

## TERRAS INDÍGENAS E PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves

**Progressão de Regime em Crimes Hediondos:  
Retroatividade e Outras Questões**

Pedro Antonio de Oliveria Machado e Douglas Fischer

**O Inquérito Policial ou a Investigação Criminal  
nos Crimes contra a Ordem Tributária**

José Elaeres Marques Teixeira

**O Direito ao Desenvolvimento**

Ricardo Ribeiro Campos

**A Prisão Provisória no Direito Comparado**

Pedro Antônio Roso

**O Sistema da Degravação das Audiências**

■ <b>O Direito ao Desenvolvimento</b>	03
<i>José Elaeres Marques Teixeira</i>	
■ <b>A Prisão Provisória no Direito Comparado</b>	05
<i>Ricardo Ribeiro Campos</i>	
■ <b>O Inquérito Policial ou a Investigação Criminal nos Crimes Contra a Ordem Tributária</b>	13
<i>Pedro Antonio de Oliveira Machado e Douglas Fischer</i>	
■ <b>Terras Indígenas e Proteção ao Meio Ambiente</b>	16
<i>Luís Wanderley Gazoto</i>	
■ <b>Progressão de Regime em Crimes Hediondos e Equiparados: Retroatividade e Outras Questões</b>	23
<i>Luiz Carlos dos Santos Gonçalves</i>	
■ <b>O Sistema da Degração das Audiências</b>	25
<i>Pedro Antônio Roso</i>	

## Expedientel

### Coordenação:

Valtan Furtado  
vfurtado@prdf.mpf.gov.br

### Supervisão:

Adriana Zawada Melo  
amelo@prsp.mpf.gov.br

**Fundação Procurador  
Pedro Jorge de Melo e Silva**

### Diretoria Executiva:

Célia Delgado  
Eliana Peres Torelly de Carvalho  
Antônio Carlos Alpino Bigonha

### Administração :

Ângela Maria Oliveira

**Associação Nacional dos Procuradores da  
República - ANPR:**

### Presidente:

Antônio Carlos Alpino Bigonha

### Vice-Presidente:

Lívia Nascimento Tinoco

### Diretor Cultural:

Wilson Rocha de Almeida Neto

### Impressão:

Millennium Editora

**Tiragem:** 2.700

**Internet:** [www.pedrojorge.org.br](http://www.pedrojorge.org.br)

Realização:



Apoio:



Código ISSN: N° 1519-3802  
Os artigos são de inteira  
responsabilidade de seus autores.

## ■ O Direito ao Desenvolvimento ■

José Elaeres Marques Teixeira

Procurador Regional da República – 1ª Região / Mestre em Direito pela UFSC  
Membro do MPF oficiando perante o CADE

Após os flagelos da Segunda Guerra Mundial, os Estados “vencedores” constituíram a Organização das Nações Unidas – ONU, promulgando a Carta das Nações Unidas, em 26 de junho de 1945, na cidade de São Francisco, Califórnia, EUA. Três anos depois, a ONU aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo assim início uma longa caminhada destinada a proporcionar o efetivo respeito universal dos direitos e liberdades fundamentais do indivíduo.

Nesse percurso, os direitos humanos passaram por várias etapas. Em um primeiro momento, tal como ensina Mikel Berraondo, houve um processo de expansão normativa, com a produção de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Na etapa seguinte, nasceram várias instituições internacionais de proteção aos direitos humanos. A terceira etapa caracterizou-se como de despolitização dos direitos humanos, quando então foram celebradas importantes conferências, tais como a Conferência Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (realizada no Rio de Janeiro, em 1992) e a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (ocorrida em Viena, em 1993). Com os atentados de 11 de setembro de 2001 às torres gêmeas de Nova Iorque e ao Pentágono, infelizmente, enfrentamos hoje momentos de retrocesso, pois o princípio da segurança tem se sobreposto a qualquer outro princípio ou direito.

No ano em que foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o que estava no centro das preocupações mundiais era a descolonização e a formação de novos Estados nacionais. Havia também o objetivo de consolidar um “regime internacional ajustado à nova configuração de poder surgida após a terrível experiência de duas guerras mundiais” (Joaquín Herrera Flores). O desafio de hoje é outro: assegurar o respeito aos direitos humanos e criar mecanismos de defesa contra a ideologia que proporciona uma tal extensão e generalização do mercado, a ponto de considerar os direitos humanos como “custos sociais” das empresas, e que precisam ser suprimidos em prol da competitividade.

Nesse novo cenário, é mister considerar se ainda tem sentido insistir na teoria tradicional dos direitos humanos, a qual se apresenta como neutra a respeito das condições reais da vida das pessoas. Parece que chegou o momento de se pensar os direitos humanos sob “uma perspectiva nova, integradora, crítica e contextualizada em práticas sociais emancipadoras” (Joaquín Herrera Flores). Diversamente da concepção tradicional, os direitos humanos devem ser entendidos como *processos*, ou seja, como

resultado de lutas por acesso a bens materiais e imateriais necessários à vida, e que proporcionam efetivo respeito ao princípio da dignidade humana.

A proposta que se coloca é da adoção de uma teoria crítica dos direitos humanos, por meio da qual esses direitos sejam entendidos a partir de uma perspectiva de sua vinculação com as políticas de desenvolvimento e de que fazem parte da luta de grupos sociais dedicados à promoção da emancipação humana.

Não se desconhece a existência de um discurso contrário ao reconhecimento do direito ao desenvolvimento como parte integrante dos direitos humanos. Entretanto, esse discurso não tem sido suficiente para impedir o avanço da idéia de que o direito ao desenvolvimento é um direito novo, de terceira geração, e que deve ser assegurado a todos.

Com efeito, desde a sua primeira definição pelo jurista senegalês Keba M’Baye, em 1972, o direito humano ao desenvolvimento tem experimentado uma significativa evolução: (i) em 1977, a Comissão de Direitos Humanos da ONU reconheceu, oficialmente, por meio de uma resolução, a existência de um direito humano ao desenvolvimento; (ii) em 1979, a Assembléia Geral editou uma resolução, afirmando que o “direito ao desenvolvimento é um direito humano”; (iii) por fim, em 1986, a mesma Assembléia Geral aprovou a Declaração sobre o direito ao desenvolvimento. Além disso, conferências mundiais que se sucederam na década de 1990, como, por exemplo, a Conferência de Viena (1993), já referida, proclamaram o direito ao desenvolvimento como parte dos direitos humanos.

Convém registrar que o direito ao desenvolvimento não envolve apenas aspectos econômicos. O conceito de direito humano ao desenvolvimento é de tamanha grandeza a ponto de ser considerado “um *direito-síntese*, ou seja, é um direito que integra o conjunto dos direitos humanos” (Felipe G. Isa). Trata-se de um direito que tem a pessoa humana como sujeito central e seu principal beneficiário, e que busca priorizar as necessidades elementares dos indivíduos, tais como educação, saúde e habitação. Nesse sentido, pugna por uma nova ordem econômica internacional, pelo desarmamento, pela participação popular e preservação do meio ambiente.

É bem certo que o *status* de direito humano conferido ao direito ao desenvolvimento não tem sido suficiente para que medidas eficazes sejam implementadas, com a finalidade de torná-lo um direito efetivo para comunidades menos favorecidas pelas políticas econômicas liberais, impostas aos países pobres por instituições como FMI e Banco Mundial.

Até agora, dois caminhos foram apontados como aptos a tornar o direito ao desenvolvimento uma realidade. Um é o do incremento de políticas de ajuda externa e cooperação internacional. O outro é o da inclusão dos países pobres no comércio internacional.

No período do conflito bipolar, a ajuda que os países subdesenvolvidos recebiam tinha como fundamento a necessidade de aliados estratégicos por parte das forças em conflito. Com o fim do conflito, como não poderia deixar de ser, surgiu a crise de fundamentação da ajuda e o debate sobre os seus objetivos e a sua validade como instrumento de desenvolvimento.

Esse debate, que ainda persiste, não poderia deixar de estar atrelado à polêmica sobre o processo de globalização e o futuro da ordem mundial. Por essa razão, de um lado, há os que, com uma visão liberal-conservadora, apregoam que a ajuda ao desenvolvimento deve promover, em nível nacional, políticas econômicas e marcos regulatórios favoráveis ao mercado, e, no âmbito internacional, a correção de falhas do mercado. De outra parte, há aqueles que sustentam que a ajuda deve se fundamentar na idéia de cidadania global, já que o declínio dos Estados tem proporcionado o surgimento paulatino de uma sociedade mundial que reclama novos marcos institucionais que possam renovar os esforços de cooperação ao desenvolvimento.

A polêmica toda sobre a sua fundamentação vem acompanhada de uma significativa queda na ajuda oficial ao desenvolvimento. Desde 1960, esta ajuda tem diminuído e os países que mais acumulam riquezas são os menos solidários, como Japão e EUA. Em termos numéricos, pode-se até concluir que os países ricos têm doado mais. Entretanto, se comparados com os ganhos obtidos, os valores diminuiram. Além disso, esses países doam dinheiro, mas condicionam as doações à aquisição, pelos beneficiários, de serviços e bens, assegurando, com isso, clientes. No fundo, com a política de ajuda, ganham mais os países doadores, ricos, do que os países receptores, pobres.

Se, por um lado, a ajuda se mostra ineficaz, por outro, o caminho da maior inclusão dos países em desenvolvimento no comércio internacional sofre resistência por parte dos países industrializados e dificuldades por conta das regras editadas pela OMC.

Os países ricos forçam a abertura comercial pelos países pobres para o ingresso de seus produtos, mas impõem barreiras a importações de bens deles originários. Além disso, concedem pesados subsídios aos seus produtos agrícolas, que acabam ingressando nos países pobres por preços inferiores aos de produção, promovendo com isso uma concorrência desleal com os produtos nacionais.

Já as regras da OMC, especialmente sobre propriedade intelectual, têm causado elevados custos para transferência de tecnologia,

dificultando o avanço de países em desenvolvimento, que são os que mais dependem da incorporação de novas tecnologias para o incremento da sua produção.

Dos dois caminhos referidos, sem dúvida, o mais apto a contribuir para a implementação do direito humano ao desenvolvimento é o da integração ao comércio mundial das economias dos países pobres. Primeiro, porque a ajuda, por si só, não é suficiente para proporcionar desenvolvimento. Segundo, porque o modelo no qual se baseia atualmente o comércio internacional tem gerado mais riqueza para os ricos e mais pobreza para os pobres, sendo,

portanto, insustentável. E terceiro e último, porque o aumento nas exportações dos países subdesenvolvidos pode efetivamente reduzir a pobreza, tendo em vista que o comércio internacional tornou-se, neste início de novo século, numa das maiores fontes de riqueza mundial.

Ao analisar a situação do comércio mundial com o objetivo de identificar como ele pode contribuir para a diminuição da pobreza, a Oxfam sugere mudanças nas normas vigentes. Segundo essa importante organização internacional, o atual modelo tem convertido amplas zonas do mundo em desenvolvimento em lugares de crescente marginalização. E como o sistema

internacional de comércio não é uma força da natureza, mas um sistema, as regras podem ser alteradas, proporcionando assim uma globalização inclusiva, com base em valores compartilhados e princípios de justiça social.

Sustenta a Oxfam que um pequeno incremento na participação dos países em desenvolvimento no comércio mundial proporcionaria mais benefícios para os pobres do que a ajuda que eles recebem hoje. Em outras palavras, o aumento nas exportações desses países pode reduzir a pobreza de forma mais eficiente do que a ajuda que eles recebem dos países ricos. Mas para isso é necessário que os países pobres tenham acesso aos mercados dos países ricos, o que só será possível com alterações nas normas internacionais do comércio, que hoje constituem sério obstáculo ao desenvolvimento e fonte de exclusão e de desigualdade.

Em um mundo que tem hoje em torno de 1,3 bilhão de pessoas vivendo abaixo do limiar da pobreza, 19 milhões de refugiados e 900 milhões de analfabetos, garantir a eficácia do direito ao desenvolvimento se apresenta como a principal proteção e promoção de todo o conjunto dos direitos humanos.

É indiscutível o avanço da idéia de direito ao desenvolvimento como direito humano. Mas, do âmbito da formulação conceitual, precisamos avançar para o campo da implementação prática, caso contrário, não só o próprio direito ao desenvolvimento estará comprometido, como também outros direitos que compõem o quadro dos direitos humanos.

*“Até agora, dois caminhos foram apontados como aptos a tornar o direito ao desenvolvimento uma realidade. Um é o do incremento de políticas de ajuda externa e cooperação internacional. O outro é o da inclusão dos países pobres no comércio internacional.”*

## ■ A Prisão Provisória no Direito Comparado ■

Ricardo Ribeiro Campos

Juiz Federal no Estado do Ceará / Mestrando em Direito pela  
Universidade Federal do Ceará

Um tema que sempre despertou e sempre despertará profundos debates refere-se à admissibilidade da *prisão provisória* no processo penal - entendido esse termo, aqui, simplesmente como a prisão antes de condenação definitiva.

Tem sido constante, principalmente nos últimos anos, um intenso embate entre um grupo que defende a limitação ao máximo da admissibilidade da prisão provisória (senão a sua própria extinção), e uma outra corrente que procura manter ou ampliar os seus contornos atuais.

