente o número de três agentes para configurar o concurso previsto no tipo.

A jurisprudência parece encontrar repouso na senda do entendimento de Delmanto e Damásio de Jesus, qual seja, a de que o concurso requer no mínimo co-autoria quadripartite, como nos excertos jurisprudenciais.

A lei exige para o esbulho, na hipótese do art. 161, § 1º, II, atos de invasão, de entrada hostil no imóvel, por quatro pessoas, já que o dispositivo reclama que o agente tenha o concurso de mais de duas pessoas. (TACRIM-SP – AC – Rel. Wilson Castejón – JUTCRIM 70/213)

(...)

O delito do art. 161, § 1º, II, do CP, excluída a violência, somente se define com a participação de ao menos quatro indivíduos. (TACRIM – Rec. – Rel. Ângelo Galluci – JUTACRIM 73/185)

(...)

A invasão do imóvel alheio, para o fim de esbulho possessório, praticada sem violência à pessoa ou ameaça, por menos de quatro pessoas, não configura o crime do art. 161, § 1º, II, do CP. (TACRIM – SP – Rec. Rel. Renato Talhe – RT 563/335).⁷⁹

⁷⁶ Código Penal Comentado. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁷⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal. 2º vol. Parte Especial. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.390

⁷⁸ HUNGRIA, Nelson. Op. Cit

⁷⁹ C.f.: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/65888.pdf>

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa por tratar-se de delito comum. É discutida a possibilidade de o proprietário praticar o esbulho, o que como já visto quando da explanação do esbulho possessório sob o manto civilista torna-se possível sob a condição de que esteja efetuando a posse legítima – a exemplo do inquilino durante a vigência do contrato. Porém, entende parte da doutrina que tal linha de pensamento não se convalida na esfera penal, visto que o tipo penal faz menção a “edifício ou terreno alheio”. Conforme anota Prado, esta tese civilista não merece guarida na teoria penalista, visto que se trata de um direito absoluto (2002:437).⁸⁰ No mais, continua o teórico:

(...) tal tese não deve ser acolhida, pois o tipo penal faz inserir *terreno ou edifício alheio*;⁸¹ além disso, por trata-se de um direito absoluto, deve o proprietário responder criminalmente pela prática de outra infração penal. De igual modo, pelas mesmas razões, o condômino em se tratando de condomínio *pro diviso*, também não pode ser autor do crime. (p.437)

Nos parece, neste ponto, que o autor quis referir-se ao tipo penal previsto no art. 345 da Lei Repressora, intitulado Exercício Arbitrário das Próprias Razões⁸².

Finalmente, se ocorre o concurso de três ou mais pessoas, evidente que se está falando de elemento do tipo, e, portanto, trata-se de concurso necessário e não de co-autoria, posto que é *conditio sine qua non* para a tipicidade da conduta.

Com relação ao sujeito passivo do ilícito penal, diz a doutrina ser o possuidor (proprietário, enfiteuta, usufrutuário, arrendatário, locatário, titular de servidão, etc.)

Nesse diapasão, entende a jurisprudência de nossas Cortes ser possível o crime de esbulho possessório ter como objeto as ditas terras públicas, podendo figurar quaisquer das pessoas jurídicas de direito público como sujeitos passivos. É como no excerto do E. Superior Tribunal de Justiça.⁸³

Ementa: CRIMINAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PARCELAMENTO IRREGULAR DE SOLO URBANO. FRAUDE CONTRA

⁸⁰ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. V.2. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁸¹ Grifo do autor.

⁸² Exercício arbitrário das próprias razões

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.

⁸³C.f.ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica &num_registro=200200698564

A UNIÃO. ESBULHO DE TERRA DA UNIÃO. COLÔNIA AGRÍCOLA VICENTE PIRES/DF. DELITO DIRIGIDO AO ORDENAMENTO URBANÍSTICO DOS MUNICÍPIOS E DO DISTRITO FEDERAL COMO CRIME-MEIO. FRAUDE CONTRA A UNIÃO E ESBULHO COMO CRIMES FINS, SE FOR O CASO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. CONFIGURAÇÃO DE OFENSA A BENS E INTERESSES DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. Compete à Justiça Federal o processo e julgamento de feito que visa à apuração de possível crime de fraude decorrente da alienação de área integrante do patrimônio da União como se fosse própria. O delito de loteamento clandestino é crime-meio para a possível alienação de coisa alheia como própria e para **eventual esbulho de bem pertencente à União**⁸⁴. A fraude contra a União e o **esbulho** podem absorver, se for o caso, a desobediência a regramento administrativo para a feitura de loteamentos irregulares, de acordo com o princípio da consunção. Configurada a ofensa a bens e serviços da União sobressai a competência da Justiça Federal para o julgamento do feito. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, o Suscitante.

(STJ - CC: 35744 DF 2002/0069856-4, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 09/10/2002, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 28.10.2002 p. 217)

A Suprema Corte da República também possui entendimento remansoso. Nessa esteira, reconheceu a usurpação no parcelamento irregular de terras da União. Em resumo⁸⁵

Ementa: HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. **PARCELAMENTO DE TERRAS PERTENCENTES À UNIÃO.**

COMPETÊNCIA. 1. A legitimidade do Ministério Público para impetrar habeas corpus tem fundamento na incumbência da defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis. 2. O habeas corpus é instrumento idôneo para eleger o foro competente para o julgamento da causa. Precedente. 3. Compete à Justiça Federal o processamento e julgamento da ação penal proposta para apurar a prática do **crime de parcelamento irregular de terras pertencentes à União**. Ordem concedida.

(STF - HC: 84056 DF, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 30/11/2004, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 04-02-2005)

Pode-se vislumbrar, ainda, o fato de que pode o poder público ser o esbulhado em relação a bem imóvel de propriedade de terceiros, quando, por exemplo, usa das formas de intervenção da propriedade para usar de sua posse, a exemplo das servidões, quando então é possuidor e não proprietário. Clássico é o julgado abaixo em HC⁸⁶:

⁸⁴ Grifo nosso

⁸⁵ <http://www.stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>

⁸⁶ Revista dos Tribunais

Os possuidores indiretos de terras podem ser sujeitos passivos de quaisquer dos delitos de usurpação descritos no art. 161 do CP, tais sejam, os de alteração de limite, usurpação de águas, ou *esbulho possessório*⁸⁷, facultando-lhes, pois, a lei a propositura de queixa-crime. (TACRIM –SP – Apel. Crim. - Rel. MACHADO DE ARAUJO)

4.2.3.2 Tipicidade objetiva e subjetiva.

A ação proibida descrita no inciso II, parágrafo 1º, é a invasão que exprime o ato de entrar, ingressar, conquistar, tomar, dominar. O verbo *invadir* adquire sentido e conteúdo na definição do crime de esbulho, ao agregar a necessidade de violência a pessoa, grave ameaça ou concurso de mais de duas pessoas. É útil porque, a invasão se pacifica, e ausente o concurso necessário, torna atípica a conduta ou pode configurar outro crime (BITENCOURT, 2013)⁸⁸

Com relação ao concurso, ver a divergência doutrinária e os posicionamentos jurisprudenciais já aqui expostos.

Do ponto de vista do elemento subjetivo, o tipo exige a conduta dolosa, acompanhada da finalidade específica “para o fim de esbulho possessório”, caracterizando dolo específico para a doutrina tradicional. Isso, segundo Prado (2002),

Faz com que no delito em tela a proteção da seara penal seja bem distinta do Direito Civil, porque nessa a caracterização do esbulho exige que o possuidor perca a posse, enquanto a lei penal contenta-se com o fim do sujeito ativo, é suficiente que sua meta seja esbulhar, operando-se a consumação independentemente de conseguir sucesso em seu intento. (p.438).⁸⁹

Como se percebe, elemento subjetivo é fundamental para a definição do tipo.

Ademais, se a intenção do sujeito era apenas turbar a posse, então descaracterizada estará a conduta típica, porque só será incriminada a invasão com o propósito de esbulho, excluindo-se a turbação, não existindo dessa forma a modalidade culposa (NUCCI, 2009:759)⁹⁰.

⁸⁷ Grifou-se

⁸⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Vol. 2. 19ª ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁸⁹ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. V.2. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 9ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

Outro ponto que contribui com nossa análise deste tipo penal, está no fato de que parte da doutrina e jurisprudência consentem no fato de que havendo contenda sobre o imóvel não se consubstanciará a tipicidade, afastando, portanto, a seara penalista. “O delito de esbulho possessório (...) não pode, pois, se cogitado quando sobre o objeto questionado [imóvel] existe litígio entre as partes”⁹¹

4.2.3.3 Pena *in abstracto* e a *persecutio criminis*.

A pena prevista para o crime de esbulho possessório é de “detenção, de um a seis meses, e multa”.

Desta forma, feitas as necessárias digressões a respeito da aplicação da penalidade, observa-se que o legislador ordinário – que na conformidade da Reforma Penal de 1984 adotou penas privativas de liberdade como gênero, e manteve a reclusão e detenção como espécie (BITENCOURT, 2013)⁹² – dosou a reprimenda de forma que entendeu, pela natureza do bem protegido (uso e gozo da posse, não da propriedade em si), em aplicar-lhe a reprimenda da detenção. Ou seja, quis o legislador pátrio dar proporcionalidade entre a reprovabilidade da conduta e a valoração do bem protegido e a reprimenda, por considerar que somente os chamados crimes mais graves é que se apenam com reclusão.

Conforme se vê ainda, a pena privativa de liberdade cumula-se com a aplicação da multa. Com relação a esta, Bitencourt adverte que na sua aplicação deve ser levado em consideração o limite de dias-multa, que vai de 10 a 360 dias-multa, devendo o valor dia-multa levar em consideração a renda média que o condenado auferir em um dia, de um lado, e a gravidade do delito e a culpabilidade do agente (2013:755)

Anotar que a teor do § 2º, se o agente utiliza de violência, concorrerá com a pena a esta cominada. Logicamente está-se falando de concurso material, uma vez que a redação do tipo previsto no inciso II, que define o esbulho possessório criminoso, já traz como a circunstância “violência” como elemento do tipo. Esse tipo de discernimento mostra-se importante, uma vez que não raro o esbulho possessório rural dá-se forma violenta, ocorrendo normalmente violação à integridade física e até mesmo à vida do esbulhado. Evitou-se, portanto, o paradoxo nefasto que ocorre na hipótese de o sujeito passivo vir a morrer e face da

⁹¹ TACRIM – SP HC – Rel. Rubens Calazans. RT 512/239

⁹² Tratado de Direito Penal.

violência recebida, e o agente ser apenado tão somente com a reprimenda prevista para a norma *supra*. (PRADO, 2002:439)⁹³.

No que tange à *persecutio criminis*, fica claro que o legislador optou por levar em consideração os elementos da conduta bem como seu destinatário mediato⁹⁴, qual seja o sujeito passivo.