É muito fácil auto-afirmar-se fonte da verdade ou das boas virtudes e, partindo dessa premissa (e só dela), concluir serem infestas as pessoas que defendam ponto de vista diverso. Essa atitude reduz o debate científico a um maniqueísmo infantil, manietando-o como se só duas posições fossem possíveis<sup>1</sup>. Atitudes como essa, cada vez mais frequentes hoje em dia, não contribuem para o aperfeiçoamento do sistema processual penal. Para esse fim, considero mais prudente seguir os ensinamentos de Aristóteles (sua idéia de “justo meio”, em *Ética a Nicômaco*) ou do próprio budismo (noção tradicional do “Caminho do Meio”), no sentido de que se deve procurar a harmonização dos extremos, encontrando em cada um o que de melhor há.<sup>2</sup>

De qualquer forma não constitui objeto do presente trabalho a análise crítica da prisão provisória. O que motivou esse artigo foi apenas o desejo de situar o tema no direito comparado, até para que não se importem teses alienígenas de forma capenga, como estão fazendo doutrinadores e aplicadores do direito, sem qualquer conhecimento do universo em que inseridos. A propósito da importação de modelos estrangeiros, expôs José Carlos Barbosa Moreira em seu notável artigo *O futuro da Justiça: alguns mitos, no tópico que ele denomina Terceiro mito: supervalorização de modelos estrangeiros*: “A dois pressupostos, segundo penso, devem subordinar-se as operações de importação. Primeiro, cumpre examinar a fundo o modo como na prática funciona o instituto de que se cogita no país de origem [...] O segundo pressuposto é o convencimento, fruto de reflexão tanto quanto possível objetiva, de que a pretendida inovação é compatível com o tecido do ordenamento no qual se quer enxertá-la.”<sup>3</sup>. Uma singela contribuição para que não nos afastemos do primeiro parâmetro indicado é o que se pretende fazer a seguir.

Na Alemanha<sup>4</sup>, admite-se que qualquer pessoa realize a prisão em flagrante de alguém surpreendido cometendo um delito, se houver risco de fuga ou não for possível identificá-lo imediatamente (§ 127, I, StPO - *Strafprozeßordnung*). O membro do Ministério

Público e as autoridades policiais poderão nesses casos determinar a prisão se satisfeitos os pressupostos da prisão provisória (§ 127, II), quando o tempo necessário à obtenção de ordem judicial puder comprometer as investigações.

A prisão provisória (*Untersuchungshaft*) não será cabível quando desproporcional ao crime ou à pena que provavelmente será imposta (§ 112, I, StPO). Ela pode ser decretada por um juiz em qualquer momento do processo ou da fase investigatória se existir um alto grau de probabilidade de que o suspeito cometeu um crime e se estiverem presentes todos os pressupostos de punibilidade e condições de procedibilidade. É necessária ainda a presença de algum dos seguintes motivos: a) o suspeito fugiu ou se escondeu (§ 112, II, 1, StPO); b) consideradas as circunstâncias do caso, concluir-se que há o risco de o acusado evadir-se - risco de fuga<sup>5</sup> (§ 112, II, 2, StPO); c) a conduta do acusado provoque sérias suspeitas de que ele vá, pessoalmente ou por terceiros: *c.1*) destruir, remover, suprimir ou falsificar provas (§ 112, II, 3, “a”, StPO); *c.2*) indevidamente influenciar co-acusado<sup>6</sup>, testemunhas ou peritos (§ 112, II, 3, “b”, StPO); d) se existir perigo de que a descoberta da verdade se torne mais difícil - risco de obstrução do procedimento (§ 112, II, 3, “c”, StPO).

Quando se tratar de organizações terroristas (§ 129a, I, StGB - *Strafgesetzbuch*), homicídio (§ 211, StGB), homicídio culposo (§ 212, StGB), genocídio - extermínio de membros de uma nação ou de um grupo racial ou religioso (§ 220, I, StGB), lesão corporal grave (§ 226, StGB) e incêndio qualificado por graves lesões ou pelo resultado morte (§ 306b e 306c, StGB), a prisão poderá ser decretada ainda que não estiverem presentes as razões anteriormente mencionadas conforme previsto no § 112, III, do StPO. Não obstante, mesmo em tais crimes, vem-se interpretando esse dispositivo no sentido de ser necessária a presença dos motivos anteriormente mencionados, mas apenas em grau de intensidade menor<sup>7</sup>.

A prisão não poderá durar mais do que seis meses pelo mesmo fato<sup>8</sup> sem que o réu tenha sido julgado e condenado, salvo se existirem dificuldades especiais, se a investigação for complexa ou se estiver presente alguma outra razão importante (“*anderer wichtiger Grund*”) a impedir o julgamento (§ 121, III, StPO). Esse prazo pode ser prorrogado pelo Tribunal Superior do *Land*, depois de ouvido o acusado e o seu defensor, com reavaliações a cada três meses (§ 122, StPO). Ressalte-se que o prazo de seis meses fica suspenso enquanto não apreciado o pedido de prorrogação pelo Tribunal Superior do *Land* (§ 121, (3), StPO). Nos

crimes mencionados no parágrafo abaixo, a prisão não poderá ultrapassar em nenhuma hipótese o prazo de um ano (§§ 112a e 122a, StPO).

Constitui também fundamento para a decretação da prisão a existência de fortes indícios de que o acusado cometeu determinados delitos contra a liberdade sexual (§§ 174, 174a, 176 a 179, StGB) ou que é reincidente no cometimento dos delitos de grave perturbação da ordem pública (§ 125a, StGB), contra a integridade corporal (§§ 224 a 227, StGB), furto qualificado (§§ 243 e 244, StGB), roubo em suas diversas modalidades (§§ 249 a 255, StGB), receptação (§ 260, StGB), estelionato (§ 263, StGB), incêndio simples (§ 306, StGB) e assalto a motorista de veículo (§ 316a, StGB), ou determinados delitos previstos na lei de drogas (*Betäubungsmittelgesetzes*), aliados a convergência de fatos que indiquem que ele cometerá novamente infrações dessa espécie (§ 112a, StPO). A prisão para evitar a reiteração, consoante prevista no § 112a, é subsidiária. Se estiverem presentes os pressupostos do § 112 e não se encontrarem atendidas as condições para a suspensão da ordem, é inadmissível a invocação do § 112a.

Em qualquer caso, realizada a prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz até o dia seguinte em que foi detido (§§ 115 e 115a, StPO). O juiz poderá suspender a execução da prisão quando, decretada diante do risco de fuga, outras medidas forem suficientes ao fim visado, como a obrigação de apresentação periódica, a proibição de ausentar-se sem autorização ou de sair de sua residência desacompanhado de uma pessoa designada. Se decretada a prisão pelo risco de influência na colheita de provas, poderá a sua execução ser suspensa se indicarem as circunstâncias que outras medidas eficazes puderem ser adotadas, como a ordem de não manter contato com o co-acusado, com as testemunhas e com o perito. Quanto à prisão decretada com base no § 112a do StPO, deixa-se uma cláusula aberta a autorizar a sua suspensão consistente na existência de expectativas de que orientações ao acusado e as circunstâncias indicarem que o fim para o qual a prisão foi decretada será observado (§ 116, StPO). Também se permite a suspensão da prisão mediante fiança (§ 116, StPO).

Em cumprimento à orientação do Tribunal Constitucional, que desde o ano de 2000 advertira o legislador da necessidade de adequar a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* - LECrim - às exigências constitucionais<sup>9</sup>, foi aprovada na Espanha em outubro de 2003 a Lei Orgânica nº 13, modificando a regulamentação da previsão provisória<sup>10</sup>. Com isso, o art. 503 da LECrim passou a exigir a ocorrência de três pressupostos para a decretação da prisão provisória: 1º) *pressuposto subjetivo* - a existência de motivos suficientes que levem à convicção de que a pessoa contra a qual se decretará a prisão seja a autora do delito (art. 503, 1.2); 2º) *pressuposto objetivo* - que o fato corresponda

a um crime punido com pena máxima igual ou superior a dois anos<sup>11</sup>, ressalvadas as seguintes exceções, nas quais a pena máxima pode ser inferior a esse patamar: a) se o acusado tiver antecedentes não cancelados e não suscetíveis de cancelamento, derivados de delitos dolosos (art. 503, 1.1); b) se houver risco de fuga, aferido pela existência de pelo menos dois mandados de chamamento e busca contra o acusado expedidos nos dois últimos anos (art. 503, 1.3, “a”, *infra*); c) quando se busque evitar que o acusado ofenda bens jurídicos da vítima, em especial quando se trate de violência doméstica (art. 503, 1.3, “c”); d) quando se objetive evitar o risco de reiteração de delitos pelo acusado, em especial quando se inferir através dos seus antecedentes, de informações fornecidas pela polícia judiciária ou da própria autuação, que ele venha atuando sistematicamente com outras pessoas de forma organizada ou quando se tratar de reiteração habitual de crimes; 3º) *pressuposto teleológico* - os fins perseguidos com a medida seja constitucionalmente legítimos, a saber, tenham o fim de impedir a fuga do acusado<sup>12</sup>, evitar a ocultação, a alteração ou a destruição de fontes de prova, frustrar a reiteração delitiva ou impedir a ofensa a bens jurídicos da vítima, em especial no caso de violência doméstica.

Segundo o art. 504 da LECrim, a prisão provisória durará o tempo imprescindível a alcançar os objetivos por ela perseguidos e enquanto persistirem as razões que levaram à sua decretação. Estabelece em seguida que se a prisão for decretada: 1) para evitar

“[Na Alemanha] A  
prisão provisória  
(Untersuchungshaft)  
não será cabível quando  
desproporcional ao crime ou  
à pena que provavelmente  
será imposta (§ 112, I, StPO).  
Ela pode ser decretada por  
um juiz em qualquer momento  
do processo ou da fase  
investigatória se existir um alto  
grau de probabilidade de que  
o suspeito cometeu um crime e  
se estiverem presentes todos os  
pressupostos de punibilidade e  
condições de procedibilidade.”

o risco de fuga ou que o acusado atue contra bens jurídicos da vítima, ou ainda para impedir a reiteração delitiva, terá duração máxima de um ano se ao delito for cominada pena igual ou inferior a três anos ou, no caso de estar prevista pena superior a três anos, poderá durar no máximo dois anos; 2) para impedir a ocultação, a alteração ou a destruição de fontes de prova, terá duração máxima de seis meses (art. 504, 2). As dilações que não forem causadas pela Administração da Justiça não serão computadas para efeito de contagem do prazo máximo da prisão provisória (art. 504, 5). Em audiência específica com a presença das partes, os prazos de duração máxima poderão ser prorrogados, por um única vez, por dois anos, se a pena do delito for superior a três anos, ou por até seis meses, se cominada ao crime pena igual ou inferior a três anos. Quando proferida a sentença condenatória contra o réu, a prisão provisória poderá ser prorrogada até a metade da pena que lhe foi imposta na sentença, se contra ela foi

interposto recurso (art. 504, 2, *infra*). Nesse caso, porém, entende-se que a prorrogação não é automática, devendo ser motivada. A concessão de liberdade por terem sido excedidos os prazos máximos de duração da medida não impedirá que novamente se decrete a prisão do acusado se ele, sem motivo justo, deixar de comparecer a qualquer ato do processo (art. 504, 4).

Hipótese peculiar prevista na *Ley de Enjuiciamiento Criminal* refere-se à exigência, salvo para ser concedida liberdade provisória sem fiança, de convocação de uma audiência especial no mais tardar setenta e duas horas a partir do momento em que efetuada a detenção<sup>13</sup> do acusado. Também será designada a audiência quando não se verificar a detenção do acusado, com o fim de decretar a sua prisão ou a liberdade provisória com fiança (art. 505, 1). À audiência deverão comparecer o membro do Ministério Público ou as outras partes acusadoras e o acusado, assistido do defensor constituído ou nomeado em seu favor. Se o Ministério Público ou outra parte acusadora pedir a decretação da prisão preventiva ou a concessão de liberdade provisória com fiança, as partes presentes poderão formular alegações ou propor provas que deverão ser colhidas no ato se não o foram nas setenta e duas horas anteriores à audiência (art. 505, 3). Em seguida, decidirá o juiz. Se não solicitadas pela acusação a prisão provisória ou a imposição de fiança, o detido deverá ser posto imediatamente em liberdade (art. 505, 4). Se por qualquer razão a audiência não puder ser celebrada, o juiz poderá determinar a prisão provisória, se presentes os seus pressupostos, ou impor liberdade provisória com fiança, mas deverá em seguida, dentro de setenta e duas horas, convocar nova audiência nos termos mencionados (art. 505, 5).

Está também prevista uma modalidade de prisão provisória que se assemelha à nossa prisão temporária. Trata-se da *prisión incomunicada*, que pode ser decretada pelo tribunal ou pelo juiz de instrução e que tem por fim evitar que se subtraíam da ação da justiça pessoas supostamente envolvidas nos fatos investigados, ou que elas atuem contra bens jurídicos da vítima, que ocultem, alterem ou suprimam provas ou que cometam novos delitos (art. 509, 1). A incomunicabilidade durará somente o tempo necessário a evitar esses perigos e não poderá exceder a cinco dias, podendo este prazo ser prorrogado por uma vez se se tratar de terrorismo ou de organizações criminosas (art. 509, 2). Não se admitirá que o preso faça ou receba qualquer comunicação, salvo se não frustrarem os fins da prisão incomunicável (art. 510, 3).

Como medidas alternativas à prisão provisória, é possível a concessão de prisão domiciliar no caso de enfermidade que ponha em grave risco a saúde do acusado, ou o internamento em centro oficial se ele estiver submetido a tratamento de desintoxicação e a sua prisão puder frustrar a sua recuperação, devendo os fatos pelos quais responde serem anteriores ao início do tratamento (arts. 508, 1 e 2).

Em Portugal, é previsto inicialmente que a liberdade das pessoas só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar (art. 191, CPP português), dependendo de prévio indiciamento do indivíduo - "prévia constituição como arguido" (art. 192, 1). Devem ademais as medidas de coação ser adequadas às exigências cautelares que o caso requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções

que previsivelmente possam ser aplicadas (art. 193).

As medidas de coação são aplicadas por despacho do juiz, durante o inquérito a requerimento do Ministério Público e, depois do inquérito, oficiosamente, ouvido o Ministério Público (art. 194, 1). São precedidas, sempre que possível e conveniente, de audição do arguido e podem ter lugar no primeiro interrogatório judicial (art. 194, 2).

São previstas várias espécies de medidas de coação, como:

a obrigação de prestar caução (art. 197); nos crimes punidos com pena máxima de prisão superior a seis meses, a obrigação de apresentação periódica a uma entidade judiciária ou a um certo órgão de polícia criminal (art. 198); nos crimes com pena máxima superior a dois anos, a suspensão do exercício da função pública, de profissão ou atividade cujo exercício dependa de um título público ou de uma autorização ou homologação da autoridade pública, ou do poder paternal, da tutela, da curatela, da administração de bens ou da emissão de títulos de crédito, sempre que a interdição do exercício respectivo possa vir a ser decretada como efeito do crime imputado (art. 199); a proibição de permanência em certos lugares, de ausentar-se e de estabelecer

*“[Na Espanha] Quando proferida a sentença condenatória contra o réu, a prisão provisória poderá ser prorrogada até a metade da pena que lhe foi imposta na sentença, se contra ela foi interposto recurso (art. 504, 2, infra). Nesse caso, porém, entende-se que a prorrogação não é automática, devendo ser motivada.”*

contatos com determinadas pessoas, quando se tratar de crimes punidos com pena máxima superior a três anos (art. 200); em tais crimes, é possível também impor ao acusado a obrigação de permanência em seu domicílio, podendo ser utilizado, para fins de fiscalização, meios técnicos de controle à distância (art. 201).

Se inadequadas ou insuficientes as medidas referidas, o juiz pode impor a prisão preventiva quando houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a três anos; ou se tratar de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de extradição ou de expulsão.

A prisão preventiva extingue-se quando, desde o seu início, tiverem decorrido: 6 meses sem que tenha sido deduzida acusação; 10 meses sem que, havendo lugar a instrução, tenha sido proferida decisão instrutória; 18 meses sem que tenha havido condenação em 1.<sup>a</sup> instância; 2 anos sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado (art. 215). Esses prazos são elevados, respectivamente, para 8 meses, 1 ano, 2 anos e 30 meses, em casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, ou crimes puníveis com pena de prisão de máximo superior a oito anos, ou crimes de furto ou de veículos, falsificação de moeda, títulos de crédito, valores selados, selos e equiparados ou da respectiva passagem, de burla, insolvência dolosa, administração danosa do setor público ou cooperativo, falsificação, corrupção, peculato ou de participação econômica em negócio, de branqueamento de capitais, bens ou produtos provenientes do crime; de fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito; abrangido por convenção sobre segurança da navegação aérea ou marítima. Podem tais prazos ser elevados, respectivamente, para 12 meses,

16 meses, 3 anos e 4 anos, quando o procedimento for por um dos crimes referidos e se revelar de excepcional complexidade<sup>14</sup>, devido, nomeadamente, ao número de acusado ou de ofendidos ou ao caráter altamente organizado do crime (art. 215, 3).

Nenhuma medida de coação pode ser aplicada se em concreto não se verificar: a) fuga ou perigo de fuga; b) perigo de perturbação do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou c) perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem e da tranqüilidade públicas ou de continuação da atividade criminosa (art. 204).

Quanto à prisão flagrante, qualquer pessoa pode efetuar-la se uma autoridade judiciária ou entidade policial não puderem ser chamadas em tempo útil (art. 255). Entende-se por flagrante delito todo o crime que se está cometendo ou se acabou de cometer ou, ainda, o caso em que o agente for, logo após o crime, perseguido por qualquer pessoa ou encontrado com objetos ou sinais que mostrem claramente que acabou de o cometer ou nele participar (art. 256). O detido deve ser apresentado no prazo máximo de quarenta e oito horas ao juiz que o restituirá à liberdade ou aplicará alguma medida de coação.

As autoridades policiais podem também ordenar a detenção fora de flagrante delito, por iniciativa própria, quando verificadas as seguintes condições: a) se tratar de caso em que é admissível a prisão preventiva; b) existirem elementos que tornem fundado o receio de fuga; e c) não for possível, dada a situação de urgência e de perigo na demo-  
ra, esperar pela intervenção da autoridade judiciária (art. 257).

Na França<sup>15</sup>, nos casos de flagrante de um crime ou de delito<sup>16</sup> punido com prisão, qualquer pessoa pode deter o infrator e encaminhá-lo à unidade policial mais próxima (art. 73, *Code de Procedure Penale*). No caso de flagrante de crime ou de delito punido com pena igual ou superior a três anos, se o juiz de instrução<sup>17</sup> ainda não interveio, poderá o Procurador expedir mandado de busca (“mandat de recherche”) contra qualquer pessoa quando existirem razões de que praticou ou tentou praticar a infração penal. Localizada a pessoa conforme determinado no mandado, será ela detida e interrogada pela polícia. (art. 70, CPP, com a redação da Lei 204/2004).

Poderá ainda o agente da polícia nacional determinar a retenção de pessoa que se recuse ou seja incapaz de fornecer provas de sua identidade, para fim de verificar a sua verdadeira identidade. Essa retenção só poderá durar o prazo estritamente necessário para o estabelecimento de sua identidade, não poderá exceder a quatro horas (arts. 78-3 e 78-6).

Prevê-se ainda uma espécie de prisão temporária, denominada

“garde à vue”. O oficial de polícia poderá determinar, por necessidade de investigação, a prisão de qualquer pessoa suspeita de haver ou cometido ou tentado cometer uma infração penal. Nesse caso, o Ministério Público deverá ser cientificado da prisão, que não poderá durar mais de vinte e quatro horas, com possibilidade de ser prorrogado por igual período mediante autorização escrita do Procurador da República (art. 63)

A prisão provisória só poderá ser decretada se houver previsão de pena criminal ou de pena correccional superior a três anos (art. 143-1, com as alterações da Lei 1138/2002). É admissível se constituir o único meio apto a: 1) conservar as provas e os indícios da materialidade, evitar pressões sobre as testemunhas ou as vítimas, ou impedir conspiração fraudulenta (“concertation frauduleuse”) entre pessoas investigadas (“personnes mises en examen”<sup>18</sup>) e cúmplices; 2) proteger a pessoa investigada, assegurar que ela permaneça à disposição da Justiça, pôr fim ao delito ou prevenir a sua reiteração; 3) pôr fim a um distúrbio excepcional e persistente da ordem pública provocado pela gravidade da infração, pelas circunstâncias em que cometida ou pela extensão dos danos que causou (art. 144, com as alterações da Lei 1.549/2005). Poderá ainda ser ordenada se a pessoa acusada tiver voluntariamente descumprido as obrigações estabelecidas

no denominada *contrôle judiciaire* (art. 141-2), e que podem ser, dentre outras, de não se ausentar do seu domicílio ou sair de um limite territorial indicado, apresentar-se periodicamente, fornecer documentos de identificação e passaporte, abster-se de dirigir veículos, não se encontrar com pessoas indicadas, submeter-se a tratamento médico, pagar uma fiança, não exercer certos cargos profissionais etc. (art. 138). O controle judicial pode ser determinado em qualquer fase como alternativa à prisão provisória (art. 137) ou como medida substitutiva desta (arts. 147 e 148, 4ª parte).

Quanto ao prazo de duração, determina-se que a prisão provisória terá uma duração razoável, consideradas a gravidade dos fatos imputados ao acusado e a complexidade das investigações necessárias para o esclarecimento da verdade (art. 144-1). Quando se tratar de crime, o prazo máximo de duração é de um ano, que poderá ser prorrogado por períodos de seis meses, com prévia oitiva do Ministério Público, do acusado e de seu defensor (art. 145-2, 1ª parte). O acusado

não poderá, entretanto, permanecer preso por mais de dois anos quando o máximo da pena cominada seja inferior a vinte anos, e mais de três anos, quando a pena seja superior a esse patamar. Esse limite é elevado, respectivamente, para três e quatro anos se algum dos fatos constitutivos da infração houver sido praticado fora do território francês. O limite será de quatro anos, independentemente da pena, se se tratar dos crimes previstos nos Livros II e IV do Código Penal francês<sup>19</sup>, tráfico de drogas,

“[Em Portugal] *Nenhuma medida de coação pode ser aplicada se em concreto não se verificar: a) fuga ou perigo de fuga; b) perigo de perturbação do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou c) perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem e da tranqüilidade públicas ou de continuação da atividade criminosa (art. 204).*”

terrorismo, proxenetismo, extorsão de capitais ou cometidos por organizações criminosas (art. 145-2, 2ª parte). Quando se tratar de *delito*, a duração da prisão não poderá ser superior a quatro meses, salvo quando a pessoa já tenha sido sentenciada por uma pena criminal ou por uma sentença superior a um ano e agora possa ser punida com uma sentença de no mínimo cinco anos. Em caso contrário, a prisão poderá ser prorrogada por períodos não superiores a quatro meses, respeitado o limite de um ano de prisão. Será de dois anos o limite máximo se os fatos tiverem sido praticados fora do território francês ou quando se tratar de tráfico de drogas, terrorismo, quadrilha, proxenetismo, extorsão de capitais ou cometidos por organizações criminosas e sujeitos a uma pena superior a dez anos (art. 145-1).

Pode o juiz da instrução determinar que o preso provisoriamente fique incomunicável por dez dias, prorrogáveis por igual prazo, não se admitindo que a incomunicabilidade seja extensível ao advogado do detido (art. 145-4).

É admissível a qualquer momento a concessão de liberdade de ofício pelo juiz da instrução, com ou sem a imposição do controle judicial, depois de ouvido o Ministério Público. Se concedida, a pessoa investigada deverá comparecer a todos os atos do processo e informar suas atividades (art. 147, 1ª parte). Se o pedido for requerido pelo Ministério Público e o juiz de instrução não conceder a liberdade por ele solicitada, deverá este, no prazo máximo de cinco dias, remeter o expediente ao juiz das liberdades e da detenção, que decidirá em três dias (art. 147, 2ª parte). Pode o acusado ou o seu advogado requerer a concessão de liberdade a qualquer momento, devendo o juiz de instrução remeter imediatamente o expediente ao Ministério Público para se manifestar. Se o Procurador da República discordar do pedido, caberá ao juiz de instrução, nos cinco dias seguintes, remeter o pedido para análise do juiz da liberdade e das detenções, que deverá proferir decisão no prazo de três dias, fundamentando-a de acordo com os motivos que autorizam a decretação da prisão provisória, previstas no art. 144 (art. 148).

Quando concedido o pedido de liberdade em contrariedade ao parecer do Ministério Público, este órgão deverá ser imediatamente comunicado, não se admitindo que nas quatro horas seguintes ao recebimento dessa notificação seja a ordem de livramento executada. Isso porque, nesse prazo, é possível a interposição de apelação junto ao juiz de instrução ou ao juiz das liberdades e da detenção e, simultaneamente, um recurso urgente (“*référé-détention*”) perante o 1º Presidente da Corte de Apelação. A interposição desses recursos tem o efeito de suspender a concessão da liberdade (art. 148-1-1, com as alterações da Lei 204/2004).

Na Itália, prevê-se inicialmente que nenhuma pessoa pode ser submetida à prisão quando não existirem graves indícios de culpabilidade ou quando estiver presente alguma causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade (art. 273, *Codice di Procedura Penale*). Nos termos do art. 274, a prisão pode ser imposta: a) quando existirem riscos concretos contra a aquisição ou a integridade de provas; b) em decorrência da fuga ou do risco de fuga, sempre que possível a imposição de pena superior a dois anos de reclusão; c) quando, consideradas as circunstâncias e a natureza do fato bem como a personalidade do investigado, deduzir-se do seu comportamento e de seus antecedentes a existência de perigo concreto de que vá cometer delitos graves com utilização de arma ou de outra forma de violência contra pessoas, delitos contra a ordem constitucional ou de organização criminosa, ou delitos semelhantes ao que responde (neste caso - risco de reiteração de delitos semelhantes ao que responde - exige-se que a pena máxima prevista seja superior a quatro anos). Ademais disso, a

prisão provisória só é cabível quando cominada ao crime pena de prisão perpétua ou prisão cujo máximo não seja inferior a três anos, exigência que é excepcionada quando houver transgressão às determinações de outras medidas cautelares<sup>20</sup> (art. 280, *commas 2 e 3*).

Determina-se que a prisão só poderá ser decretada se proporcional ao fato e à punição correspondente (art. 275, *comma 2*, na redação da Lei nº 128/2001). O Código de Processo Penal contém casuística em que não se admite a prisão provisória. Assim, ela não poderá ser imposta se provável que na sentença seja concedida a suspensão condicional da pena (art. 275, *comma 2-bis*) ou quando cabíveis outras medidas cautelares (art. 275, *comma 3*), o que é pré-excluído pela legislação italiana quando se trata de associação do tipo mafiosa (art. 416-*bis*, CP). Não se admitirá ainda a prisão provisória, salvo em casos de excepcional relevância, de mulheres grávidas, de mães de filhos com idade inferior a três anos que morem sob o mesmo teto, ou dos seus pais quando a mãe estiver morta ou for incapacitada, e de pessoas com idade superior a setenta anos (art. 275, *comma 4*, CPP). Não

será imposta também contra pessoas com AIDS ou acometidas por outras graves problemas de imunidade (comprovadas segundo regulamento do Ministério da Saúde e do Ministério da Justiça) se a suas condições de saúde forem incompatíveis com o estado da prisão ou se nela for impossível oferecer os cuidados que se apresentarem necessários ao doente (art. 275, *comma 4-bis* e art. 286-*bis*). É possível, nesses casos, a determinação de aprisionamento domiciliar (art. 275, *comma 4-ter*).

A prisão deve ser precedida de pedido do Ministério Público, que deverá fundamentá-lo, apresentando também todos os ele-

“[Na França] *Prevê-se ainda uma espécie de prisão temporária, denominada ‘garde à vue’.* O oficial de polícia poderá determinar, por necessidade de investigação, a prisão de qualquer pessoa suspeita de haver ou cometido ou tentado cometer uma infração penal. Nesse caso, o Ministério Público deverá ser cientificado da prisão, que não poderá durar mais de vinte e quatro horas, com possibilidade de ser prorrogado por igual período mediante autorização escrita do Procurador da República (art. 63).”

mentos que existam em favor do acusado (art. 291, *comma 1*). A decisão deverá, sob pena de nulidade, conter a identificação do imputado, a descrição sumária do fato com menção ao dispositivo legal violado, a exposição das exigências cautelares e dos indícios que justifiquem a medida, a alusão aos fundamentos que levaram a rejeitar os dados em favor do acusado, as razões concretas e específicas pelas quais os objetivos previsto no art. 274 não possam ser atingidos por outras medidas cautelares, e o termo final de duração da medida (art. 292). Enfatiza-se a nulidade da decisão que não avalie os elementos que foram colhidos contra e a favor do acusado na investigação e que devem ter sido apresentados pelo Ministério Público (art. 292, *comma 2 ter*).