Dessa forma, caso não haja emprego da violência (lembrar que configuram o tipo penal o concurso de pessoas e a grave ameaça) e a propriedade for de titularidade de um particular, a ação penal terá a natureza privada, nos termos do art. 31 do CPP. Assim, “são crimes de ação privada (...) e esbulho possessório, quando não houver violência e propriedade for privada” (CAPEZ, 2008)⁹⁵

Por outro lado a persecução será pública incondicionada, caso haja o cometimento de violência ou se o titular da posse for uma das pessoas jurídicas de direito público. Como ensina Luiz Guilherme de Sousa Nucci (2009:780)⁹⁶, o interesse público, portanto, limitar-se-á à propriedade pública ou à forma violenta de cometimento do delito.

No mais, conforme mandamento legal, o ilícito penal de esbulho possessório é de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos do artigo 61 da Lei 9.099 de 1995. Ainda, por ter pena em cominada em abstrato de um a seis meses e multa, o delito ora analisado é considerado, com o advento da lei federal 10.259, de 12 de julho de 2001, que institui os Juizados Especiais Federais, como infração penal de menor potencial ofensivo, uma vez que sua pena máxima cominada não atinge dois anos.

Finalmente, consoante mandamento da lei dos Jecrim's, em seu art. 89, admite-se a suspensão condicional do processo em razão da pena mínima abstratamente prevista (igual ou inferior a um ano).

⁹³ Curso de Direito Penal Brasileiro

⁹⁴ A melhor doutrina indica que há duas modalidades de sujeito passivo do ilícito penal: o constante ou formal, ou seja, o Estado que sendo o titular do mandamento proibitivo, é lesado pela conduta do sujeito ativo; e o eventual ou material, que é o titular do interesse protegido.

⁹⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.142

⁹⁶ Curso de Direito Penal Brasileiro.

5 CRIME DE INVASÃO DE TERRAS PÚBLICAS

5.1 CONTEXTO DA CRIMINALIZAÇÃO

Resumidamente, o histórico da criminalização da conduta de invasão de terras públicas inevitavelmente remonta ao início da reforma agrária brasileira que se dá tardiamente, no final dos anos 50 e início dos anos 60, quando a reivindicação pelas reformas de base⁹⁷ (agrária, urbana, bancária e estudantil) tomou corpo e passou a fazer parte das discussões populares. Assim, se destacando em meio às demais, a reivindicação pela reforma agrária, transformava em exigência a extinção do latifúndio – existente desde a época de colonização e consequência nefasta do sistema de sesmarias conforme aqui já discutido – e a melhoria das condições de vida no campo.

De fato, inegável que já havia no Brasil, uma discussão envolvendo modelo fundiário e os possíveis obstáculos que ele impunha ao desenvolvimento do país. Na década de 40 houve diversas propostas de lei para a reforma agrária baseadas nos modelos adotados por países da Europa e EUA, mas nenhuma delas foi aprovada. Na conformidade do magistério de Borges (2012)⁹⁸,

Depois da Proclamação da República ainda não se sentia a necessidade de uma reforma agrária, nem existia muita preocupação com a distribuição e uso da terra, já que existia uma quantidade considerável de terras devolutas, bem como, aquelas terras sem qualquer forma de cultura ou início de aproveitamento. (p.220).

Desta feita, a primeira iniciativa em prol da reforma agrária foi a criação da SUPRA – Superintendência Regional de Política Agrária – em 1962 em resposta a criação das Ligas Camponesas no Nordeste e com o objetivo de promover a reforma agrária no Brasil. Mas, só no início de março de 1964 foi elaborado um decreto que desapropriava terras em torno de rodovias federais e as destinava ao propósito da reforma. Porém, a iniciativa veio

⁹⁷ Para Antônio Gasparetto Junior, “as Reformas de Base apareceram com mais intensidade durante o governo do presidente João Goulart na história do Brasil. A proposta era a reestruturação de uma série de setores econômicos e sociais, mas a influência do pensamento de esquerda fez com que militares e políticos conservadores se unissem para viabilizar o Golpe Militar de 1964 e afastar o então presidente”. Disponível em <http://www.infoescola.com/historia-do-brasil/reformas-de-base>. Acesso em 10/05/2016.

⁹⁸ BORGES, Antonio Moura. Curso Completo de Direito Agrário. 4ª ed. Campo Grande: Contemplar, 2012.

tarde demais, pois no final do mesmo mês um golpe de estado iniciou o período da Ditadura Militar que por 21 anos distorceu completamente a questão.

Com isso, dois instrumentos legais são publicados no primeiro triênio do regime. O primeiro, a Lei Federal 4.504, de 30 de novembro de 1964 que dispõe sobre o Estatuto da Terra, trata-se de lei com cunho iminentemente agrário, conforme redação de seu artigo primeiro: “Art. 1º Esta lei regula os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, para os fins de execução da Reforma Agrária e promoção da Política Agrícola”; o segundo diploma, a Lei Federal de nº 4.947, de 06 de abril de 1966, denominada Lei Agrária pelo legislador ordinário, também, tal qual aquela, tem cunho eminentemente agrário, visto o legislador tê-la elaborado com o fito de estabelecer normas de Direito Agrário e de ordenamento, disciplina, fiscalização e controle dos atos e fatos administrativos relativos ao planejamento e à implantação da Reforma Agrária, consoante *mandamus* do art. 1º.

A Lei Agrária, por sua vez, foi quem trouxe a tipificação do crime de invasão de terras públicas, no bojo de seu artigo 20, *verbis*:

Art. 20 - Invadir, com intenção de ocupá-las, terras da União, dos Estados e dos Municípios:
Pena: Detenção de 6 meses a 3 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.

Noutro extremo, ainda que fora do sentido claramente agrário da norma penal aqui dissecada, há que se falar, em especial com relação ao parágrafo único, norma complementar do *caput*, que a dita reforma urbana, assim como a agrária, fez urgir a evidência do tipo penal em comento, não se podendo olvidar das implicações diretas em relação ao tipo penal, visto a amplitude do termo “terras” evidentemente não se resumir a apenas terras situadas em zona rural, mas também urbanas.

A dita reforma urbana na verdade compõe as chamadas reformas de base, que seriam modificações estruturais que, em tese, melhorariam significativamente a qualidade de vida e contribuiriam para a ampliação da distribuição de renda.

Segundo PENA⁹⁹

⁹⁹ PENA, Rodolfo F. Alves. "Reforma Urbana"; *Brasil Escola*. Disponível em <http://brasilecola.uol.com.br/geografia/reforma-urbana.htm>. Acesso em 10 de maio de 2016.

Consubstancia-se [a reforma urbana¹⁰⁰] em uma política de planejamento social elaborada com o fito de democratizar o direito à cidade. A sua plataforma de ação se faz no sentido de readequar o espaço das cidades que não é utilizado ou que é utilizado de forma precária e, nesses locais, proporcionar a construção de moradias ou de espaços sociais públicos, que teriam a função de atender demandas como lazer, cultura, saúde, educação e outros.

Ainda, PENA enumera basicamente os objetivos da dita reforma, quais sejam:

- a) contenção da especulação imobiliária;
- b) combater os “latifúndios urbanos” (grandes propriedades não utilizadas ou ociosas), através da implantação de impostos e multas;
- c) combater a difusão de lotes vagos em zonas densamente habitadas;
- d) frear o crescimento desordenado das cidades, proibindo ou controlando o número de aprovações de loteamentos habitacionais, sobretudo aqueles localizados em zonas afastadas dos grandes centros urbanos;
- e) democratizar as ações públicas de investimentos em infraestrutura que privilegiam somente as zonas nobres das cidades, para que elas também realizem transformações nos espaços carentes das cidades.

Não diferente dos percalços da reforma agrária, a reforma urbana, em si, é meio de conflitos¹⁰¹. Essa proposta parte da construção de críticas que acusam o atual sistema capitalista de transformar o espaço em mercadoria e, por isso, tornar injusto o seu acesso para as classes menos abastadas, o que contribui para a difusão de problemas como a favelização e a segregação urbana. Daí, a crença em que é preciso repensar a política urbana nacional, contendo o crescimento desordenado das cidades e proporcionando um maior e melhor uso de espaços ociosos, o que inevitavelmente opõe direito de propriedade, função social da propriedade e o dever estatal de proteção das terras públicas.

5.2 RECEPÇÃO DA LEI 4.947/66 PELA CARTA DE 1988

O Fenômeno da recepção no ordenamento pátrio diz respeito à relação de contrariedade da determinada norma, editada ainda sob a égide do ordenamento anterior, e sua conformidade ao ordenamento vigente.

Lenza¹⁰² ensina que todas as normas que forem incompatíveis com a nova constituição serão revogadas (2009:122). Seja dizer, *a contrario sensu*, a norma

¹⁰⁰ Nosso Grifo.

¹⁰¹ Em sua seara, por exemplo, há calorosas discussões sobre as dificuldades na realização dessa reforma, em que movimentos acusam o governo e o alto grau de influência das classes dominantes, que procuram inviabilizar a sua prática a fim de obter vantagens econômicas a partir da especulação imobiliária

¹⁰² LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

infraconstitucional que não contrariar a nova ordem será recepcionada, podendo inclusive adquirir outra roupagem.

Celso Ribeiro Bastos¹⁰³, em suas dilações, ensina que

Uma Constituição nova instaura um novo ordenamento jurídico. Observa-se, porém, que a legislação ordinária comum continua a ser aplicada, como se nenhuma transformação houvesse, com exceção das leis contrárias à nova Constituição. Este é o fenômeno da recepção, similar à recepção do direito romano na Europa. Trata-se de um processo abreviado de criação de normas jurídicas, pelo qual a nova Constituição adota as leis já existentes, com ela compatíveis, dando-lhes validade, e assim evita o trabalho quase impossível de elaborar uma nova legislação de um dia para o outro. Portanto, a nova lei não é idêntica à lei anterior; ambas têm o mesmo conteúdo, mas a nova lei tem seu fundamento na nova Constituição; a razão de sua validade é, então, diferente.

No que diz respeito à legislação agrária, as constatações não são diferentes, ao passo que nem toda a legislação do tema fora recepcionada. A Lei Agrária e seus dispositivos, p. ex., foram recepcionados pela Carta de 1988, inclusive o delito tipificado no artigo 20; assim também a Lei de Terras. Como mostra Mário Lúcio Quintão Soares¹⁰⁴,

O artigo 22 do texto constitucional brasileiro, em seu inciso I, prescreve que compete privativamente à União legislar sobre Direito Agrário, remetendo o intérprete às cláusulas constitucionais pertinentes, ao Estatuto da Terra (Lei n.º 4504/64), e à legislação que fixa as normas do Direito Agrário (Lei n.º 4.947/66). Ou seja, constitucionalmente recepcionou-se o Estatuto da Terra, gestado pelos movimentos sociais agraristas que antecederam ao Golpe Militar de 1964, em decorrência da Emenda Constitucional n.º 10, de 10 de novembro de 1964, que ampliou a competência legislativa da União para os labirintos do Direito Agrário.

Da mesma forma, encontram-se dispositivos do direito agrário que não foram recepcionados pela CRFB de 1988, como no excerto abaixo, em que o STF¹⁰⁵ declarou o DL 554 de 1969, que dispunha sobre desapropriação por interesse social, de imóveis rurais, para fins de reforma agrária, como não-recepcionado pela Constituição vigente.

“Desapropriação-sanção (CF, art. 184) – Tutela constitucional do direito de propriedade – Ausência de recepção do DL 554/1969 pela nova Constituição – Inviabilidade da declaração expropriatória, por interesse social, ante a inexistência das leis reclamadas pelo texto constitucional (art. 184, § 3º, e art. 185, I) – Edição superveniente da LC 76/1993 e da Lei 8.629/1993 – Irrelevância – Impossibilidade

¹⁰³ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 20ª. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

¹⁰⁴ SOARES, Mário Lucio Quintão. In: O Direito Agrário na Constituição Brasileira. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.12, n. 23, jan./jun. 2009. p.3.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF).A Constituição e o Supremo. 4ª. ed. – Brasília : Secretaria de Documentação, 2011.

de sua aplicação retroativa.” (MS 21.348, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 2-9-1993, Plenário, DJ de 8-10-1993.)

Com relação ao dispositivo da legislação penal extravagante, contido no art. 20 da Lei Agrária, nos parece arrazoado que a mera menção à norma em julgado de nossas Cortes corrobora expressamente sua recepção, como decidiu o C. STJ¹⁰⁶:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PARCELAMENTO IRREGULAR DO SOLO E VENDA ILEGAL DE TERRAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. - Comprovado que a gleba pertence ao patrimônio da União, a competência para julgar e processar a ação é da justiça federal. Precedente do Pleno (HC 84.103). - Ainda que o fato típico previsto no art. 50 da Lei 9.766/1979 afete, em princípio, interesse local, no caso o do Distrito Federal, na realidade constitui-se crime-meio para a prática de outros delitos, tais como os previstos no art. 171, I, do Código Penal e no **art. 20 da Lei 4.947/1966, que atingem diretamente o patrimônio da União**, fazendo incidir a regra prevista no inciso IV do art. 109 da Constituição federal. - Ordem concedida. (STJ - HC 84102, Relator Ministro Joaquim Barbosa, 2ª Turma, julgado por unanimidade em 31/08/2004, publicado no DJ de 26/11/2004, pp. 00031).

Resta-nos, portanto, a análise dos elementos desse preceito penal.

5.3 A NORMA PENAL CONTIDA NO ART. 20 DA LEI AGRÁRIA.

Para início da discussão a respeito da norma penal contida no art. 20 da Lei Agrária, necessário se faz trazer novamente à baila a redação do tipo penal. Assim está tipificado o delito de invasão de terras públicas:

Art. 20 - Invadir, com intenção de ocupá-las, terras da União, dos Estados e dos Municípios:
Pena: Detenção de 6 meses a 3 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.

Luiz Regis Prado diz que a lei penal modernamente não contém ordem direta, mas sim vedação indireta, abstraída da norma descritiva do comportamento humano pressuposto da consequência jurídica (2002:120)¹⁰⁷

¹⁰⁶ C.f. <http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2380884/recurso-em-sentido-estrito-rse-2356-rr-20054200002356-2/inteiro-teor-100928326>

¹⁰⁷ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. V.1. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Consoante ensina a doutrina clássica, há que se estabelecer a distinção entre lei e norma.

Destarte, a claras letras, e sem maiores digressões, pode-se dizer que a lei é a fonte da norma penal, enquanto que a norma é o conteúdo da lei (BITENCOURT, 2013), havendo diversas classificações. Por motivo de prolixidade, nos interessa distinguir os dois tipos mais celebrados pela doutrina penalista: a norma penal incriminadora e a norma penal não incriminadora.

As normas penais não incriminadoras são aquela que estabelecem regras gerais de interpretação, repercutindo tanto na delimitação da infração penal quanto na determinação da sanção penal correspondente.

Por seu turno as normas penais incriminadoras têm a função definir as infrações penais, proibindo ou impondo a prática de condutas. Grosso modo, possuem a função de definir as infrações penais, proibindo ou impondo condutas, sob ameaça de pena. São as normas penais *em sentido estrito, proibitivas* ou *mandamentais* (GRECO, 2000:32)¹⁰⁸.

Via de regra, seus elementos, são em verdade dois preceitos, o primário e o secundário.

O preceito primário é o que descreve, encerra a norma proibitiva, mandamental. No crime de invasão de terras públicas o preceito primário consubstancia a infração penal de “Invadir, com intenção de ocupá-las, terras da União, dos Estados e dos Municípios”. É ele que encerra com clareza, objetividade e precisão – nem sempre, é certo – a norma proibitiva.

O preceito secundário representa a cominação abstrata, mas individualizada, da respectiva sanção penal. No caso em tela, tem como preceito secundário “Pena - Detenção de seis meses a 3 anos.”

Finalmente, pesa a definição de Mirabette (2000)¹⁰⁹ sobre a norma penal, pois parece aclarar e servir de arcabouço para a análise do tipo penal ora em comento, em especial com relação aos seus elementos incriminadores.

A norma penal é valorativa porque tutela os valores mais elevados da sociedade, dispondo-os em uma escala hierárquica e valorando os fatos de acordo com a sua gravidade. Quanto mais grave o crime, o desvalor da ação, mais severa será a sanção aplicável a seu autor. Tem ainda a lei penal caráter finalista, porquanto visa à proteção de bens e interesses jurídicos merecedores da tutela mais eficiente que só podem ser eficazmente protegidos pela ameaça legal de aplicação de sanções de poder intimidativo maior, como a pena. Essa prevenção é a maior finalidade da lei penal. (p.89)

¹⁰⁸ GRECO, Rogério. Lições de Direito Penal, 2ª ed. Belo Horizonte: Impetus, 2000. (Grifos do autor)

¹⁰⁹ MIRABETTE, Julio Fabrini. Manual de Direito Penal. Vol. 1. Atualizada. São Paulo: Atlas, 2000.

Pelo tipo penal ora em estudo, depreende-se que o legislador tão quis a proteção do bem público, eis que considera de interesse fundamental à coletividade, que não se preocupou com o desvalor da ação, como se percebe do preceito secundário que se lhe atribuiu.

5.4 BEM JURIDICO TUTELADO E SUJEITOS DO DELITO

5.4.1 Bem Jurídico Tutelado

Segundo a definição de Zaffaroni (2002, p. 462)¹¹⁰, bem Jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegido pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam.

No caso presente, o bem protegido pelo legislador ordinário foram os bens públicos, mais precisamente as terras públicas, urbanas ou rurais. Desse modo, pela leitura do *caput* do artigo 20 da lei em comento, percebe-se que a ação é direcionada sobre um bem com um *múnus* público, de titularidade das pessoas jurídicas de direito público interno.

Em que pese o fato da imprecisão legislativa, já afirmamos neste trabalho¹¹¹ que os bens públicos são aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, bem como suas autarquias e fundações públicas revestidas de *múnus* público, excluindo-se os bens daqueles entes da administração indireta que se submetem ao regime de direito privado, a exemplo de sociedades anônimas e empresas públicas, que podem ser sujeitos passivos do crime de esbulho possessório, conforme art. 161, II do CP, mas não do tipo previsto na Lei Agrária.

Por aclarador, temos o julgado ementado abaixo¹¹²:

PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INVASÃO DE TERRAS DA UNIÃO. ART. 20 DA LEI Nº. 4.947/66. SUBSUNÇÃO. DÚVIDA QUANTO AO DOMÍNIO DO TERRENO.

¹¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 -

¹¹¹ Remete-se o leitor ao item 2.2

¹¹² TRF-1 - RSE: 4981420134013804 MG 0000498-14.2013.4.01.3804, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, Data de Julgamento: 28/01/2014, QUARTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.276 de 19/02/2014

AUSÊNCIA. DENÚNCIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PROVIDO

1. Os fatos descritos na inicial acusatória (fls. 80/81), em princípio, encontram subsunção no delito descrito no art. 20 da Lei nº 4.947/66, **consistente em invadir, com intenção de ocupar terra da União, pois "(...) a área do imóvel de lazer e também a mencionada construção erigida é considerada terreno marginal de rio federal, bem como foi desapropriada para formação do reservatório, hoje sob administração de Furnas Centrais Elétricas S/A** (f.50/51 e 55 do Inquérito Civil Público nº 1.22.004.000144/2011-74, cópia anexa)" (fl. 80v). 2. **Não há que falar in casu em "(...) dúvida quanto ao domínio do terreno (...)"** (fl. 84), ou seja, sobre a existência de questão prejudicial para a persecução penal, nos termos do que dispõe o art. 92, do Código de Processo Penal, haja vista que a área objeto da denúncia havia sido desapropriada para fins de formação do reservatório da Usina sob administração de Furnas (fl. 80v). Assim, na hipótese, não se encontra indefinida a propriedade do imóvel. 3. A denúncia de fls. 80/81 preenche os requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal, não se vislumbrando, ainda, na espécie, qualquer das hipóteses enumeradas no art. 395, do Código de Processo Penal, que estariam a autorizar a sua rejeição. 4. Não merece, assim, ser mantida a r. decisão recorrida. 5. Recurso em sentido estrito provido.

Conforme se vê, o excerto refere-se a julgado em que se discutia o domínio da propriedade. Em que pese o fato de o reservatório estar sob a administração da FURNAS S/A, ente de direito público privado, o que caracteriza o bem é sua qualidade natural, como bem desapropriado nos termos do art. 2º da CRFB, ao estatuir como bens da União os rios que cortam mais de um estado ou sirvam de limites entre duas unidades da federação, bem como suas margens.

De outro ponto, em um julgado um tanto inusitado, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal colou jurisprudência no sentido de que o disposto no artigo 20, da L.A, não se aplica às invasões de terras públicas ocorridas em área urbana, ao que nos soa desarrazoado, visto os termos urbano e rural não compuserem o elemento do tipo penal. De outra sorte, não consentimos com o E. TJ-DF naquele juízo de valor, uma vez que as terras públicas podem estar localizadas em áreas rurais ou urbanas. Vejamos como decidiu aquela Corte¹¹³.