Quanto ao prazo de duração, estabelece o Código de Processo Penal italiano, em seu art. 303, que a prisão provisória perde eficácia quando: a) do início de sua execução hajam transcorrido os seguintes prazos sem início da audiência de julgamento<sup>21</sup> ou sem que tenha havido aplicação da pena a requerimento das partes: *a.1*) três meses, quando se tratar de delito punido com pena de reclusão não superior a seis anos; *a.2*) seis meses, quando se tratar de delito com pena de reclusão máxima superior a seis anos; *a.3*) um ano, na hipótese em que se procede por crime sujeito à prisão perpétua, crime sujeito à pena máxima superior a vinte anos de reclusão ou algum dos crimes consignados no art. 407<sup>22</sup>, reduzindo-se, nesta última hipótese, a exigência de pena máxima a uma pena superior a seis anos; b) do início da fase de julgamento ou da execução da prisão tenham fluído os seguintes prazos sem prolação de sentença condenatória em primeiro grau de jurisdição: *b.1*) seis meses, quando se tratar de delito punido com pena de reclusão não superior a seis anos; *b.2*) um ano, quando se tratar de delito com pena de reclusão máxima não superior a vinte anos; *b.3*) um ano e seis meses, quando se tratar de crime sujeito à prisão perpétua ou com pena máxima superior a vinte anos (quando se tratar de algum dos delitos mencionados no art. 407, *comma 2*, letra “a” do CPP italiano, o prazo a que se refere estas últimas três hipóteses são aumentados em até seis meses); c) do início do procedimento abreviado (*giudizio abbreviato*) tenham transcorrido os seguintes períodos sem a prolação de sentença: *c.1*) três meses, quando se procede por crime ao qual se comina pena de reclusão não superior a seis anos; *c.2*) seis meses, quando se tratar de crime sujeito a pena que não supere vinte anos de reclusão; *c.3*) nove meses, quando se procede por crime sujeito à pena de prisão perpétua ou superior a vinte anos; d) da prolação da sentença condenatória em primeiro grau de jurisdição ou da execução da medida, tenham transcorrido os seguinte prazos sem decisão em grau de apelação: *c.1*) nove meses, se foi imposta pena não superior a três anos; *c.2*) um ano, se aplicada pena não superior a dez anos de prisão; *c.3*) um ano e seis meses, quando aplicada pena de prisão perpétua ou superior a dez anos de reclusão. Esses prazos podem ser prorrogados no caso de perícia de sanidade mental do réu ou de grave exigência

*“Enfatiza-se a nulidade [no direito italiano] da decisão que não avalie os elementos que foram colhidos contra e a favor do acusado na investigação e que devem ter sido apresentados pelo Ministério Público (art. 292, comma 2 ter).”*

cautelar (*gravi esigenze cautelari*) (art. 305). Como limite global, estabelece o Código de Processo Penal italiano que a duração total da prisão cautelar, incluindo as prorrogações do art. 305, não pode exceder a: a) dois anos, quando se tratar de crime ao qual não se comine pena superior a seis anos; b) quatro anos, quando se procede por um crime sujeito a pena não superior a vinte anos; c) seis anos, no caso de crime ao qual a lei impõe pena de prisão perpétua ou superior a vinte anos.

Aprovado no ano de 2000, dispõe o recente Código de Processo Penal do Chile que, uma vez formalizada a investigação, a prisão preventiva poderá ser decretada, a pedido do Ministério Público ou do querelante, sempre que presentes as seguintes condições: a) indícios da existência do delito; b) indícios que permitam concluir que o acusado para ele concorreu como autor ou cúmplice ou que procurou encobri-lo; c) indícios segundo os quais a prisão seja indispensável para o êxito de diligências específicas da investigação, ou que a liberdade do acusado é perigosa para a segurança da sociedade ou do ofendido.

É explicitado que a prisão preventiva é indispensável para o êxito da investigação quando existir fundada suspeita de que o acusado poderá obstaculizá-la mediante a destruição, modificação, ocultação ou falsificação de provas ou induzindo co-acusados, testemunhas, peritos ou terceiros para que dêem informações falsas ou se comportem de maneira desleal ou reticente. Estabelece ainda o preceito que para estimar se a liberdade do acusado resulta ou não perigosa para a segurança da sociedade, o tribunal deverá considerar especialmente alguma das seguintes circunstâncias: a gravidade da pena assinalada ao delito; o número de delitos de que é acusado e a natureza destes; a existência de processos pendentes; o fato de se encontrar o acusado sujeito a alguma medida cautelar, em liberdade condicional ou gozando de algum dos benefícios alternativos à pena privativa de liberdade; a existência de condenações anteriores cujas execuções estejam pendentes, considerando-se a gravidade dos delitos ou o fato de terem sido praticados em quadrilha. Por fim, segundo o dispositivo, entender-se-á que a liberdade do acusado representa risco para o ofendido quando existirem antecedentes que permitam presumir que ele realizará novas agressões contra este, ou contra a sua família e os seus bens (art. 140).

A prisão pode ser imposta para assegurar o comparecimento do acusado em juízo ou para garantir a execução da pena. Nesse caso, admite-se que a prisão seja substituída por uma caução econômica suficiente (fiança), cujo montante fixará (art. 146).

Com as alterações da Lei 20.074, de 14 de novembro de 2005, o art. 141 do Código de Processo Penal chileno assenta que não se poderá ordenar a prisão preventiva quando ao delito forem cominadas exclusivamente penas pecuniárias ou restritivas de direitos, quando se tratar de delito sujeito à ação privada ou quando o acusado estiver efetivamente cumprindo pena privativa de liberdade. Neste caso, se o Ministério Público ou o querelante

estimarem necessária a prisão preventiva, poderão solicitá-la antecipadamente, a fim de que seja executada, sem solução de continuidade, quando cessado o cumprimento da pena privativa. Será decretada a prisão do acusado que não comparecer à audiência de juízo oral.

Quanto à formalização do pedido de prisão preventiva, prevê-se que poderá ser requerida verbalmente na audiência de formalização da investigação, na audiência de preparação do juízo oral ou na audiência do juízo oral. Também poderá ser requerida em qualquer fase da investigação, caso em que o juiz fixará uma audiência específica para decisão, notificando o acusado e o seu defensor - a presença de ambos constitui pressuposto de validade da audiência<sup>23</sup> - além dos demais intervenientes (arts. 142 e 143).

A decisão que decretou ou rejeitou a decretação da prisão preventiva pode ser modificada a qualquer momento, de ofício ou a pedido das partes. Quando solicitada pelo acusado a revogação da prisão, autoriza-se que esse pedido seja rejeitado pelo tribunal de plano ou após audiência específica em que deverão comparecer as partes para debaterem sobre a subsistência dos requisitos que autorizaram a medida. Inexistirá possibilidade de ser rejeitada a solicitação de plano, sendo necessária a realização dessa audiência, quando transcorridos dois meses desde o último debate oral em que se tenha decretado a prisão (art. 144). É possível, também a qualquer momento, a substituição da prisão preventiva por outras medidas cautelares<sup>24</sup>. Ademais, à semelhança do direito alemão, prevê-se que, decorridos seis meses da sua decretação, deverá o tribunal designar audiência para decidir acerca de sua cessação ou prorrogação (art. 145). Igual procedimento deverá ser adotado quando transcorrido metade do tempo da pena que se espera acaso seja condenatória a sentença penal ou do tempo da pena efetivamente imposto no decreto condenatório (art. 152).

No caso de prisão em flagrante, é obrigação da polícia efetuar a comunicação do fato ao Ministério Público no prazo máximo de doze horas. O membro do *Parquet* pode tornar sem efeito a prisão ou determinar que seja feita a condução do detido ao magistrado no prazo máximo de vinte e quatro horas. Neste caso, deverá ainda dar ciência do fato a advogado de confiança do detido ou à Defensoria Pública (art. 131). O comparecimento do detido deverá ocorrer em audiência a qual deverá comparecer obrigatoriamente o membro do Ministério Público, implicando a sua ausência a imediata liberação do acusado. Nessa audiência, procederá o Ministério Público à formalização da investigação e ao requerimento de medidas cautelares quando existirem elementos suficientes. Em caso contrário, poderá pedir seja prorrogada a detenção pelo prazo de três dias com o fim de preparar o seu pedido.

## ■ Notas ■

<sup>1</sup> Por essa razão, deixo de rotular qualquer dos dois grupos, como se vê muitas vezes, até por respeitados doutrinadores, com utilização de expressões pejorativas. Só considero relevantes, para um debate científico sério, argumentos e não rotulações preconceituosas.

<sup>2</sup> Pela serenidade da exposição, merece ênfase artigo de Ingo Wolfgang Sarlet (Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência, Revista AJURIS vol. 98, jun. 2005, p. 105-149), cuja leitura se recomenda.

<sup>3</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa, Temas de direito processual - Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 8.

<sup>4</sup> Cf. ROXIN, Claus, Derecho procesal penal. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003; RODRÍGUEZ, Jesus Rodríguez y. La detención preventiva e los derechos humanos en derecho comparado. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

<sup>5</sup> Expõe Claus Roxin que o perigo de fuga não pode ser visto exclusivamente segundo critérios abstratos. Segundo ele, a simples gravidade do crime ou da pena que lhe é imposta não configuram fatos suficientes para formar uma suspeita de fuga, sem que sejam consideradas as provas desfavoráveis conhecidas pelo acusado, a sua personalidade e a sua situação particular. Diz, por outro lado, que o fato de o acusado ter um domicílio fixo não é, de modo algum, suficiente para afastar o perigo de fuga (ob. cit., p. 260).

<sup>6</sup> É alheia à lógica processual a conclusão de que somente a ingerência sobre testemunhas - e não aquela exercida sobre co-réus - constitua fundamento válido à decretação de prisão preventiva, conforme expressou o Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 86.864/SP, à razão de um suposto "direito de os co-réus estabelecerem estratégia de defesa" (palavras do relator). E não é necessária inserção em nossa legislação de ressalva expressa tal qual a que consta na Alemanha e na França (vide adiante). A hipótese já encontra guarida no art. 312 do CPP, no ponto em que admite a prisão "por conveniência da instrução criminal": o interrogatório insere-se, não há negar, na instrução processual, basta ver sua posição típica no CPP. Ou isso, ou ter-se-á que concluir que o interrogatório não é fonte de prova - sobre ser meio de defesa - e que, por isso, pode simplesmente ser desprezado. Colocando de outro modo: ou o interrogatório, por integrar a instrução processual, deve ser considerado pelo juiz, que tem o dever de levar em conta a versão apresentada pelo réu, ainda que para rejeitá-la diante de outras provas, ou ele constitui um nada, verdadeira quimera incapaz de surtir qualquer efeito processual. E mais: o reconhecimento de um "direito de os co-réus estabelecerem estratégia de defesa" conduziria à ilicitude do art. 191 do CPP; assim, para manter coerência com esse suposto direito, deveriam os réus ser interrogados em conjunto, com perguntas dirigidas concomitantemente a ambos,

para se respeitar o direito de seguirem suas "estratégias de defesa".

<sup>7</sup> Cf. Claus Roxin, ob. cit., p. 261.

<sup>8</sup> Quando sobrevém um outro fato apto à decretação da prisão (ex.: decretada a prisão por risco de fuga, posteriormente há coação sobre testemunhas), a partir de sua ocorrência começa a ser computado novamente um prazo de seis meses. Assim, os prazos não são somados.

<sup>9</sup> Trata-se da STC nº 47/2000, de 17 de fevereiro de 2000: no bojo de um recurso de amparo interposto contra decisão que decretou uma prisão de modo insuficientemente motivado, o Pleno do Tribunal Constitucional da Espanha instaurou a denominada "autocuestión de inconstitucionalidad" quanto aos arts. 503 e 504 da LECrim (redação anterior à Lei Orgânica nº 13/2003) - ou seja, abriu de ofício um processo para analisar com efeitos gerais a constitucionalidade desses

*“No caso de prisão em flagrante [no Chile], é obrigação da polícia efetuar a comunicação do fato ao Ministério Público no prazo máximo de doze horas. O membro do Parquet pode tornar sem efeito a prisão ou determinar que seja feita a condução do detido ao magistrado no prazo máximo de vinte e quatro horas. Neste caso, deverá ainda dar ciência do fato a advogado de confiança do detido ou à Defensoria Pública (art. 131).”*

dispositivos. Todavia, não se chegou a prolatar decisão nesse incidente, segundo opinião corrente, por questões políticas e de ordem pública, já que, se reconhecida a invalidade dos preceitos, resultaria sem base legal toda ordem de prisão provisória.

<sup>10</sup> Cf. DEU, Teresa Armenta. "El nuevo proceso penal español: proceso abreviado, juicio rápido e prisión provisional". *Themis*, Lisboa, n. 11, p. 217-243, 2005; INCHAUSTI, Fernando Gascón. *La reforma de la prisión provisional en España*. In: SALGADO, David Cienfuegos; NANDAYAPA, Carlos Natarén; ESPINOSA, Carlos Ríos (org.). *Temas de derecho procesal penal de México y España*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

<sup>11</sup> Duas observações: 1ª) A escolha do limite de dois anos como critério geral para o cabimento da prisão provisória deve-se, basicamente, ao fato de relacionar-se à impossibilidade de proceder à revelia do réu (art. 786, 1.2, LECrim) e de que é também o limite genérico para a admissibilidade da suspensão condicional da pena (art. 80, do Código Penal espanhol); 2ª) quando se tratar de concurso formal ou material de crimes, o limite será computado com o acréscimo decorrente de tais regras, ainda que os delitos individualmente tenham pena inferior (Fernando Gascón Inchausti, ob. cit., p. 249).