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. INVASÃO DE TERRAS PÚBLICAS. CONDUTA ATÍPICA. NÃO

¹¹³ TJ-DF - APR: 1130566120088070001 DF 0113056-61.2008.807.0001, Relator: MARIO MACHADO, Data de Julgamento: 22/07/2010, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 06/08/2010, DJ-e. Pág. 99

CABE FALAR EM PRESTÍGIO AO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL, VEDADO AO APLICADOR DA LEI DESCURAR DO CONTEXTO EM QUE INSERIDA A ATUAÇÃO DO RÉU, VIOLADORA DE BEM PÚBLICO/DIREITO DE TERCEIROS - MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO - ART. 225, § 3º, CF -, COM AMPLA REPERCUSSÃO NA COMUNIDADE. A SIGNIFICATIVA LESIVIDADE DA CONDUTA NÃO PODE SER DESCONSIDERADA COM FUNDAMENTO NA MERA TOLERÂNCIA SOCIAL, CEGA QUANTO À NOCIDIDADE DOS RESULTADOS DAÍ DECORRENTES. ANALISANDO A FIGURA PENAL INSCRITA NO ART. 48 DA LEI Nº 9.605/1998 OBSERVA-SE PERFEITA ADEQUAÇÃO TÍPICA, FORMAL E MATERIAL, COM A ATIVIDADE DESENVOLVIDA PELO RECORRENTE NA ÁREA AMBIENTALMENTE PROTEGIDA, NÃO ENSEJANDO A ALMEJADA ABSOLVIÇÃO. A LEI Nº 4.947/66 NÃO TEM POR FIM A PROTEÇÃO DE PROPRIEDADE URBANA, CASO DAS TERRAS INVADIDAS PELO RÉU, DEVENDO POR ISSO SER CONSIDERADA ATÍPICA A CONDUTA, AINDA QUE SOBEJAMENTE DEMONSTRADA PELOS DOCUMENTOS ACOSTADOS A INDEVIDA OCUPAÇÃO DA APA GAMA E CABEÇA DE VEADO, DESDE QUE NÃO CONFIGURA ÁREA RURAL DESTINADA À REFORMA AGRÁRIA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA PARA ABSOLVER O APELANTE DO CRIME PREVISTO NO ART. 20 DA LEI Nº 4.947/66. INCENSURÁVEL, NO MAIS, A R. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU¹¹⁴.

Sopesando, é perceptível o fato de o julgador ficar adstrito ao mandamento do tipo alternativo, contido no § único do art. 20, referente às terras destinadas à Reforma Agrária¹¹⁵, causando prejuízo ao *parquet* apelante, em razão de sua interpretação restritiva do comando legal.

5.4.2 Sujeitos do delito

5.4.2.1 – Sujeito ativo

No dizer de Greco (2003:97)¹¹⁶,

Sujeito ativo do crime é aquele que pratica a conduta descrita na lei, ou seja, o fato típico. Só o homem, isoladamente ou associado a outros (co-autoria ou participação), pode ser sujeito ativo do crime, embora na Antiguidade e na Idade Média ocorressem muitos processos contra animais.' A capacidade geral para praticar crime existe em todos os homens. "Capaz de ação em sentido jurídico – afirma Wessels – é toda pessoa natural independentemente de sua idade ou de seu estado psíquico, portanto também os doentes mentais.

¹¹⁴ Grifo nosso

¹¹⁵ Em outro ponto do trabalho discute-se a natureza do termo “destinadas”.

¹¹⁶ GRECO, Rogério. Lições de Direito Penal, 2ª ed. Belo Horizonte: Impetus, 2000. (Grifos do autor)

Bittencourt (2013, p.300)¹¹⁷ fala, a respeito dessa generalidade, que por ser o crime uma *ação humana*, somente o ser vivo nascido de mulher pode cometê-lo. A conduta, pedra angular da Teoria do Crime, é produto exclusivo do Homem.

No caso do tipo penal de previsão na Lei Agrária, a generalidade é regra, qualificando-o como crime comum, pois pode ser praticado por qualquer pessoa. Contrariamente ao crime de esbulho possessório, em que se discute a possibilidade de o proprietário figurar no polo ativo¹¹⁸, parece-nos esta ideia não vingar, em razão de inviabilidades lógicas. Uma que os entes políticos e seus braços descentralizados de direito público configuram, no mandamento da lei civil¹¹⁹ pátria, como pessoas jurídicas de direito público interno, trazendo à conversa a possibilidade do cometimento de crimes por pessoas jurídicas¹²⁰. Outra que por representarem a personificação do Estado, e, portanto, detentores do *ius imperii*, que não se confunde com *ius puniendi*, não se cogita que se submetam a tal tratamento, como ocorre nas situações em que o Estado intervém indiretamente na propriedade privada, como ocorre na desapropriação indireta, restando configurado ilícito civil.

Pelo concurso de pessoas, entende a doutrina plenamente a possibilidade, visto não se tratar de elementar do tipo, como ocorre com esbulho possessório do art. 161, II da Lei Repressora. Ou seja, ao passo que o tipo penal da Lei Agrária é classificado como unissubjetivo, de concurso eventual, o delito de esbulho possessório pode ser unissubjetivo ou plurissubjetivo, visto possuir a elementar “mediante concurso de mais de duas pessoas” em sua tipificação.¹²¹

¹¹⁷ Tratado de Direito Penal.

¹¹⁸ C.f. o item 4.2.3 *O ilícito penal de Esbulho Possessório: art. 161, II, do Código Penal*, deste trabalho.

¹¹⁹ C.f. CC/2002.

¹²⁰ A esse respeito: “A possibilidade de a pessoa jurídica ser considerada como sujeito ativo de crime é tema bastante controverso na doutrina. Tradicionalmente, têm-se considerado que a pessoa jurídica não tem existência real (teoria da ficção jurídica, de Savigny e Ihering) e que, por isso, não pode cometer crimes. Porém, em vários países, considera-se que ela tem existência real (teoria da realidade, de Otto von Gierke), e que, portanto, pode cometer crimes. A Constituição de 1988 adotou esta última teoria em duas ocasiões: no art. 173, § 5º (“atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”) e no art. 225, § 3º (“condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente”). Ambos artigos são normas constitucionais de eficácia limitada, ou seja, requerem regulamentação infra legal para que se tornem eficazes. Apenas o art. 225 foi regulamentado, por meio da Lei 9.650/98 (Lei de Crimes Ambientais), que prevê penas específicas para pessoas jurídicas. Essa lei adotou o sistema da dupla imputação, de acordo com o qual a responsabilidade da pessoa jurídica não exclui a do ser humano que comete o crime.” AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. In: Uma nova visão sobre o sujeito ativo do crime. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2552

¹²¹ C.f. PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. V.2. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.437.

5.4.2.2 Sujeito Passivo

Conforme visto ao discutirem-se os sujeitos mediato e imediato, ficou claro que o Estado sempre será o sujeito imediato, eis que titular do mandamento penal. E, como sujeito mediato, o titular do bem, protegido.

Viu-se ainda que o objeto tutelado são as terras públicas, seja dizer, aquelas com natureza de bem público, pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, suas autarquias e fundações de direito público. Desta feita, considerando o mandamento do *caput* do art. 20 da lei 4.947/96, ao falar de “...terras da União, dos Estados e dos Municípios”, é de se depreender que o Estado seja em determinados casos, sujeito passivo mediato e imediato – quando o ente político da administração direta é o titular das terras em contenda –, como pode ser só imediato, ficando a mediaticidade com o ente descentralizado, dotado de personalidade jurídica própria. De qualquer modo, não perde a natureza o delito, visto que num e noutro caso o imóvel invadido mantém sua qualidade de bem público, pelo que se conclui pela qualidade de crime próprio em relação ao seu sujeito passivo.

Assim entende nossa jurisprudência. Em julgado sobre a temática, o C. TRF 1ª REGIÃO ratifica o entendimento¹²².

Ementa: PENAL. CRIME DE INVASÃO DE IMÓVEL PÚBLICO. LEI Nº 4.947 /66, ART. 20. PROPRIEDADE DO IMÓVEL DE PARTICULAR NÃO DEMONSTRADA. ELEMENTOS ESSENCIAIS DO TIPO COMPROVADOS PELO CONJUNTO PROBATÓRIO CONSTANTE NOS AUTOS. DOSIMETRIA DA PENA. CÓDIGO PENAL, ARTS. 59 A 68. 1. Comete o crime tipificado no art. 20 da Lei nº 4.947 /66 ("Invadir, com intenção de ocupá-las, terras da União, dos Estados e dos Municípios"), quem ocupa área pertencente ao INSS sem estar devidamente autorizado pela lei ou por contrato regularmente firmado com a referida autarquia e após ser despejado retorna ao mesmo local, ocupando novamente a área e lá permanecendo até a data da sentença. 2. In casu, da leitura dos fundamentos da v. sentença recorrida e da análise do conjunto probatório constante dos autos, depreende-se que o apelante tinha conhecimento da ilicitude de sua conduta à medida que chegou a ser despejado da área em questão, retornando a ela posteriormente. 3. A dosimetria da pena, observou o disposto nos arts. 59 a 68 do Código Penal, devendo ser mantida. 4. Apelação improvida.¹²³

¹²² TRF-1 - ACR: 2001 AM 1998.32.00.002001-9, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, Data de Julgamento: 10/02/2009, QUARTA TURMA, Data de Publicação: 10/03/2009 e-DJF1 p.547

¹²³ Grifamos

Ainda, na esteira da passividade do delito em análise, não se podia deixar despercebido a imprecisão – temporal, não se sabe ao certo – a respeito do rol de pessoas jurídicas presentes na redação do delito de invasão de terras públicas. Conforme a mais simples leitura, desprovida de acuidade, vê-se que não figura como sujeito passivo entre os entes públicos arrolados no tipo penal em estudo o Distrito Federal.

Ocorre que em face de ter sido criado para ser sede da União Federal (LENZA, 2003)¹²⁴, conforme art. 2º da Carta de 1891, suas terras estavam sob a titularidade daquele Ente.

Com o advento de Brasília como Capital do Estado Federado Brasileiro, e com a posição dada ao Distrito Federal pelo art. 1º da CRFB, passa este a ganhar assim autonomia, sendo sujeito político, dotado de capacidade auto administrativa, legislativa e organizacional, como os demais entes. No último caso, a Constituição impõe-lhe a vedação de divisão em municípios (art. 32). Autonomia esta conflagrada na Lei Orgânica do Distrito Federal. Desta forma, suas terras deixaram de integrar os bens da União, nos termos do art. 20 da CRFB, em razão de sua autonomia. Com isso, passou a ser sujeito passivo do tipo penal da Lei Agrária, restando, pois, a adequação, da norma infra omissa, ao texto Constitucional.

Como solução para a contenda, fora proposto o PL do Senado Federal de nº 634, para sanar o imprevisto legislativo.

O projeto assentou-se no respeito ao princípio da reserva legal, segundo o qual somente se aceita a utilização da analogia em relação a normas não incriminadoras.

Segundo a justificativa do PL, com certa razão, “nessas situações, diz-se que analogia é *in bonam partem*. Não se admite, portanto, a analogia *in malam partem*, ou seja, aquela em que uma lei semelhante é utilizada ao caso omissa em desfavor do réu, para criar crimes ou cominar penas.”¹²⁵

Aduziu ainda a Relatoria que “a Lei nº 4.947, de 1966, em seu art. 20, criminaliza a invasão, com intuito de ocupação, de terras da União, dos Estados e dos Municípios, bem como de terras de entidades federais, estaduais e municipais, destinadas à reforma agrária. O Distrito Federal, contudo, não é elencado nos referidos tipos penais. Essa omissão gera insegurança jurídica, haja vista que não há consenso entre julgadores e demais operadores do direito quanto à tipicidade de tal conduta.”¹²⁶

¹²⁴ Direito Constitucional Esquematizado. p. 317

¹²⁵ <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83025>. Acesso em 10/05/2016

¹²⁶ Idem.

A justificativa expôs um julgado que, por curioso, trouxe-se à baila. Tratou-se do julgamento da apelação criminal nº 2004.01.1.106264-3, pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em que o juízo de primeiro grau condenou o réu pela invasão de terras do Distrito Federal, como base no art. 20 da Lei nº 4.947, de 1966, enquanto a 2ª Turma Criminal do referido Tribunal entendeu que *“o art. 20, da Lei 4.947/66 não se aplica às terras ou imóveis do Distrito Federal, mas, tão somente, à União, aos Estados e aos Municípios, e respectivas empresas, diante do princípio da legalidade, desdobrando-se na legalidade estrita”*.

Finalmente, após sanada a omissão legislativa¹²⁷, o DF passará a constituir legalmente o polo passivo nos crimes de invasão de terras públicas.

5.5 TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

5.5.1 Tipicidade objetiva-descritiva

Em que pese o fato do tipo penal em análise pertencer à legislação penal extravagante, o que em regra diminui o leque de manifestação doutrinária, ainda assim encontramos consenso a respeito da objetividade do tipo, visto o fato de alguns elementos do tipo encontrarem definição em outros tipos penais.

A ação proibida descrita no *caput* é a de invasão que, segundo doutrina, entre os quais Prado (2003), e boa parte da jurisprudência, ganha a dimensão de entrar, ingressar, conquistar, tomar, dominar. Nesse sentido, a jurisprudência é unânime em que a ausência do elemento nesse sentido fulmina a tipicidade, afastando-se a seara penal. Como abaixo.

PENAL E PROCESSO PENAL. TERRENO DE MARINHA. INVASÃO. ARTIGO 20 DA LEI Nº 4.947/66. INOCORRÊNCIA DO DELITO. EDIFICAÇÃO IRREGULAR EM LOCAL ESPECIALMENTE PROTEGIDO POR LEI. ART. 64 DA LEI Nº 9.605/98. NOVATIO LEGIS IN PEJUS. RETROATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. CP, ART. 166. INCIDÊNCIA. PRESCRIÇÃO EM ABSTRATO. APLICABILIDADE. 1. Não comete o crime do art. 20 da Lei nº 4.947/66 (“Invadir, com a intenção de ocupá-las, terras da União, dos Estados e dos Municípios”) o agente que apenas sucede outra pessoa na posse antiga de terras públicas. Dar ao ato de sucessão possessória o significado de “invadir” seria alargar em demasia o campo de incidência do tipo penal. Adoção do princípio hermenêutico de que não se pode utilizar a analogia em desfavor do réu. 2. Quem promove construção ou reforma em solo não edificável, com isso alterando local especialmente protegido por lei, é punido, se a conduta foi praticada antes da entrada

¹²⁷ O projeto de lei 634/2015, ainda não havia sido votado até a data da consulta no sítio do Senado Federal

em vigor da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, com base na pena prevista no artigo 166 do Código Penal.¹²⁸

E ainda,

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL E DE INVASÃO DE TERRAS PÚBLICAS. ART. 20 DA LEI 4.946/66 E ART. 40, §§ 1º E 2º DA LEI 9.605/98. PARQUE NACIONAL DO ARAGUAIA. DENÚNCIA GENÉRICA. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS.

I - Se a denúncia é genérica, ou seja, faz alusões vagas em relação à criação de gado no Parque Nacional do Araguaia, revelando tão- somente o estado em que se encontra a área diante das queimadas, da concentração bovina, da disseminação de doenças e da presença humana, não se referindo, em momento algum, à atuação específica do réu, não há como condená-lo pela prática do crime previsto no art. 40, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.605/98.

II- **O delito de invasão de terras públicas pressupõe entrar com violência, ocupar à força, situação não descrita na peça acusatória.**

III- Apelação do Ministério Público desprovida.

IV - Apelação do réu provida para absolvê-lo, por falta de provas, nos termos do art. 386, II, do Código de Processo Penal.”

Há ainda o entendimento de que a sucessão na posse não configura o tipo penal, em razão da falta do elemento invadir. Foi como decidiu o C. TRF da 1ª Região ao exarar que

Não constitui crime de estelionato a cessão onerosa do direito de posse de terras públicas, originariamente destinadas à reforma agrária, haja vista não ter havido transmissão de domínio. II - A jurisprudência tem entendido que o núcleo do tipo penal previsto no art. 20, parágrafo único, da Lei 4.947/1966 é invadir, isto é, entrar à força, penetrar, fazer incursão, dominar, tomar, usurpar terra que sabe pertencer à União, Estados ou Municípios. A permuta de terras, objeto de cessão do direito de posse, não configura o crime de invasão de terras públicas. III- Recurso em sentido estrito desprovido.¹²⁹

5.5.1.1 Objeto Específico do tipo alternativo: destinação à reforma agrária.

Um outro elemento objetivo do tipo penal da Lei Agrária diz respeito ao regramento proibitivo do parágrafo único que estabelece que “*Na mesma pena incorre quem, com idêntico propósito, invadir terras de órgãos ou entidades federais, estaduais ou municipais, destinadas à Reforma Agrária.*” (Lei 4.947/66, art. 20, §único).¹³⁰

¹²⁸ Grifou-se

¹²⁹ TRF-1 - RSE: 4682 MT 0004682-05.2011.4.01.3603, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CÂNDIDO RIBEIRO, Data de Julgamento: 25/03/2013, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.294 de 05/04/2013

¹³⁰ Perceba-se que, à luz do que já dito no *item 5.4.2.2* deste trabalho a respeito do sujeito passivo, há também imprecisão legislativa no comando do § único, uma vez que o legislador, por motivos já explicado, não ter feito menção às terras públicas distritais.

Da leitura dessa norma incriminadora, depreende-se a presença de um elemento objetivo específico: as terras destinadas à reforma agrária, cujo procedimento, conforme mandamento legal decorre de ato administrativo, tais quais os decretos expropriatórios. Está-se, pois, diante de uma norma penal em branco heterônoma.

Conforme visto em discussão anterior no presente trabalho, compete privativamente à União efetuar a desapropriações-sanções por interesse social com vistas à realização da reforma agrária¹³¹, não cabendo a outro ente, por disposição constitucional, realizar tal tarefa.

Dessa forma, ao que nos parece, somente à União e aos seus órgãos executores agrários, cabe estabelecer procedimentos de forma a reservar terras que sejam destinadas à Reforma Agrária. Tal discussão ganha dimensão, posto que exerce papel definitivo na seara penalista, em especial na delimitação da tipicidade da conduta do ilícito aqui dissecado. Diz-se isto pela breve análise que segue.

Por uma ligeira técnica indutiva, pode-se chegar à conclusão de que o legislador pátrio quis proteger não só o patrimônio público afeto ao Estado ou aos seus entes já incorporado, já de sua titularidade. Quis ele, deixar sob o manto do *ius puniendi* estatal aquelas terras que – conclui-se serem privadas, sob pena de redundância do tipo – encontram-se afeiçoadas, destinadas, ao planejamento agrário do Estado, seja por que já gravadas pela publicação do decreto expropriatório, seja pela demora no processo judicial/administrativo, e que ainda não se encontram na titularidade do ente estatal, pois conforme visto a desapropriação se consuma com o efetivo pagamento da indenização devida.

Dessa forma, ganha dimensão a contenda que contempla as competências para a desapropriação com vistas à reforma agrária, ou seja, se assiste competência aos estados-membros, Distrito Federal e municípios para efetuarem desapropriação com vistas à reforma agrária. Essa discussão, que tem influência na definição do elemento objetivo-específico do tipo alternativo do parágrafo único do art. 20, e cuja conclusão precipitada pode levar dissensos, foi objeto de formidável pesquisa apresentada por pesquisadores da UFMT¹³², nos Anais da 54ª Reunião Anual da SBPC. Nesse jaez, chegaram ao seguinte resultado/conclusão:

¹³¹ C.f. item 3.3.1.3 do presente trabalho o AC 2910 RS. Rel. Min ELLEN GRACIE. Julgamento em 01.07.2011. DJe-DIVULG 02/08/2011).¹³¹

¹³² GOULART NETO, Joaquim Luiz Berger; ALBUQUERQUE, Marcos Prado de; In: Reforma Agrária: competência privativa da União? Anais da 54ª Reunião Anual da SBPC.UFMT. Cuiabá – Julho/2004

Tem-se como resultado a exposição dos argumentos utilizados por cada um dos lados, tanto aqueles que defendem o ponto de vista que a reforma agrária é privativa da União, quanto os que alegam a possibilidade de sua realização pelos Estados. Alguns argumentos (pois aqui não caberiam todos) daqueles que acreditam que a matéria é privativa da União: O art. 184 e seu §2º, da Constituição estatui que compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida pública. Contrapõe-se a outra corrente dizendo que só é privativa da União a desapropriação-sanção (aquela que tem caráter punitivo por não cumprir a sua função social), sendo paga com título da dívida pública. Dessa forma, o Estado poderia desapropriar por interesse social, pagando com moeda corrente, e posteriormente destiná-la à instalação de colônias ou cooperativas de povoamento ou de trabalhadores agrícolas. Outro ponto de divergência é em relação a validade do Decreto 41.241 que tem como principais fundamentos o art. 25 §1º pois se trata de competência residual e a Lei 4.132. Porém, outros alegam que a Lei já não teria mais eficácia pois teria sido revogada pela Lei 4.504 e com relação ao art.25 ele não teria validade pois o direito de propriedade se trataria de uma regra, e a desapropriação de uma exceção. Sendo assim, a interpretação deve ser feita de forma restritiva.