<sup>12</sup> O risco de fuga é analisado a partir da natureza do fato, da gravidade da pena que pode ser imposta ao acusado, da situação familiar, profissional e financeira do acusado e da iminência de realização do julgamento (*juicio oral*). Na hipótese descrita no item "b", há uma presunção legal do risco de fuga. (Fernando Gascón Inchausti, ob. cit., p. 254-255)

<sup>13</sup> A "detenção" é possível nas hipóteses do art. 490 e 492 da LECrim. Segundo o art. 490, qualquer pessoa pode deter alguém que está na iminência de cometer um delito ou em situação de flagrante, que fugiu de estabelecimento penal ou aquele que foi condenado ou está sendo processado à revelia. Por sua vez, conforme o art. 492, o agente policial deverá efetuar a detenção nos seguintes casos, além daqueles mencionados no art. 490: daquele que estiver sendo processado por crime a que se comina pena superior à prisão correccional ou, se inferior a pena cominada, se o seus antecedentes indicarem que não comparecerá quando convocado pela autoridade judicial; na hipótese anterior, ainda que inexistente processo judicial, será cabível a detenção se houver prova da existência de um delito e indícios de que o acusado teve participação na sua execução.

<sup>14</sup> Regra geral há necessidade de declaração judicial da excepcional complexidade. Quando, porém, se tratar de lavagem de dinheiro ou tráfico de drogas, conforme previsto no art. 54, 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, a elevação dos prazos de duração máxima da prisão preventiva decorre diretamente (*ope legis*) do mencionado preceito, sem necessidade de verificação e declaração judicial da excepcional complexidade do procedimento (v. Acórdão de 29/4/99 do Tribunal Constitucional de Portugal, que julgou válido o preceito normativo).

<sup>15</sup> Cf. DALMAS-MARTY, Mireille. *Processos penais na Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>16</sup> Na direito francês, as infrações penais se classificam, conforme sua gravidade, em "crimes", "delitos" e "faltas" (art. 111-1, *Code Penal*).

<sup>17</sup> Na França o juiz de instrução participa da instrução preparatória, exercendo ora poderes investigatórios ora poderes jurisdicionais (art. 83, 2ª parte). Deve-se ressaltar que ele só pode iniciar uma investigação quando instado pelo Ministério Público ou por petição da vítima (art. 51). Existe ainda o juiz das liberdades e da detenção, criado pela Lei 516/2000, que tem a atribuição de ordenar ou de prolongar a prisão provisória e apreciar pedidos de liberdade (art. 137-1).

<sup>18</sup> No direito francês, a pessoa colocada *sob exame* corresponde basicamente ao indiciado no direito brasileiro.

<sup>19</sup> O Livro II trata dos crimes e delitos contras as pessoas e o Livro IV cuida dos crimes e delitos contra a Nação, o Estado e a paz pública.

<sup>20</sup> Eis algumas das medidas cautelares previstas na Itália: a) *Divieto di espatrio* (art. 281), consistente na proibição de que o acusado deixe o território do país sem autorização judicial (essa determinação era aplicável em todo e qualquer crime, mas tal cláusula foi considerada inválida pela Corte Constitucional da Itália, através da Sentença n° 109, de 31.03.1994); b) *Obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria* (art. 282), através da qual se impõe ao acusado a obrigação de apresentar-se à polícia em dias e horários fixados; c) *Allontanamento dalla casa familiare* (art. 282-bis, introduzido pela Lei n° 154/2001), em que se ordena que o acusado deixe imediatamente a residência de sua família, podendo ainda, em tal caso, ser imposta, a pedido do Ministério Público, a obrigação de pagamento de uma renda à pessoa com que ele convivia e que está privada de recursos para o seu sustento; d) *Divieto e obbligo di dimora* (art. 283), na qual se estabelece a proibição de o acusado residir em determinado local ou de se ausentar sem autorização judicial de sua cidade; e) *Sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio* (art. 289) e *Divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali* (art. 290), nas quais se afasta o acusado do exercício de cargos públicos, salvo se eletivos, ou de atividades profissionais.

<sup>21</sup> O procedimento penal italiano comum desenvolve-se, em linhas gerais, a partir de uma fase preparatória constituída de investigações preliminares e, eventualmente, de um incidente probatório e, em seguida, inicia-se a fase judicial, com a realização de uma audiência preliminar e, na sequência, uma audiência de julgamento. Ao lado desse procedimento, situa-se (a) o *giudizio abbreviato*, em que o julgamento, a pedido do réu, ocorre na audiência preliminar, com a redução de pena, se condenatória a sentença, (b) a aplicação de pena a requerimento das partes (*patteggiamento*), que corresponde basicamente a um transação penal, também no início da fase judicial, (c) o *giudizio direttissimo* e o *giudizio immediato*, nos quais não se realiza a audiência preliminar, saltando-se diretamente à audiência de julgamento, e (d) o procedimento por decreto, em que há imediata imposição de pena pecuniária, salvo se houver oposição do réu.

<sup>22</sup> Os delitos mencionados no art. 407, *comma 2, lett. "a"* do CPP italiano são os seguintes: devastação, saque e matança (art. 285, CP italiano), guerra civil (art. 286, CP), associação do tipo mafiosa (art. 416 *bis*, CP), matança (art. 422, CP), homicídio (art. 575, CP), roubo quando praticado por integrante de associação mafiosa (art. 628, CP), extorsão (art. 629, CP), extorsão mediante seqüestro (art. 630, CP), qualquer delito praticado valendo-se de associação do tipo mafiosa ou para facilitar o funcionamento desta (art. 407, 2, "a", 3, CPP), delitos de terrorismo e de subversão da ordem constitucional (art. 407, 2, "a", 4), delitos de fabricação ilícita de armamentos ou de seu contrabando (art. 407, 2, "a", 5), tráfico de entorpecentes e afins (art. 407, 2, "a", 6), associação criminosa quando houver prisão em flagrante (art. 407, 2, "a", 7), indução à prostituição infantil (art. 600 *bis*, CP), exploração de pornografia infantil (art. 600 *ter*, CP), algumas modalidades de abuso de autoridade (609 *bis*, *c/c* arts. 609 *ter*, 609 *quater*, 609 *octies*, CP).

<sup>23</sup> O comparecimento do acusado é obrigatório. Assim, é admitida a decretação de sua detenção se não comparecer à audiência sem justificativa (art. 127, 2ª parte).

<sup>24</sup> São medidas cautelares prevista na legislação chilena, que podem ser impostas cumulativamente: prisão domiciliar; sujeição à vigilância de uma pessoa ou instituição determinada; a obrigação de apresentar-se periodicamente ao juiz ou a uma autoridade designada; a obrigação de não se ausentar do país, do local de residência ou do âmbito territorial fixado pelo tribunal; a proibição de comunicar-se com pessoas determinadas, desde que não signifique prejuízo ao direito de defesa; a proibição de se aproximar do ofendido e da sua família, ou, conforme o caso, a obrigação de se retirar da residência que compartilhe com alguém (art. 155).

### Colabore com o Boletim dos Procuradores da República

Envie o seu artigo para publicação no Boletim, observando:

- 1 tamanho máximo de 20.000 (vinte mil) caracteres, com espaços, contando com eventuais notas de fim de texto e referências bibliográficas
- 2 ausência de conteúdo ofensivo, sobretudo a membros do Ministério Público.

Os textos devem ser enviados aos endereços eletrônicos:

vfurtado@prdf.mpf.gov.br, amelo@prsp.mpf.gov.br e fundacao@pedrojorge.org.br  
tel. (61) 321-5414 / 1495

Os textos que excedam o tamanho máximo somente poderão ser publicados caso não haja textos dentro do padrão para completar a edição

Artigos terão preferência sobre peças processuais

## ■ O Inquérito Policial ou a Investigação Criminal nos Crimes Contra a Ordem Tributária ■

Pedro Antonio de Oliveira Machado  
Procurador da República em Brasília-DF

Douglas Fischer  
Procurador Regional da República – 4ª Região

Como é do conhecimento geral, notadamente dos operadores do direito que atuam na área criminal, mais especificamente nos delitos de sonegação fiscal, o E. Supremo Tribunal Federal, em paradigmático julgamento, pelo seu plenário, decidiu, por maioria<sup>a</sup>, em apertada síntese, que os delitos contra a ordem tributária previstos nos incisos do artigo 1º da Lei nº 8.137/90 são crimes materiais, de resultado, portanto, somente quando do lançamento definitivo do tributo (trânsito em julgado do processo administrativo fiscal de lançamento do tributo) será possível dar-se início à ação penal, i.e., somente a partir de então haverá justa causa para a denúncia e a ação penal. Firmou-se também que somente a partir de tal evento inicia-se a contagem do prazo da prescrição punitiva estatal.

Esta orientação jurisprudencial que ganhou força e ampla aplicação em todos os Juízos e Tribunais do País, originou-se no julgamento do Habeas Corpus nº 81.611, cuja concessão da ordem se deu por maioria de votos<sup>b</sup>, contando com a relatoria do E. Ministro Sepúlveda Pertence, daí por que a este julgado se imputa a qualificação de verdadeiro “leading case” sobre o tema.

Relendo os votos dos Eminentes Ministros, que acolheram este entendimento, verifica-se a preocupação em não permitir que a solução adotada gerasse situação de impunidade, daí porque restou consignado e esclarecido que a prescrição somente teria início a partir do momento em que presentes as condições que autorizassem a instauração da ação penal<sup>c</sup>.

Vale ainda observar que diferentes foram os fundamentos ou soluções apresentadas pelos Eminentes Ministros quanto ao significado ou natureza jurídica do lançamento definitivo do tributo na punibilidade dos crimes contra a ordem tributária.

O Ministro Pertence situou tal ato da administração fazendária na categoria de “condição de punibilidade”, que enquanto não aperfeiçoada impede a pretensão punitiva estatal, no que foi acompanhado explicitamente pelo Ministro Gilmar Mendes. O Ministro Cezar Peluso adotou solução diferente, erigindo-a em “elemento normativo do tipo penal”.

As discussões quando de tal julgamento foram intensas e vários questionamentos foram levantados entre os Ministros. A certa altura da discussão, ponderou o Senhor Ministro Sepúlveda

da Pertence - (Relator) – *Não vamos fazer uma cartilha, mas decidir o caso.*

Contudo, várias são as conseqüências que tal julgamento impõe sobre a persecução penal destes crimes contra a ordem tributária, que a elaboração de uma “cartilha” pelos nobres julgadores se afigura necessária para jogar luzes em vários aspectos obscuros que derivam do entendimento fixado pela nossa Corte Suprema.

Sem a pretensão de exaurir o tema, mister reconhecer que há aspectos obscuros ainda não enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal.

Verificada a decadência tributária e, portanto, estando o fisco impedido de lançar o tributo sonegado, como ficaria a persecução criminal? Vale não olvidar que o prazo da prescrição penal no caso é de 12 (doze) anos (art. 1º e incisos da Lei 8.137/90 c/c art. 109, III, C.P.), em contrapartida ao prazo decadencial de 5 (cinco) anos para o lançamento do tributo ou, na melhor das hipóteses (lançamento por homologação), 10 (dez) anos.

Suponha-se ainda a hipótese de tributo **não sujeito a lançamento por homologação** e que, tendo ocorrido o lançamento do tributo, pela autoridade fiscal, o Conselho de Contribuintes, dando provimento a recurso do contribuinte, anule o lançamento

em razão de vícios formais, o que não é incommum. Baixados os autos à autoridade fiscal para reinício do procedimento fiscal (vez que fraude e supressão do tributo realmente existiram), verifica-se que o lançamento agora foi alcançado pelo prazo decadencial<sup>d</sup>. Como ficaria a punibilidade do crime contra a ordem tributária – art. 1º e incisos da Lei 8.137/90?

E se, havendo o lançamento fiscal em decorrência de fato que também constitua crime do artigo 1º da Lei 8.137/90, o Conselho de Contribuintes decidir pela improcedência do lançamento? Estará impedida, **definitivamente**, a responsabilização criminal? Tal circunstância, de atribuir-se ao Conselho

de Contribuintes ou à esfera administrativa a palavra final sobre determinada questão, não ofende explícita e expressamente o que preceitua o artigo 5º, inciso XXXV, da CF, já que nem mesmo a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito?

*“Sem uma sinergia entre os Órgãos da Administração Fazendária (Receita Federal, Receita Previdenciária etc), Autoridades Policiais e Ministério Público, com uso dos instrumentos de que dispõe uma investigação criminal, (...) esquemas sofisticados de sonegação ficarão impunes.”*

Sob outro ângulo, estaria impedido o Ministério Público de propor ação civil pública, ou qualquer cidadão de propor ação popular, para anular decisão do Conselho de Contribuintes? Se possíveis tais hipóteses, poderia então o Judiciário reconhecer a validade de determinado lançamento fiscal, em tal caso. Daí é de se indagar: por que tal reconhecimento de regularidade formal e substancial do lançamento fiscal não pode se dar pelo próprio Juízo Criminal, no bojo da ação penal (crime contra a ordem tributária), ao invés de se aguardar a decisão do Conselho de Contribuintes? Será que o Juiz Criminal estaria menos habilitado do que a instância administrativa ou do que o Juízo Cível para se pronunciar sobre tal aspecto?

E, havendo ação (civil pública ou popular) para anular decisão do Conselho de Contribuintes, que houvera decidido pela improcedência do lançamento, a consumação do crime contra a ordem tributária dar-se-ia somente após o trânsito em julgado de tal ação judicial?