Das aduções, concluíram:

Diante de todas as formas de argumentações o Supremo Tribunal Federal concedeu Suspensão de Segurança ao Estado do Rio Grande do Sul contra o acórdão do Superior Tribunal de Justiça que havia decidido pela nulidade do Decreto Expropriatório 41.241/2001. Decidindo que o Estado do RS não tinha pretendido realizar desapropriação nos moldes fixados pelo art.184 da Constituição Federal, cuja a competência é indiscutivelmente da União. Tal modalidade, também denominada desapropriação-sanção. Determinando que é lícita a competência dos demais entes da Federação para proceder à desapropriação, por interesse social, de imóvel rural, com pagamento de prévia e justa indenização em dinheiro. Não se cogitando se a propriedade é produtiva ou improdutiva, pois não se trata de sanção pelo seu mau uso. É importante levar-se em conta o princípio de eficácia. Por uma questão de proximidade os Estados e Municípios levam grande vantagem sobre a União na efetivação da reforma agrária. Desta forma, é interessante o fato que independentemente da decisão do STF, este não encontraria dificuldade na sua fundamentação jurídica. Principalmente diante da plausibilidade das argumentações por ambas as posições. Portanto, é possível fazer uma projeção que temas como esse ganhem uma característica muito mais política do que realmente jurídica.

De nosso turno, diante da contenda, cabe-nos concluir que: a) o tipo penal alternativo, do § único, do art. 20 da lei 4.947 de 1966, pode ter como sujeitos passivos tanto União, como Estados Membros, Distrito Federal e Municípios, todos podendo desapropriar para reforma agrária, na forma da lei 4.132/62, sendo que apenas a União pode fazê-la como desapropriação-sanção; e b) dependendo da natureza do decreto expropriatório, pode-se ter a atipicidade da conduta no tipo alternativo, a exemplo da desapropriação urbana.

5.5.1.2 – Crime permanente, superveniência e desapropriação.

Outra interessante discussão posta a raciocínio consiste na definição doutrinária e jurisprudencial do tipo penal de invasão de terras públicas como crime permanente.

Conforme ensina a melhor doutrina, define-se crime permanente como aquele consubstanciado em razão de sua consumação prolongada no tempo, dependente da ação do sujeito ativo. (GRECO, 2003)¹³³

Como conhecidos exemplos, no sequestro ou cárcere privado (art. 148), por exemplo, a consumação se protraí durante todo o tempo em que a vítima fica privada de liberdade, a partir do momento em que foi arrebatada pelo agente, o que também ocorre nos crimes de extorsão mediante sequestro (art. 159) e no rapto (art. 219) etc. Na violação de domicílio (art. 150), a consumação ocorre durante o tempo em que o agente se encontra na casa ou dependências da vítima contra sua vontade expressa.

Nessa senda, a jurisprudência tem decidido a respeito da permanência da ação no tempo. Assim, a pessoa, que invadir terreno público e lá efetuar obra estará cometendo crime permanente enquanto durar a conduta.

Com esse entendimento, conforme noticiado, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios condenou um empresário por crime ambiental e invasão de área pública. O empresário foi denunciado pelo *Parquet* por ocupar sem autorização área de propriedade da Companhia imobiliária estatal. A área estaria inserida num Parque Ecológico. Na sentença, o juízo criminal afirmou que os crimes cometidos pelo autor têm caráter permanente, pois perduram enquanto permanece a conduta ilícita, não cabendo prescrição.¹³⁴

Na mesma esteira andou o E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região¹³⁵

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ART. 20 DA LEI 4.947/1966. INVASÃO DE TERRAS PÚBLICAS. CRIME PERMANENTE. PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL. DENÚNCIA. REQUISITOS OBSERVADOS. INDÍCIOS DE MATERIALIDADE E AUTORIA. 1. O delito de invasão de terras públicas, previsto no artigo 20, caput, da Lei 4.947/1966, é de natureza permanente. Assim, o prazo prescricional começa a fruir da cessação da permanência. (Precedentes da Turma e do STJ). 2. A prescrição, antes do trânsito em julgado da sentença final, regula-se pelo máximo da sanção privativa de liberdade cominada ao crime. 3. Não se declara a prescrição da pretensão punitiva quando o prazo entre o momento da cessação da

¹³³ GRECO, Rogério. Lições de Direito Penal, 2ª ed. Belo Horizonte: Impetus, 2000. (Grifos do autor)

¹³⁴ C.f. http://www.conjur.com.br/2007-abr-29/invasao_area_publica_crime_enquanto_durar_ocupacao. Consulta em 12.05.2016

¹³⁵ TRF-1 - RSE: 120374320134013200, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MONICA SIFUENTES, Data de Julgamento: 24/06/2014, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 11/07/2014)

permanência do delito e os dias atuais, sem que haja denúncia recebida, é inferior ao estabelecido no Código Penal com vistas ao reconhecimento do benefício. 4. Inicial acusatória que descreve suficientemente os fatos, em tese, criminosos, com as necessárias circunstâncias, imputando-os aos acusados e classificando o delito deve ser recebida. 5. Recurso em sentido estrito provido.

Desta maneira, impende indagar se a superveniência de decreto expropriatório (v.g, para desapropriação-sanção pela União) com fins agrários, gravando dessa forma eventuais terras privadas como destinadas à reforma agrária, poderia alcançar o então eventual ilícito civil-administrativo de ocupação irregular, configurando o ilícito penal de invasão de terras públicas, na conformidade do parágrafo único, do art. 20 da Lei Agrária. Às arguições postas, respondeu o TRF1¹³⁶, com base na teoria do potencial conhecimento da ilicitude. Foi a lavra.

PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INVASÃO DE TERRAS DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE CAUSA. 1. Os acusados juntaram documentos, com a defesa preliminar, que comprovam a posse das terras por eles ocupadas, o que lhes dava a convicção de plena titularidade da ocupação, não se justificando a persecução penal por invasão de terras da União (art. 20 - Lei 4.947/66). 2. Recurso em sentido estrito não provido.¹³⁷

Outros entendimentos ainda se perfazem sobre os elementos objetivos da conduta. Confirmou-se, por exemplo, que a reiteração da ocupação logo após o despejo por decisão judicial configura o delito.¹³⁸ Ainda, encontra-se o controvertido entendimento de que no termo “invadir”, tal qual no crime de esbulho possessório, deve haver a pressuposição de violência. Nesse diapasão:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL E DE INVASÃO DE TERRAS PÚBLICAS. ART. 20 DA LEI 4.946/66 E ART. 40, §§ 1º E 2º DA LEI 9.605/98. PARQUE NACIONAL DO ARAGUAIA. DENÚNCIA GENÉRICA. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. I - Se a denúncia é genérica, ou seja, faz alusões vagas em relação à criação de gado no Parque Nacional do Araguaia, revelando tão-somente o estado em que se encontra a área diante das queimadas, da concentração bovina, da disseminação de doenças e da presença humana, não se referindo, em momento algum, à atuação específica do réu, não há

¹³⁶TRF-1 - RSE: 65791620114013200 AM 0006579-16.2011.4.01.3200, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, Data de Julgamento: 26/11/2013, QUARTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.321 de 16/12/2013)

¹³⁷ Grifou-se.

¹³⁸ C.f. TRF-1 - ACR: 2001 AM 1998.32.00.002001-9, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ITALO FIORAVANTI SABO MENDES, Data de Julgamento: 10/02/2009, QUARTA TURMA, Data de Publicação: 10/03/2009 e-DJF1 p.547)

como condená-lo pela prática do crime previsto no art. 40, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.605/98. II - O delito de invasão de terras públicas pressupõe entrar com violência, ocupar à força, situação não descrita na peça acusatória. III- Apelação do Ministério Público desprovida. IV - Apelação do réu provida para absolvê-lo, por falta de provas, nos termos do art. 386, II, do Código de Processo Penal.

Não se coaduna com essa linha por uma razão bem simples: a violência como prevista no delito do tipo penal do artigo 161, II, do Diploma Repressor, é a violência à pessoa, que no caso é uma pessoa jurídica de direito público, eis que titular de um bem público. Outro mais, não faz parte do elemento objetivo – eventualmente pode ocorrer, quando então, entende-se, poderá haver concurso material. Ou seja, concorda-se com a linha de que se tiver violência, nos termos previstos para o ilícito penal de esbulho possessório, há invasão, com a recíproca não sendo necessariamente verdadeira.

5.5.2 Tipicidade subjetiva

Conforme leitura dos elementos antecedente e consequente do tipo penal ora apreciado, percebe-se que dois são os institutos da subjetividade do tipo: a conduta dolosa de invadir e o dolo específico caracterizado pela intenção de ocupar, um fim especial de agir.

Com relação ao dolo de invadir, deve haver a vontade deliberada e consciente de querer invadir, adentrar, conquistar, de forma que ausente este subjetivismo da vontade, por terra lança-se a tipicidade da conduta. Seja dizer, tal qual o esbulho possessório penal, o dolo de quem invade terras públicas deve ser livre, e deve tal ação estar direcionada a um fim específico, contentando-se a lei penal com o fim colimado pelo sujeito, com sua meta.

Dessa forma, em solução de um impasse envolvendo a temática, o STF¹³⁹ negou pedido de liberdade provisória do autor, acusado de invasão de terras públicas destinadas à Reforma Agrária no Acre. De acordo com a denúncia do *Parquet* estadual, o autor comprou a fazenda, composta por 14 lotes de terra num total de 2.497 hectares, constantes de títulos e declarações de propriedade do INCRA. Em fevereiro de 2000, ele iniciou a tentativa de “regularizar a compra da posse” da área da propriedade na Superintendência Regional do INCRA no Estado de Rondônia. Ainda, segundo noticiado pelo MP, o autor e outros denunciados teriam se associado em quadrilha para cometer os crimes de invasão

¹³⁹ C.f: STF - HC: 98770 PE, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 02/03/2010, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-062 DIVULG 08-04-2010 PUBLIC 09-04-2010 EMENT VOL-02396-01 PP-00245

de terras da União destinadas à Reforma Agrária, **com a finalidade de ocupação lícita**, e falsidade ideológica em documentos particulares na autarquia federal.

Do mesmo modo, em similar situação, em que a finalidade do sujeito foi fundamental para a definição do tipo, a Corte de Justiça¹⁴⁰ informou que

A jurisprudência do colendo STF e do egrégio STJ tem-se inclinado no sentido de que a violência contra pessoa ou grave ameaça, embora exigidas no delito de esbulho possessório (CP, art. 161, § 1º), não constituem elementos do tipo penal do art. 20 da Lei 4.947/66, ao contrário da intenção de ocupação, dolo específico que caracteriza os dois delitos, o do art. 20 da Lei 4.947/66 e o do art. 161, § 1º, II, do Código Penal. Analisando o núcleo "invadir", descrito no tipo penal do art. 20 da Lei 4.947/66, em suas várias acepções gramaticais, tem-se, na verdade, que a ocorrência de quaisquer delas seria suficiente à caracterização do delito, desde que também presentes a ciência quanto ao fato de serem as terras de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, e o ânimo de ocupação, por parte do agente.

II - O "núcleo do tipo (art. 20 da Lei 4.947/66) é invadir, ou seja, entrar à força, penetrar, fazer incursão, dominar, tomar, usurpar terra que sabe pertencer à União, Estados ou Municípios. Guarda semelhança, quanto ao núcleo, com o esbulho possessório (art. 161, § 1º, II, do Código Penal), que também se caracteriza pela invasão de terreno ou edifício alheio. Diferencia-se daquele apenas pelo fato de não exigir violência contra a pessoa ou grave ameaça, ou concurso de agentes. Ambos, todavia, têm como dolo especial o fim de ocupação. Consuma-se, pois, com a invasão."