Se a consumação, o elemento normativo do tipo penal ou a condição objetiva de punibilidade (soluções adotadas no julgamento do Habeas Corpus nº 81.611) verifica(m)-se com o lançamento definitivo do tributo ou trânsito em julgado administrativo do lançamento tributário, é de se indagar se a materialidade delitiva do crime contra a ordem tributária não mais comportaria discussão e, portanto, a ação penal estaria restrita à discussão sobre a autoria. Caso se entenda que a materialidade pode ser objeto de apreciação pelo Juízo Criminal, no âmbito da ação penal, qual a razoabilidade em condicionar-se o exercício da ação penal ao pronunciamento do Conselho de Contribuintes ou à definitividade do lançamento na esfera administrativa?

Estas são apenas algumas das obscuridades que emanam do posicionamento adotado pelo E. Supremo Tribunal Federal acerca da persecução penal e/ou pretensão punitiva estatal dos crimes contra a ordem tributária previstos nos incisos do artigo 1º da Lei nº 8.137/90.

Mas há questão, ainda mais intrincada, que precisa ser enfrentada com cautela e clareza. **Em algumas decisões** a Corte Suprema vem adotando posicionamento ainda mais restritivo quanto à persecução penal de tais delitos, ao decidir que também a investigação criminal ou o inquérito policial estariam condicionados à existência de lançamento definitivo do crédito tributário, na esfera administrativa. Neste sentido vide: HC 84555-RJ, HC-AgR 88657/ES, HC 86120/SP e Pet-QO 3593/SP.

E esta foi a preocupação principal quando se propôs traçar estas linhas sobre o tema.

Para melhor compreender o alcance e conseqüências deste entendimento, é preciso não perder de vista que o tipo penal do artigo 1º da Lei nº 8.137/90 preceitua que: *Constitui crime contra a ordem tributária **suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório**, mediante as seguintes condutas (...)*

*“...outras [decisões] há, também da Suprema Corte, que, contrariamente, não vislumbaram a impossibilidade de investigação criminal ou inquérito policial, mesmo sem o lançamento definitivo do tributo (RE 351801/SC, RHC 82366/ES, HC 89902/SP e RE 503400/PR).”*

Desta forma, a supressão ou redução **do tributo** devido dá-se no momento em que deveria ele ter sido recolhido aos cofres públicos e não o foi. Ou seja, concretizada a hipótese de incidência tributária, não tendo havido recolhimento no prazo legalmente fixado, já estarão presentes todos os elementos do tipo penal, se a supressão ou redução **do tributo** estiver qualificada pelas circunstâncias (condutas fraudulentas) descritas nos incisos do artigo 1º da Lei nº 8.137/90.

A solução adotada pelo E. Supremo Tribunal Federal, tendo como *leading case* o Habeas Corpus nº 81.611, foi fortemente influenciada por uma dada situação circunstancial, qual seja, aquela estabelecida no artigo 34 da Lei nº 9.249/95: *Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.* Veja-se:

*Agora, cobrar tributos sem possibilitar ao contribuinte que,*

*perante a própria administração, demonstre a existência ou não do tributo, ou se o valor é inferior, data vênua, é de uma violência brutal. A verdade é esta: mal ou bem a lei estabeleceu uma extinção da punibilidade dependente de um ato de vontade do sujeito passivo – o pagamento do tributo. Agora, sonegar ao eventual sonegador o direito de dizer que não é sonegador ou que sonegou menos... (Ministro Sepúlveda Pertence)*

*Temos o direito de defesa constitucional e, de outro lado, a não-dependência do Ministério Público da requisição, da denúncia ou da representação feita pelo Fisco e, a terceira, a extinção da punibilidade com o pagamento antes do recebimento da denúncia. (Ministro Nelson Jobim)*

*Senhor Presidente, sempre interpretei o artigo 34 da Lei nº 9.249/95 como a revelar hipótese de esgotamento da fase administrativo-tributária, no que esse preceito consigna que se extingue a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia. A não se assentar, a não se proclamar essa óptica, ter-se-á ação penal como meio coercitivo para chegar-se à arrecadação, à cobrança do tributo. (Ministro Marco Aurélio)*

Assim, quando se afirma que com o lançamento definitivo, i.e., com a constituição definitiva do **crédito tributário**, é que estará presente a condição objetiva de punibilidade, ou, ainda, o elemento normativo do tipo, é preciso não perder de vista que, no mundo fenomênico, a consumação do crime, **supressão do tributo**, ocorreu muito antes dessa **formalização do crédito tributário** e que, portanto, ao transferir-se ou condicionar-se a consumação do delito à realização de um ato formal administrativo, está-se a criar, em realidade, uma ficção jurídica, recurso exegético de aplicação e conciliação das normas existentes sobre dado tema.

Contudo, neste caso dos crimes contra a ordem tributária, é

preciso cautela ao aplicar-se esta ficção jurídica. Sim, pois estão se criando perigosos precedentes ao concluir-se que, como a consumação do delito somente se dá com o lançamento definitivo (ficção jurídica), a própria investigação criminal e o inquérito policial não poderiam ser encetados enquanto não verificada esta condição.

Tal entendimento está a beneficiar justamente os casos mais graves de sonegação de tributos, que causam grandes prejuízos ao erário. Não se deve olvidar que a investigação e desbaratamento dos meios fraudulentos utilizados, de forma cada vez mais sofisticada, para sonegar tributos depende de instrumentos ou técnicas investigativas das quais não dispõem as autoridades fazendárias ou seus agentes de fiscalização.

Sem uma sinergia entre os Órgãos da Administração Fazendária (Receita Federal, Receita Previdenciária etc), Autoridades Policiais e Ministério Público, com uso dos instrumentos de que dispõe uma investigação criminal, como a quebra judicial de sigilo bancário do contribuinte/delinquente e de terceiros que com ele estejam colaborando, interceptação telefônica judicialmente autorizada, oitiva de testemunhas (com possibilidade de condução coercitiva, se necessário), medidas cautelares de busca e apreensão, perícias grafotécnicas, dentre outras, esquemas sofisticados de sonegação ficarão impunes.

Vale observar que no procedimento administrativo fiscal vige o princípio da verdade formal e que o auditor fiscal tem apenas o poder de intimar/notificar o contribuinte ou terceiros para apresentar documentos e esclarecimentos. Havendo omissão ou recusa no cumprimento das intimações/notificações, somente será cabível a aplicação de multa e, se possível, o lançamento, por estimativa, dos tributos sonegados, o que poderá ser altamente vantajoso aos sujeitos ativos do crime contra a ordem tributária.

Ademais, imagine-se as hipóteses, perfeitamente plausíveis, em que uma autoridade policial recebe a notícia crime de que dada pessoa jurídica está a emitir “notas fiscais calçadas” ou então que um empresário está se negando a emitir nota fiscal em relação às mercadorias que está comercializando. Estará impedida a autoridade policial de realizar a prisão em flagrante? E nem mesmo um inquérito policial poderá ser instaurado para investigar a tipificação de crime contra a ordem tributária? Eventual solução que indique que possam ser adotadas providências por crime de falsidade material ou ideológica está descartada, pois o C. Supremo Tribunal Federal já se posicionou que na “sonegação fiscal, o falso não se mostra crime autônomo, mas meio relativo à prática do primeiro” (HC 76847/MG, HC 84453/PB)

Portanto, mostra-se de extrema relevância que os membros do Ministério Público estejam atentos a tais peculiaridades e inconsistências, acerca do entendimento jurisprudencial que vem se formando sobre os crimes contra a ordem tributária, e passem a questionar, inclusive através de embargos de declaração, as decisões sobre o tema. E, com mais razão ainda, tal postura mostra-se inadiável pelos membros do Ministério Público Federal com atuação junto ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, sob pena de generalização e sedimentação da idéia e entendimento de que a simples instauração de inquérito policial ou investigação criminal estejam submetidas àquela con-

dição objetiva de punibilidade, qual seja o lançamento definitivo do crédito tributário.

E, embora possa parecer, numa conclusão mais açodada, não se afigura ser esta a orientação que o C. Supremo Tribunal pretendeu traçar sobre o tema, pois, em contraponto às decisões citadas (HC 84555-RJ, HC-AgR 88657/ES, HC 86120/SP e Pet-QO 3593/SP), outras há, também da Suprema Corte, que, contrariamente, não vislumbraram a impossibilidade de investigação criminal ou inquérito policial, mesmo sem o lançamento definitivo do tributo (RE 351801/SC, RHC 82366/ES, HC 89902/SP e RE 503400/PR). Aliás, no RE 503400/PR, vale registrar o que ponderou o Ministro Cezar Peluso:

“... *O Supremo Tribunal Federal quando julgou o Habeas Corpus nº 81.611/DF, em 10/12/2003, teve em mente aqueles casos normais de sonegação de tributos, ou seja, quando uma empresa é constituída regularmente suprime/reduz e, assim, deixa de recolher as contribuições e impostos devidos. No presente caso, o réu e seu pai, em conluio, obtiveram procuração falsa de terceiros para constituir uma empresa e depois sonegar os tributos. Portanto, não há falar em condição objetiva de punibilidade, pois o Ministério Público estaria manietado em um crime que iniciou com a falsidade documental. ...*” (RE 503400 / PR – Ministro Cezar Peluso – Decisão Monocrática)

## ■ Notas ■

<sup>1</sup> Vencidos a Senhora Ministra Ellen Gracie e os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto

<sup>2</sup> ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conceder o habeas corpus, nos termos do voto do Relator, vencidos a Senhora Ministra Ellen Gracie e os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto, que o indeferiram (HC 81.611 / DF).

<sup>3</sup> 22/10/2003 TRIBUNAL PLENO - HABEAS CORPUS 81.611-8 DISTRITO FEDERAL – CONFORMAÇÃO DE VOTO : O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): *Sr. Presidente, de certo modo me antecipei, sobretudo no aditamento ao voto hoje proferido, à linha central da argumentação da eminente Ministra Ellen Gracie, que ousei chamar de extra-jurídica. Não se discutiu, efetivamente, o que representa, na equação do crime material contra a ordem tributária, o acerto definitivo e a liquidação, a quantificação do crédito tributário. Mas se desenhou, com tintas fortes, o temor da prescrição ao qual me antecipara, entendendo que a hipótese é de suspensão da prescrição, porque, efetivamente, um procedimento administrativo obstrui a instauração da ação penal. Por isso, com todas as vênias, mantenho meu voto.*

<sup>4</sup> “(...) Nos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo artigo 150, § 4.º, do Código Tributário Nacional, isto é, o prazo para esse efeito será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; a incidência da regra supõe, evidentemente, hipótese típica de lançamento por homologação, aquela em que ocorre o pagamento antecipado do tributo. **Se o pagamento do tributo não for antecipado, já não será o caso de lançamento por homologação, hipótese em que a constituição do crédito tributário deverá observar o disposto no artigo 173, I, do CTN. Embargos de divergência acolhidos.**” (STJ, 1.ª S, EREsp 101.407/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 8/5/2000, p. 53, RDDT 58/141)

<sup>5</sup> “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” - Art. 3º do CTN

## ■ Terras Indígenas e Proteção ao Meio Ambiente ■

Luís Wanderley Gazoto

Procurador Regional da República - 1ª Região / Mestre em Direito e Estado pela UnB / Doutorando

### RESUMO

O **objeto** da presente pesquisa é a situação conservacionista existente nas terras indígenas do Brasil e a sua relevância dentro da política nacional do meio ambiente. O **escopo** do presente estudo é analisar tal situação, sob o ponto de vista ambientalista, antropológico e jurídico. Para atingi-lo, inicialmente, realiza-se uma pesquisa sobre os direitos das comunidades indígenas sobre o uso das terras que ocupam tradicionalmente, bem como sua eventual limitação, pela atividade estatal. Também é analisado o fenômeno da superposição de áreas tradicionalmente ocupadas por indígenas e Unidades de Conservação.

Palavras-chave: terras – ocupadas - indígenas – unidades de conservação – SNUC – meio ambiente – conservacionismo – preservação.

### INTRODUÇÃO

De acordo com o **Instituto Socioambiental (ISA)**<sup>1</sup>, 12,33% das terras do País são reservados aos povos indígenas, sendo que as terras indígenas somam 627 áreas, ocupando uma extensão total de 1.049.398 km<sup>2</sup>.<sup>2</sup> Como 98,61% de tais terras se localizam na Amazônia Legal, e boa parte das nossas florestas nela se encontram inseridas, trata-se de áreas, quase sempre, de excelente qualidade de preservação.

Por outro lado, é certo que a cultura indígena é preservacionista, pois sua forma de exploração dos recursos do meio ambiente é, ordinariamente, não-impactante, com o quê, a definição de uma área como reserva indígena implica, indiretamente, na sua conservação.

Ainda, de acordo com o **Instituto Socioambiental**,<sup>3</sup> a situação jurídica atual das terras indígenas é a seguinte:

Situação	Nº de Tis	Extensão (hectares)
Em Identificação (14 em revisão)	99	328.713
Com Restrição de Uso	2	926.000
<b>Total</b>	<b>146 (23,29%)</b>	<b>1.254.713 (1,18%)*</b>
Identificadas/ Aprovadas	35 (5,58%)	5.700.118 (5,35%)
Declaradas	34 (5,42%)	6.482.890 (6,09%)
Reservadas	15	103.722
Homologadas	70	9.170.876

Registradas no CRI e ou SPU	327	83.762.001
<b>Total</b>	<b>412 (65,71%)</b>	<b>93.036.599 (87,38%)</b>
<b>Total Geral</b>	<b>627 (100%)</b>	<b>106.474.320 (100%)</b>

\*A porcentagem das terras a identificar e em identificação traz uma distorção em si, porque as superfícies dessas terras ainda não estão oficialmente definidas.

Propõe-se, com este trabalho, realizar-se uma descrição da relevância das reservas indígenas na política conservacionista brasileira.

Também é nosso objetivo proceder à análise das várias circunstâncias problemáticas pertinentes, principalmente as questões da:

- possibilidade de imposição de restrições ambientais ao usufruto das terras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas;
- possibilidade de criação de Unidades de Conservação ambiental em superposição às áreas de terras indígenas.