5.5.3 Pena e Ação Penal.

A reprimenda para o crime de invasão de terras públicas, conforme disposição, é de detenção de 6 meses a 3 anos, ao que percebe-se que o legislador ao enrijecer a pena em relação ao crime de esbulho possessório, deu maior proteção ao bem público objeto do tipo.

Desta feita, tira-o da órbita dos Juizados Especiais, uma vez que não se enquadra como de menor potencial ofensivo, nem pela lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) nem pela lei 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais).

Outro mais, a Ação Penal é pública incondicionada, em razão do caráter de interesse social que manifestam os bens públicos e em razão da regra geral de sua indisponibilidade.

¹⁴⁰ STJ, RHC 200200687784, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 5ª Turma, unânime, DJU de 24/03/2003, p. 240.

6.0 TRANSVERSALIDADES

6.1 INVASÕES DE TERRAS E O MÍNIMO EXISTENCIAL

De acordo com a doutrina de Norberto Bobbio¹⁴¹, hoje o grande desafio em matéria de direitos humanos é a sua efetiva defesa.

Não se trata de saber quais são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é uma dessas solenes declarações que precisam ser efetivadas. Os valores nela expressos foram aceitos por toda a humanidade, configurando, portanto, como valores universais, tendo sido o direito à moradia inserido em seu artigo 25:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

O comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que tem o objetivo de monitorar o cumprimento do Pacto, esclarece em seu comentário Geral nº 4 de 12/12/1991 que o exercício do direito à moradia deve ser considerado como direito de viver em local com segurança, paz e dignidade, sendo observadas a segurança jurídica da posse, a disponibilidade de serviços de infraestrutura (acesso à educação, saúde, lazer, transporte, energia elétrica, água potável e esgoto, coleta de lixo sem risco de desmoração ou outras ameaças a vida e a saúde), o custo e a localização acessível da moradia, a habitualidade e a adequação cultural dos padrões habitacionais, tidos como um mínimo existencial.

¹⁴¹ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. São Paulo: Campus, 2004, p.124

A noção de mínimo existencial está ligada à concepção de dignidade humana, porque se estabelece um diálogo de complementação entre esses dois conceitos: um é pressuposto do outro – sem o mínimo existencial, não é possível efetivar a dignidade da pessoa humana.

Na qualidade de princípio fundamental do Estados Sociais, a dignidade da pessoa humana é inspiração do fenômeno jurídico chamado de repersonalização do Direito Civil – “as coisas têm preço; as pessoas têm dignidade” (RANGEL, 2012)¹⁴². Do ponto de vista moral, ser é muito mais do que ter. O direito à moradia não pode deixar de ser inserido no rol dos direitos mínimos, pois sem a concretização desse direito, o homem não pode viver dignamente.

Logo não se tem dúvida de que o Estado Brasileiro, frente à ordem jurídica, tanto interna, quanto externa, está obrigado a assegurar esse mínimo existencial – moradia adequada, aos seus cidadãos, como condição da efetividade do princípio da dignidade humana, valendo frisar que, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, as normas internacionais de direitos humanos gozam de *status* superior à legislação infraconstitucional autóctone.

Dessa forma, tomando por base tais preceitos tem sido alimentada a ideia de que deve o estado impedir a regressividade do direito à moradia, por meio de ação positiva, tais quais as políticas públicas, bem como tomar medidas de promoção desse direito,

Como concretização dessa obrigação, uma nova ordem legal urbana vem sendo construída a partir dos anos 90, fruto do trabalho de movimento sociais, que entabulam a luta por melhores condições de moradia, transportes e saneamento, de direitos humanos e de categorias profissionais. Buscam a efetivação dessa nova legislação que reconheceu a moradia como direito fundamental, adotando diretrizes e instrumentos de combate à exclusão social mediante a efetivação da reforma urbana.

Diante desse quadro exsurge a necessidade de revisão da função social da propriedade, em especial da propriedade pública.

Conforme visto, em dileção de Di Pietro, enquanto o princípio da função social da propriedade privada impõe um dever ao proprietário, o princípio da função social da cidade impõe um dever ao poder público e cria para os cidadãos direito de natureza coletiva, no sentido de exigir a observância da norma constitucional (2006). E acrescenta:

¹⁴² RANGEL, Helano Márcio Vieira. O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz da função do estatuto da cidade. Revista *Juris Plenum*. 44/33. 2012

Não é demais repetir que a destinação pública é inerente a própria natureza jurídica dos bens de uso comum do povo e de uso especial, porque eles são afetados afins de interesse público, seja por sua própria natureza, seja por destinação legal. Falar em função significa falar em dever para o poder público: dever de disciplinar a utilização dos bens públicos, de reprimir as infrações, tudo de modo a garantir que a mesma de faça para fins de interesse geral, ou seja, para garantir uma cidade sustentável. (p.6)

Da mesma forma, quando se fala em função social da propriedade urbana, esse princípio está sendo condição de garantia tanto para o exercício da propriedade urbana privada quanto para a pública (SAULLE JUNIOR, 2004, p.399)

Conclui-se que o simples fato de ser um bem público, como as terras públicas, orientado obrigatoriamente para uma finalidade pública, não significa que as terras públicas cumpram automaticamente uma função social. Esses bens são um fim em si mesmo, mas devem servir de meio para a consecução dos objetivos constitucionais, como instrumentos de realização de direitos sociais.

6.3 DIREITO PENAL MODERNO E ESVAZIAMENTO DA NORMA PENAL: breve reflexão.

“Esvaziar o Direito Penal causará desordem social.”

Com essa frase o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao decidir recurso em sede de apelação criminal, inspirou uma discussão que trouxemos no introito do presente trabalho: a subsidiariedade do direito penal. No contexto em que fora dita, o Tribunal referia-se à não-aplicação do princípio da insignificância no bojo do processo que conduzia, quando então a defesa pugnava pelo afastamento do direito penal em face da insignificância do bem lesado.

Em outro momento, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em decisão sobre suposto crime invasão de terras públicas, absolveu uma ré, por entender que “numa, a construção de um barraco em um mangue não é escolha que alguém faça de forma livre e consciente; noutra, porque a construção do "barraco" (sequer especificado, no caso da paciente, se feito de alvenaria ou madeira) não representa lesividade necessária para o uso do direito penal (sempre residual) em favor dos bens jurídicos protegidos pelas normas de incriminação (é insofismável, neste sentido, a plena suficiência do direito administrativo e do direito civil) - homenagem ao princípio da insignificância.”

De fato quando o direito penal passa a ser intromissão, esquecendo seu caráter fragmentário?

No dizer de Cesare Beccaria¹⁴³, em toda sociedade humana, “há um esforço tendendo a conferir a uma parte o auge do poder e da felicidade e a reduzir a outra à extrema fraqueza e miséria. A intenção das boas leis é de opor esse esforço e difundir sua influência universal e igualmente”. Ainda, a discorrer sobre a prudência das leis, “que felizes são aquelas poucas nações que não exasperam até que a sucessão de vicissitudes humanas, do extremo da maldade, fizesse surgir uma transição para o bem, mas que por leis prudentes, facilitaram o progresso de um para o outro.”

Por seu turno, Saleilles¹⁴⁴, ao anotar sobre a individualização da pena, ensaiou que “de todas as leis que presidem a organização das sociedades, a lei de defesa social é, com efeito, seguramente a mais antiga e mais invencível.” E concluiu que “(...) Ora, o Direito Penal não é outra coisa. É a tradução, no domínio das leis positivas, das necessidades de defesa social; ou melhor, é como o próprio instrumento de defesa social adaptado à ideia de justiça”.

Em comum às duas ideias está o fato de que leis boas, prudentes, que atuem como defesa social, são o melhor instrumento de justiça que uma sociedade pode ter. Com o direito penal não poderia o ser diferente.

Encontramos em Greco¹⁴⁵, a afirmação de que a crueldade do direito penal, a sua natureza seletiva, a incapacidade de cumprir as funções atribuídas às penas (reprovação e prevenção), a característica extremamente estigmatizante, a cifra negra correspondente às infrações penais que não foram objeto da persecução pelo Estado, a seleção do que deve ou não deve ser considerado como infração penal, bem como a possibilidade de os cidadãos resolverem, por meio de outros ramos do ordenamento jurídico (civil, administrativo, etc.), os seus conflitos interindividuais, levaram um grupo de autores a raciocinar pela inutilização do sistema penal¹⁴⁶.

Ora conforme se infere de tais construções, há uma necessidade da modernização do direito penal, sob pena de esvaziamento da norma penal, de perda de seu sentido.

¹⁴³ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Trad. Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012. 128p.

¹⁴⁴ SALEILLES, Raymond. A Individualização da Pena. Trad. Thais Miremis Sanfelipo da Silva Amadio. Coleção Biblioteca Clássica. São Paulo: Ridel,

¹⁴⁵ Lições de Direito Penal.

¹⁴⁶ Linha extremista da teoria penal que pugnava pelo abolicionismo do Direito Penal.

No trilhar do professor Veloso¹⁴⁷, “o Direito Penal atual de manifesta principalmente na parte especial da legislação específica, por meio do incremento de delitos já existentes ou da criação de outros” (p.19). Nessa nova óptica, leciona o mestre que

“se utiliza de três instrumentos básicos: a orientação institucional da proteção de bens jurídicos coletivos ou supraindividuais; a segunda o recurso à técnica de tipos penais de perigo abstrato; e o terceiro, ao se operar com bens jurídicos universais e tipos abstratos, a tipificação de condutas sem vítimas” (p.20).

Veloso acrescenta, dessa forma, a importância de um diagnóstico da sociedade atual, quando a ordem do dia é o desejo de sensação de segurança e a prevenção de condutas indesejadas (p.20). Pelo que se conclui que qualquer legislação penal fora disso requer modernização.

A reflexão que ora se apresenta, pois, pode ser encerrada, com a reafirmação da necessidade da reconstrução do direito de punir do Estado, para a construção de um discurso legitimador do direito penal, na esteira de um controle mais democrático e justo (MOURA, 2013)¹⁴⁸.

Para isso, atender o verdadeiro sentido do direito de punir do Estado, torna-se fundamental entender a escala de valores protegida pela lei penalista no momento histórico, social e econômico de determinada comunidade, resguardando, por exemplo, a garantia constitucional do direito à moradia.