### 1. TERRAS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

#### 1.1 a federalização da questão indígena

Enquanto a política nacional ambiental, como se verá, constitucionalmente, é da alçada das três esferas da Federação (União, Estados e Municípios), por sua vez, a competência para tratar das questões indígenas é, privativamente, da União, competindo-lhe:

- legislar sobre populações indígenas (CF, art. 22, inc. XIV);
- processar e julgar as ações judiciais que tenham por objeto a disputa sobre direitos indígenas (CF, art. 109, inc. XI);
- pelo Ministério Público Federal, defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (CF, art. 129, inc. V; LC 75/93, art. 5º, inc. III, e).

Tal assertiva será importante, posteriormente, para se concluir a respeito da possibilidade de os Estados e os Municípios estabelecerem restrições ambientais em áreas de terras indígenas.

#### 1.2 terras tradicionalmente ocupadas pelos índios

O conceito constitucional de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” (CF, art. 231, § 1º) inclui:

1. as terras por eles habitadas, em caráter permanente;
2. as utilizadas para suas atividades produtivas;
3. as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar;
4. as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Repare-se que a longevidade da ocupação não é requisito absolutamente necessário à caracterização das terras indígenas, pois não há obrigação de que se trate de ocupação imemorial, todavia, como aquela deve ser **permanente e tradicional**, excluem-se as terras eventualmente por eles ocupadas.

### 1.3 a originalidade do direito

Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam são chamados de direitos **originários** (CF, art. 231), eis que não são derivados de qualquer outro fato jurídico, como um anterior negócio ou transação, que motivasse a sua transferência.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os **direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam**, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Esta especial qualidade do direito indígena exclui a possibilidade de qualquer alegação de direito propriedade, mesmo àquele decorrente de título executivo judicial. É condição essencial, no caso, que, de fato, se trate de **terra indígena**, cujo reconhecimento se faz na forma adiante indicada.

### 1.4 o direito de posse e usufruto exclusivo

Diz o art. 20 da Constituição Federal que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União, porém, mais adiante, no art. 231, § 2º, afirma-se que tais terras se destinam à posse permanente das comunidades indígenas:

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua **posse permanente**, cabendo-lhes o **usufruto exclusivo** das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. [sem grifo no original]

Em suma, muito embora a propriedade das terras indígenas seja da União, a sua posse e usufruto são exclusivos das comunidades indígenas, o que significa dizer que todos os direitos de fruição das comodidades das referidas áreas de terras são exclusivos das comunidades indígenas.

Quanto à exploração dos recursos hídricos e minerais em terras indígenas, há uma aparente contradição entre a norma constitucional citada e a seguinte, da mesma natureza:

Art. 49. É da competência exclusiva<sup>4</sup> do Congresso Nacional:

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

No caso, esta disposição permite que o Congresso Nacional autorize a exploração e o aproveitamento dos recursos hídricos, enquanto aquela afirma que cabe às comunidades indígenas o usufruto exclusivo das riquezas dos rios e dos lagos existentes em

suas terras. Aqui, no entanto, por certo, há uma distinção entre **recursos hídricos**, que dizem respeito aos recursos energéticos, que podem ser explorados mediante autorização do Congresso, e o aproveitamento das **riquezas dos rios e lagos**, consistentes na sua flora e fauna aquáticas, que são de usufruto exclusivo indígena.

Por sua vez, nenhuma contradição há na possibilidade de permissão de pesquisa e lavra de riquezas minerais, pois o referido § 2º fala em “riquezas do solo”, enquanto os minerais não se compreendem nessa qualidade.

De qualquer forma, a seguinte disposição da Constituição Federal resolve o problema:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

Destaque-se, por fim, que:

“O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, **ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra**, na forma da lei” (CF, art. 231, § 3º). [sem grifo no original]

### 1.5 inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade das terras indígenas

Diz o § 4º, do art. 231, da Constituição Federal: “As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.”

A **inalienabilidade** das terras indígenas diz respeito à impossibilidade de transferência de sua propriedade. Tal comando se destina não às comunidades indígenas, mas à própria União, a quem se reservou o direito de propriedade sobre tais terras.

A **indisponibilidade** das terras indígenas é no mesmo sentido, porém, quanto à possibilidade de transferência dos direitos decorrentes da propriedade, por outros meios negociais, que não a própria alienação, como, por exemplo, a doação.

A **imprescritibilidade** dos direitos sobre as terras indígenas refere-se à impossibilidade de sua perda, por meios não negociais, como pela renúncia, abandono, desapropriação ou usucapião.

Ainda, quanto às conseqüências do reconhecimento dos direitos originários sobre as terras indígenas e demais atributos acima elencados, diz a Constituição Federal, no art. 231:

§ 6º - São **nulos e extintos**, não produzindo efeitos jurídicos, os **atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes**, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. [sem grifo no original]

Com isso, tem-se que não são válidos quaisquer atos de disposição dos direitos reais que recaiam sobre terras indígenas, não

importando a data de sua realização.

### 1.6 impossibilidade de remoção dos índios de suas terras

As comunidades indígenas sentem-se integrantes das terras que ocupam, numa interação harmoniosa. Assim, reconhecendo o seu direito às suas tradições e cultura, em geral, o constituinte estabeleceu, mais uma vez no art. 21, a sua **inamovibilidade**:

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

Sejam postos em destaque, todavia, os requisitos exigidos para a remoção excepcional:

- em caso de catástrofe ou epidemia, que ponha em risco sua população, mediante decreto do Poder Executivo, submetido a referendo, pelo Congresso Nacional;
- no interesse da soberania do País, mediante deliberação do Congresso Nacional.

### 1.7 procedimento demarcatório

Compete à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas (CF, art. 231). Tal procedimento é exclusivamente administrativo, a ser desempenhado pelo Poder Executivo federal.

A regulamentação jurídica do procedimento de demarcação de terras indígenas se encontra no art. 19 da Lei nº 6.001/73 - Estatuto do Índio - e Decreto nº 1.775/96.

Diz o Estatuto do Índio:

**Art.19º** As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, **serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.**

§1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (S.P.U.) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras.

§2º Contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão do interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petitória ou à demarcatória.

Em síntese, conforme o disposto no Decreto nº 1.775/96, o procedimento de demarcação se dá da seguinte maneira:

- a **orientação do procedimento** é feita pela FUNAI, por ser o atual órgão federal de assistência ao índio (art. 1º);
- há **participação** necessária do grupo indígena envolvido (art. 2º, § 3º); e participação voluntária dos Estados e Municípios em que se localize a área sob demarcação, bem

*“Repare-se que a longevidade da ocupação não é requisito absolutamente necessário à caracterização das terras indígenas, pois não há obrigação de que se trate de ocupação imemorial, todavia, como aquela deve ser permanente e tradicional, excluem-se as terras eventualmente por eles ocupadas.”*

como demais interessados, pessoas naturais ou jurídicas (art. 2º, § 8º);

- a base para a demarcação será um **estudo antropológico de identificação das terras**, feito por antropólogo de qualificação reconhecida, designado pelo presidente da FUNAI (art. 2º);

- paralelamente ao estudo antropológico, a FUNAI deve designar **grupo técnico especializado**, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar **estudos complementares** de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação (art. 2º, § 1º);

- concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico deverá apresentar **relatório circunstanciado** ao presidente da FUNAI (art. 2º, § 6º);

- sendo o relatório aprovado pelo presidente da FUNAI, este determinará a **publicação** no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel (art. 2º, § 7º);

- concluído o procedimento, na FUNAI,

os autos são remetidos ao Ministro Justiça, que, em 30 dias, decidirá: 1) pela aprovação de suas conclusões, o que fará mediante **portaria**; 2) ou pela requisição de novas diligências; 3) ou pela sua rejeição (art. 2º, §§ 9º e 10);

- em caso de aprovação pelo Ministro da Justiça, a demarcação das terras indígenas será homologada mediante **decreto** do presidente da República (art. 5º);

- por fim, far-se-á a promoção do **registro em cartório imobiliário** da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda (art. 6º).

### 1.8 ações judiciais

Muito embora o procedimento demarcatório de terras indígenas seja totalmente administrativo, dele, logicamente, podem nascer disputas que deságuam no Poder Judiciário, que, nesse caso, dará a palavra final, reconhecendo, ou não, se se trata de terra tradicionalmente ocupada por indígenas.

Conforme §2º, do art. 19, do Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/73, “contra a demarcação processada nos termos deste artigo **não caberá a concessão do interdito possessório**, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petitória ou à demarcatória.” Isso quer dizer que a pessoa que se achar possuidora daquelas terras não poderá requerer ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente decorrente do procedimento demarcatório, somente sendo possível questionar, judicialmente, a própria demarcação.

Além das ações judiciais promovidas pelas pessoas que se

judgarem prejudicadas pelo procedimento demarcatório administrativo, também é possível que, diante da omissão do Poder Executivo, sejam promovidas ações judiciais demarcatórias, tanto pelas próprias comunidades indígenas, como pelo Ministério Público Federal. Nesse sentido, diz Cláudio Alberto Gusmão Cunha:<sup>5</sup>

Considerando os reiterados exemplos – ainda infelizmente muito frequentes – de negligência do Estado no cumprimento da sua obrigação constitucional de promover a demarcação das terras indígenas, de acordo com os requisitos definidos, outra alternativa não resta aos respectivos interessados – os índios e suas comunidades, as organizações indígenas e o Ministério Público Federal (estes legitimados nos termos dos artigos 129, inciso V, e 232 da Constituição) – senão acionar o órgão jurisdicional competente, no caso a Justiça Federal, em face do disposto no artigo 109, inciso V, também da Carta Política, para ver satisfeita tal pretensão, qual seja: o reconhecimento oficial de uma terra como indígena, garantindo, assim, a sua proteção e o pleno exercício dos direitos sobre ela incidentes.

## 2. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÕES AMBIENTAIS AO USUFRUTO DAS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR COMUNIDADES INDÍGENAS

### 2.1 competência estatal à proteção do meio ambiente

No escopo de garantir o direito difuso a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, impôs-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Nesse sentido, no seu artigo 225, a Constituição Federal estabeleceu os poderes/deveres do Poder Público:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

- I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
- III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
- IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
- V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de

técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

A Constituição Federal também estipula que as atividades estatais protetoras ao meio ambiente são comuns aos três níveis governamentais federativos:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

Tal tripartição das responsabilidades igualmente se dá ao nível legislativo:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

Relativamente ao exercício do poder de polícia, surgem relevantes questionamentos, mormente quanto à competência para fiscalização do empreendimento licenciado. Tal matéria foi apreciada por Andréa Vulcanis, em tese defendida no 9º Congresso Internacional de Direito Ambiental, ocorrido em São Paulo, de 31 de maio a 3 de junho de 2005, sendo suas conclusões:

### 6. CONCLUSÕES ARTICULADAS

6.1 O sistema constitucional prevê uma relação de coordenação entre os entes federativos, não cabendo superposição de competências.

6.2 Em matéria de repartição de competências para o exercício do poder de polícia prevalece a regra da preponderância do interesse.

6.3 A lógica do sistema jurídico faz-se no sentido de que aquele que detém a competência para autorizar o funcionamento de atividade poluidora, ditada conforme a natureza do interesse, detém-no com caráter de exclusividade para fiscalizar a mesma atividade, na medida em que ambos – autorização e fiscalização – são aspectos indissociáveis e inerentes ao poder de polícia.

6.4 Nos casos em que se verifique usurpação de competência, a consequência inevitável é a declaração de nulidade do ato administrativo sancionador, por ausência de um dos pressupostos de sua validade, que é a competência.

6.5 Cada ente federado deve agir, em termos de polícia administrativa, na sua esfera de competência, sendo aplicável uma única exceção, que é o caso de omissão do ente legitimado, quando então, poderá se dar o exercício de competência supletiva, em nome da salvaguarda do bem

difuso que é o meio ambiente.

## 2.2 espécies de atividades protetoras

Das atividades elencadas no art. 225, §1º, da Constituição Federal, podemos classificar as ações estatais de proteção do meio ambiente, na seguinte maneira:

1. **atividades de intervenção direta:** I – preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e promoção do manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II – preservação da diversidade e a integridade do patrimônio genético do País. Isso se dá através da administração de suas próprias terras, inclusive unidades de conservação do seu domínio.

2. **atividades fiscalizatórias do uso de terras públicas e privadas,** decorrentes do poder de polícia, em unidades de conservação ambiental, áreas de proteção permanente e, para o que nos importa para este trabalho, terras indígenas.

3. **atividades fiscalizatórias da atividade privada,** também decorrentes do poder de polícia: II – fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; IV – exigência de estudo prévio de impacto ambiental; V – controle da produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

4. **atividades educativas:** VI – promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

## 2.3 a criação das Unidades de Conservação

Um dos instrumentos para se obter a proteção do meio ambiente é a criação de Unidades de Conservação ambiental, cabendo tal mister, conforme estipula a Constituição Federal, ao Poder Público:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

III - **definir**, em todas as unidades da Federação, **espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos**, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; [sem grifo no original]

A criação desses espaços territoriais protegidos encontrou regulamentação na Lei nº 9.985/00, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, e estabeleceu critérios e normas para a criação, implantação e gestão das unidades de conservação.

Referida lei estipulou que as unidades de conservação integrantes do SNUC são as seguintes:

Unidades de Proteção Integral (art. 8º)	preservar a natureza (art. 7º, § 1º)	Estação Ecológica Reserva Biológica Parque Nacional Monumento Natural Refúgio de Vida Silvestre
Unidades de Uso Sustentável (art. 14)	conservação da natureza + uso sustentável (art. 7º, § 2º)	Área de Proteção Ambiental Área de Relevante Interesse Ecológico Floresta Nacional Reserva Extrativista Reserva de Fauna Reserva de Desenvolvimento Sustentável Reserva Particular do Patrim. Natural

Relativamente às terras indígenas, a Lei nº 9.985/00 foi omissa e, já prevendo as possíveis superposições entre áreas indígenas e unidades de conservação, apenas prescreveu:

Art. 57. Os órgãos federais responsáveis pela execução das políticas ambiental e indigenista deverão instituir grupos de trabalho para, no prazo de cento e oitenta dias a partir da vigência desta Lei, propor as diretrizes a serem adotadas com vistas à **regularização das eventuais superposições entre áreas indígenas e unidades de conservação**.