Qualquer coisa fora disto, é provocar o esvaziamento da norma penal, aniquilando, pulverizando seu sentido. Ou, melhor dizendo, “se a norma penal for esvaziada, o resultado será a completa desordem social, a falta de estabilização do conflito, a perda de confiança no Poder Judiciário, repartindo-se com a sociedade honesta o incentivo à realização de pequenos delitos.”, como completou o Acórdão o E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

¹⁴⁷ VELOSO, Roberto Carvalho. Crimes Tributários. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

¹⁴⁸ MOURA, Grégore Moreira de. In: *Hermenêutica do Direito de Punir: uma visão criminológica: linguagem, compreensão e definição*. Re vista da AGU. Ano XII, n. 38 – p. 165/181.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

É inegável que o Estado, enquanto soberano da norma penal, necessite efetuar o resguardo de bens que considera fundamentais à consecução de seus objetivos, tal qual inegável é a necessidade de adaptação e modernização do direito penal, de forma que esse busque sua funcionalização como instrumento de defesa social.

No presente trabalho, foi de fundamental importância a definição daquilo que o direito pátrio chama de bem público, em especial as terras públicas, inclusive desde suas primeiras delimitações régias e primeiras formas de funcionalização da terra pelo Estado.

Nesse intento de pormenorização e detalhamento, foi necessária a entrada em searas como a administrativa e a civil, visto que tais definições foram – e ainda o são – delimitadoras de elementos que não raro definem objetos de tipos penais, a exemplo do esbulho possessório, cuja figura se mostra ilícito penal e civil, e o crime de invasão de terras públicas, com ligeira e tênue linha entre uma e outra forma de transgressão legal.

Ainda nessa senda, tornou-se imperioso a análise da refuncionalização da propriedade promovida pelo constituinte de 1988, com o incremento de garantias à propriedade urbana e rural, pelo que se concluiu que não só a propriedade privada, gravada pela figura da desapropriação – forma mais escabrosa de intervenção estatal nos domínios privados –, mas também a propriedade pública teve sua refuncionalização frente ao direito civil repersonalizado.

Noutro momento, de não somenos importância, passou-se a análise dos ilícitos do ordenamento que, de uma forma ou de outra, tinha a propriedade ou a usurpação de um de seus atributos – a posse – no cerne da questão. De onde se roborou a ideia de que o legislador, tendo em vista o objeto de proteção no tipo penal do esbulho possessório como insuficiente à proteção do patrimônio público e da sua função, como as terras destinadas à reforma agrária, optou por dar reprimenda maior a quem as invadissem para ocupá-las, em especial aquelas gravadas ao fim agrário-reformador. Infelizmente, como visto, a legislação retrógrada e indefinida, desaguou no desconforto da injustiça de uns e de benesse de outros.

Assim, passou-se a dissecação do tipo penal de previsão da Lei Agrária.

Das constatações, uma importante deu-se no contexto da criminalização da conduta de invadir terras públicas, em que o legislador ordinário, em um momento de ruptura e nacionalismo exarcebados, alimentados por um regime recente e ditatorial, e frente às

pressões humanas de então, optou por tornar ilícito penal a conduta de invadir terras públicas. A imprecisão legislativa, atrelada à arcaica redação da norma penal do artigo 20 da lei 4.947 de 1966, 50 anos, portanto, mostra a incoerência de um Estado que até pouco tempo era iminente agrário, trazendo conflitos não raros violentos e de repressão entre este estado e os que da terra necessitam, levando à inevitável aclamação popular pela reforma da terra, seja urbana ou rural.

Nesse momento, interessante a movimentação social que mostrou o inconformismo com um Estado latifundiário que nega a muitos o mínimo existencial.

O direito de moradia, conforme acerto de Estados, signatários ganha uma nova roupagem, cuja efetivação apenas se dará com a correta e justa equalização da política de terras.

A função social da propriedade passa assim a ser instrumento essencial a que as invasões sejam vistas não como delitos, mas como necessidades que refletem a situação do marasmo do déficit fundiário e habitacional brasileiro. Seja dizer, a tipificação das invasões não teve como premissa essa política social, pois não está sendo aqui o direito penal uma norma social. Do contrário, só dificulta a que os objetivos colimados modernamente se consumem: o direito ao mínimo existencial como meio fundamental de assegurar o cumprimento do basilar princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, conforme deduções aqui elencadas, pelo menos na seara do tipo penal que se estudou, percebe-se um esvaziamento da norma penal, justamente em razão de sua não-formatação como lei social, mas como lei vazia, cuja consequência é proliferação de uma jurisprudência dissidente em muitos pontos.

Finalmente, em que pese a constatação de um atraso da legislação repressora, conforta-nos o quadro de que há ideias a serem trilhadas e que levam em consideração um repensar da norma penal e de seu sentido. Com isso, a reconstrução do direito de punir passa por imperioso, revisitando a escala de valores protegidos, desde o seu contexto histórico até a mensuração do que realmente precisa ser protegido pelo *ius puniendi*, reavaliando a incapacidade de cumprir as funções atribuídas às penas (reprovação e prevenção), repensando a característica extremamente estigmatizante, com fim a se contornar a cifra negra correspondente às infrações penais que não foram objeto da persecução pelo Estado, etc. Tudo com o objetivo, no dizer de Baccaria, de facilitar a transição do mal para bem, da injustiça para a justiça social, por meio de leis mais prudentes.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. In: **Uma nova visão sobre o sujeito ativo do crime**. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br>. Acesso em 09.05.2016.

ALEXANDRE, Marcelo. Entendendo a usucapião de bens imóveis urbanos. Disponível em <http://marcelandre.jusbrasil.com.br/artigos/116772217/>. Acesso em 02.05.2016

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012. 128p.

BEZNOS, Clovis. **Aspectos Jurídicos da Indenização na Desapropriação**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p.116.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Campus, 2004.

BORGES, Antônio Moura. **Curso Completo de Direito Agrário**. 4ª ed. Campo Grande: Contemplar, 2012

BRASIL (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 12 set. 2015.

_____. (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 fev.2016

_____. **Decreto-Lei nº 2848 de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro**. Brasília, Poder Executivo. 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 12 nov. 2015

_____. **Lei 10.259 de 12 de julho de 2001 . Institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal**. Brasília, Poder Executivo, 2001. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02.05.2016.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Brasília, Poder Executivo, 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 de fev. 2016.

_____. **Lei 601, de 18 de setembro de 1950. Dispõe sobre as terras devolutas do Império**. Brasília, Poder Executivo, 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 de jan. 2016.

_____. **Lei Federal 10.257 de 10 de julho de 2001, que Institui o Estatuto da Cidade.** Brasília, Poder Executivo, 2001. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 de Dez. 2015

_____. **Lei Federal 4.132, de 10 de setembro de 1962. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação.** Brasília, Poder Executivo, 1962. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10.04.2016.

_____. **Lei Federal 9.099 de 1995 de 26 de setembro de 1995. Institui os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.** Brasília, Poder Executivo, 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02.05.2016.

_____. **Federal Lei nº 8.629/93 de 25 de fevereiro 1993, Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal.** Brasília, Poder Executivo, 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08 de jan. 2016

_____. **Lei Federal nº 4.504/64 de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra.** Brasília, Poder Executivo, 1964. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 01.05.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo.** 4ª. ed. – Brasília : Secretaria de Documentação, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem.** 2ª ed. 1ª reimpressão. Editora UFRJ/Relume Dumará. Rio de Janeiro: 1980.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado.** 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIAS, Edna Cardozo; GOUVEIA, Fernando José Guimarães. **Mobilidade Urbana e Planejamento Urbano.** *Revista Juris Plenum.* Ano IX, nº 50.

DINIZ, Maria Helena; FIUZA, Ricardo; FIGUEIRA JR, Joel Dias *et al.* **Comentários ao Novo Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2003.

DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito civil.** São Paulo, Saraiva, 1988.

GASPARETTO JUNIOR, Antônio. **Reformas de Base.** Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia-do-brasil/reformas-de-base>> Acesso: em 10 de maio de 2016.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. **Direitos reais.** 19ª edição, revistada, atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito das coisas**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOULART NETO, Joaquim Luiz Berger; ALBUQUERQUE, Marcos Prado de; In: **Reforma Agrária: competência privativa da União?** Anais da 54ª Reunião Anual da SBPC. UFMT. Cuiabá – Julho/2004.

GRAU, Eros Roberto; SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. **Função Social da Propriedade**. In: *Temas de Direito Urbanístico*, p.5. RUSSOMANO, Rosah. Função Social da Propriedade. Revista de Direito Público, 75-265.

GRECO, Rogério. **Lições de Direito Penal**. 2ª ed. Belo Horizonte: Impetus, 2000.

IHERING, Rudolf von. Teoria Simplificada da posse. São Paulo: Edipro, 2002, 2ª edição.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 2º vol. Parte Especial. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.390

JusBrasil, STJ. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 02 de maio de 2016.

JusBrasil, TRF-1. Disponível em: < <http://trf1.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 05 de maio de 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito Agrário Brasileiro**. Goiânia: AB Editora, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. atualizada, 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. **Apontamentos sobre a Desapropriação no Direito Brasileiro**. In Revista de Direito Público, 23/20-2.

MIRABETTE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. Vol. 1. Atualizada. São Paulo: Atlas, 2000.

MOURA, Grégore Moreira de. In: **Hermenêutica do Direito de Punir: uma visão criminológica: linguagem, compreensão e definição**. Revista da AGU. Ano XII, n. 38 – p. 165/181.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PENA, Rodolfo F. Alves. **Reforma Urbana - Brasil Escola**. Disponível em <http://brasilecola.uol.com.br/geografia/reforma-urbana.htm>>. Acesso em 10 de maio de 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V.2. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RANGEL, Helano Márcio Vieira. In: **O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz da função do estatuto da cidade**. Revista Jurisplenum. 44/33. 2012.

SALEILLES, Raymond. **A Individualização da Pena**. Trad. Thais Miremis Sanfelipo da Silva Amadio. Coleção Biblioteca Clássica. São Paulo: Ridel, 2009.

SALLES, José Carlos de Moraes. **A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 6ª Ed. Ed. Rev e Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SAULE JUNIOR, Nelson. **A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares**. São Paulo: Safe, 2004.

SOARES, Mário Lucio Quintão. In: **O Direito Agrário na Constituição Brasileira**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v.12, n. 23, jan./jun. 2009 – ISSN 1808-9429.

SOUZA, Fladja Raiane Soares de. **Desapropriação: o momento consumativo e o registro do imóvel expropriado**. Disponível em <www.jfrn.br> Acesso em: 09/04/2016.

STF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 09 de maio de 2016.

VELLOSO, Carlos Mario da Silva, "**Desapropriação Para Fins de Reforma Agrária - Apontamentos**", in Revista de Informação Legislativa, v. 49, pags. 265-282.

VELOSO, Roberto Carvalho. **Crimes Tributários**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil : direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2001.

WAIZBORT, Leopoldo. In: **Sérgio Buarque de Holanda: O Mal Entendido da Democracia**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol 26. Nº 76.

ZAFARONNI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral . 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