Parágrafo único. No ato de criação dos grupos de trabalho serão fixados os participantes, bem como a estratégia de ação e a abrangência dos trabalhos, garantida a participação das comunidades envolvidas. [sem grifo no original]

Nada obstante o comando legal, passados 5 anos da sua edição, tais grupos de trabalho ainda não foram criados, sendo tal omissão objeto de várias moções em congressos ambientalistas e indigenistas, por exemplo, a aprovada na plenária do IV Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação, no dia 21/10/2004:

### Moções no IV CBUC

**SUPERPOSIÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E UNIDADES DE CONSERVAÇÃO** Propomos em caráter de urgência o cumprimento do Artigo 57 do Sistema Nacional de Unidades de Conservação que prescreve a criação de grupos de trabalho para propor as diretrizes a serem adotadas com vistas à regularização das superposições entre áreas indígenas e unidades de conservação.<sup>6</sup>

## 2.4 terras indígenas e SNUC

De acordo com o art. 17 da Lei nº 6.001/73, o Estatuto do Índio, reputam-se terras indígenas:

- as **terras ocupadas** ou habitadas pelos silvícolas;
- as áreas **reservadas**, que são áreas distintas à posse e ocupação pelos índios, onde possam viver e obter meios de subsistência, com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais indígenas, podendo organizar-se sob uma das seguintes modalidades: a) reserva indígena; b) parque indígena; c) colônia agrícola indígena; d) território federal indígena (art. 26);

	objetivo básico	unidades
--	-----------------	----------

• as terras de **domínio** das comunidades indígenas ou de silvícolas, que são de propriedade plena do índio ou da comunidade indígena, havidas por qualquer das formas legais de aquisição do domínio: compra, doação, usucapião etc. (art. 32).

As terras de **domínio** das comunidades indígenas ou de silvícolas são regidas pelas normas gerais aplicáveis às propriedades em geral e, como vimos, as terras indígenas, **ocupadas** ou **reservadas**, não tiveram regulamentação na Lei do SNUC – Lei nº 9.985/00; igualmente, o vetusto Estatuto do Índio – Lei nº 6.001/73, também não toca em assunto de preservação ambiental.

Aqui, concordamos com Paulo Machado Guimarães, que, sobre o assunto, diz:

As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são objeto de específico e preciso tratamento normativo no texto constitucional, enquanto as unidades de conservação resultam de normas infraconstitucionais, que por esta razão devem se submeter àquelas e não o contrário.

Por outro lado, esta circunstância não implica negar eficácia ao disposto no art. 225 da CF.

Nas terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, para assegurar a efetividade de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a União, por força do que estabelece o inciso XIV, do art. 22 da CF, deverá dispor sobre esta matéria de forma clara e precisa.<sup>7</sup>

Ocorre que não há lei federal regulamentando a matéria. No caso, o autor acima citado sugere a adoção das regras do art. 28 da Lei nº 6.001/73:

Enquanto uma nova legislação indigenista não é aprovada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente da República, há que se considerar o disposto no art. 28 da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio, no qual é prevista a figura do “**Parque Indígena**”, que:

“...é a área contida em terra na posse de índios, cujo grau de integração permita assistência econômica, educacional e sanitária dos órgãos da União, em que se preservem as reservas de flora e fauna e as belezas naturais da região.

§ 1º - Na administração dos parques serão respeitados a liberdade, usos, costumes e tradições dos índios.

§ 2º - As medidas de polícia, necessárias à ordem interna e à preservação das riquezas existentes na área do parque, deverão ser tomadas por meios suaves e de acordo com o interesse dos índios que nela habitam.

§ 3º - O loteamento das terras dos parques indígenas obedecerá ao regime de propriedade, usos e costumes tribais, bem como às normas administrativas nacionais, que deverão ajustar-se aos interesses das comunidades indígenas”

Nesse ponto, não concordamos com o autor, pois: 1º) o conceito de **parque indígena** não tem correspondência com o das **terras tradicionalmente ocupadas** pelos indígenas, sendo aquelas clas-

sificadas, conforme o art. 17 do Estatuto do Índio acima transcrito, como **áreas reservadas**; 2º) as regras do art. 28, colocando o interesse indígena, mormente os usos e costumes tribais, acima de todos os demais interesses, não permitem o estabelecimento de restrições protetivas ao meio ambiente, em suas terras, com o quê se criaria um direito absoluto aos indígenas.

### 2.5 proteção ao meio ambiente em terras indígenas: nossa tese

É fato que, nos termos do art. 22, inc. XIV, da Constituição Federal compete à União legislar sobre direitos indígenas e, assim, deveria regulamentar a forma de administração dos recursos ambientais localizados em terras indígenas. Não o fez e, nesse caso, entendemos ser inaplicável o Estatuto do Índio, pois suas regras não têm escopo preservacionista.

Para nós, a solução está na própria Constituição Federal, exatamente na síntese dos princípios gerais pertinentes, quais

sejam, 1) o direito difuso de um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 231) e 2) o reconhecimento, aos índios, de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e, nesse contexto, os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Com efeito, quando o constituinte reconheceu os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, o fez não somente pela histórica dívida social que para com eles temos, mas, sim, pela sua forma cultural e tradicional de

relação com o meio ambiente, que, por si, é preservacionista.

Tal afirmação é-nos confirmada pela norma constitucional que inclui, entre as terras tradicionalmente ocupadas, aquelas necessárias à preservação dos recursos ambientais imprescindíveis a seu bem-estar e à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (art. 231, § 1º) e, ainda, aquela que veda a remoção dos grupos indígenas de suas terras (art. 231, § 5º).

Assim, depreende-se destas regras constitucionais que há uma premissa básica para justificar a proteção constitucional das terras ocupadas por indígenas: a continuidade de uma tradição conservacionista - por certo, não há como se imaginar uma atividade indígena depredatória dos recursos ambientais.

Por fim, em conclusão, entende-se que, mesmo não havendo regulamentação legal, a União, por seus órgãos de proteção ambiental, pode ingerir nas terras indígenas, para coibir as atividades de mau uso dos recursos naturais, quer se trate de atividades de estranhos à comunidade indígena, quer para coibir atividades dos próprios indígenas, desde que sua conduta caracterize desvio do padrão tradicional conservacionista, típico daquela comunidade.

### 2.6 a superposição de áreas de terras indígenas e de UCs

É fato que houve a criação de várias Unidades de Conservação sobrepondo-se a áreas de terras indígenas. A questão que se pretende ora resolver é: juridicamente, é válida tal superposição?

Com efeito, vimos que os direitos indígenas às terras que tradi-

“...o direito de uso das terras pelas comunidades indígenas não é absoluto, sendo-lhe reconhecido na medida em que sua cultura é conservacionista, podendo haver intervenção do Poder Público na hipótese de haver seu desvirtuamento.”

cionalmente ocupam são ditos **originários** (CF, art. 231), enquanto a criação de Unidades de Conservação ambiental se constitui em instrumento, previsto na Constituição Federal, para assegurar a efetividade do direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, § 1º, inc. III).

A solução a esse aparente conflito normativo é encontrada a partir do **princípio da especialidade das normas**. No caso, sendo ambas as normas do mesmo nível hierárquico, há que se perquirir se uma das duas é especial, relativamente à remanescente. A resposta é afirmativa: a norma que permite a criação de Unidades de Conservação é geral, podendo ser aplicada às áreas de terras, em geral. Diversamente, a regra que trata das terras ocupadas por indígenas é especial, podendo se admitir que a sua destinação constitucional é o usufruto indígena, conforme suas tradições culturais.

A criação de uma Unidade de Conservação, conforme a Lei nº 9.985/00, pode importar em restrições ao seu uso/posse, que pode se revelar incompatível com o usufruto indígena tradicional - assim:

- nas modalidades: Estação Ecológica (art. 9º); Reserva Biológica (art. 10); Parque Nacional (art. 11); Floresta Nacional (art. 17); Reserva Extrativista (art. 18) e Reserva de Fauna (art. 19), a **posse** e o domínio são do Poder Público, logo, não podem ser aplicadas às terras indígenas;
- por outro lado, as demais modalidades de Unidades de Conservação, que não importam na transmissão da posse ao Poder Público podem ser criadas sobrepostamente às terras indígenas, **desde que as restrições de seu uso não importem em obliteração do usufruto indígena, conforme sua tradição de uso** (que, como vimos, só tem proteção constitucional se for conservacionista);

Ressalte-se, também, que as terras indígenas são do domínio da União, logo, somente a ela caberá, nas hipóteses possíveis, a criação de Unidades de Conservação sobrepostas àquelas terras.

### CONCLUSÕES PRINCIPAIS

Ao final da pesquisa, concluímos, principalmente que:

1) a importância das terras indígenas para o sistema nacional de proteção ao meio ambiente se dá pela sua extensão e qualidade, mas não são, por si sós, Unidades de Conservação ambiental;

2) existe um aparente conflito entre as normas constitucionais que reconhecem às comunidades indígenas os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e aquelas que permitem, ao Poder Público, definir espaços territoriais a serem especialmente protegidos;

3) todavia, a regra que diz que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente (art. 231, § 2º), e a que diz que as comunidades indígenas são irremovíveis das suas terras (art. 231, § 5º), são claramente impeditivas à criação de algumas espécies de unidades de conservação nessas terras, especificadamente aquelas que, conforme a Lei do SNUC, determinariam a transferência da posse ao Poder Público;

4) por outro lado, não haveria nenhum impedimento à criação de espécies de Unidades de Conservação nessas terras, desde que

fossem adotadas as modalidades que não implicassem a transferência da sua posse ao Poder Público e que as restrições de uso não afetassem as atividades produtivas, o bem-estar e a reprodução física e cultural das comunidades indígenas, segundo seus usos, costumes e tradições;

5) as terras indígenas são do domínio da União, logo, somente a ela caberá, nas hipóteses possíveis, a criação de Unidades de Conservação sobrepostas àquelas terras;

6) por fim, observa-se que o direito de uso das terras pelas comunidades indígenas não é absoluto, sendo-lhe reconhecido na medida em que sua cultura é conservacionista, podendo haver intervenção do Poder Público na hipótese de haver seu desvirtuamento.

\*Monografia apresentada como requisito para conclusão da disciplina Tópicos Especiais – Foco em Unidades de Conservação – Centro de Desenvolvimento Sustentável - UnB

Professores: José Augusto Drummond e Fernando Paiva Scardua.

### ■ Notas ■

<sup>1</sup> O **Instituto Socioambiental (ISA)** é uma associação sem fins lucrativos, qualificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), desde 21 de setembro de 2001. Fundado em 22 de abril de 1994, o ISA incorporou o patrimônio material e imaterial de 15 anos de experiência do Programa Povos Indígenas no Brasil do Centro Ecumênico de Documentação e Informação (PIB/CEDI) e o Núcleo de Direitos Indígenas (NDI) de Brasília. Ambas, organizações de atuação reconhecida nas questões dos direitos indígenas no Brasil.

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/pib/portugues/quonqua/ond-eestao/locext.asp>>. Acesso em 28 Jun. 2005.

<sup>3</sup> Disponível em: <[http://www.socioambiental.org/pib/portugues/quonqua/ond-eestao/sit\\_jurid.asp](http://www.socioambiental.org/pib/portugues/quonqua/ond-eestao/sit_jurid.asp)>. Acesso em 28 Jun. 2005.

<sup>4</sup> Inclusivo sem sanção presidencial: CF, art. 48. “Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre ...”

<sup>5</sup> CUNHA, Cláudio Alberto Gusmão. O Atual regime jurídico das terras indígenas. Dissertação de Mestrado em Direito Econômico – Universidade Federal da Bahia: 2000, p. 189.

<sup>6</sup> Disponível em: <[http://www.redeproc.org.br/4cbuc\\_noticias05.html](http://www.redeproc.org.br/4cbuc_noticias05.html)> Acesso em 28 Jun. 2005.

<sup>7</sup> Disponível em <<http://www.cimi.org.br/?system=news&action=read&id=315&eid=262&SID=771c164419dbfa3bda7cf2b725643104>>. Acesso em 28 Jun. 2005.

### ■ Referências bibliográficas ■

CUNHA, Cláudio Alberto Gusmão. **O Atual regime jurídico das terras indígenas**. Dissertação de Mestrado em Direito Econômico – Universidade Federal da Bahia: 2000.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). Disponível em: <[http://www.socioambiental.org/pib/portugues/quonqua/ond\\_eestao/locext.asp](http://www.socioambiental.org/pib/portugues/quonqua/ond_eestao/locext.asp)>. Acesso em 28 Jun. 2005.

IV Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação. Disponível em: <[http://www.redeprouc.org.br/4cbuc\\_noticias05.html](http://www.redeprouc.org.br/4cbuc_noticias05.html)> Acesso em 28 Jun. 2005.

GUIMARÃES, Paulo Machado. **Superposição de Unidades de Conservação em Terras Tradicionalmente Ocupadas por Índios**. Disponível em <<http://www.cimi.org.br/?system=news&action=read&id=315&eid=262>

&SID= 771c16419dbfa3bda7cf2b725 643104>. Acesso em 28 Jun. 2005.

## ■ Progressão de Regime em Crimes Hediondos e Equiparados: Retroatividade e Outras Questões ■

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves  
Procurador Regional da República – 3ª Região

### 1. Apresentação

A recente Lei nº 11.466, de 28 de março de 2007, surgida após a comoção nacional com a morte do menino João Hélio, no Rio de Janeiro, passou a permitir a progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, exigindo 2/5 de cumprimento da pena, se o apenado for primário, e 3/5, se for reincidente. Esta lei foi, também, uma espécie de resposta do Poder Legislativo à decisão do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90, que dizia que: “a pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”.

A decisão do STF vinha lastreada no princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI da Constituição, segundo o qual, “a lei regulará a individualização da pena...”. De fato, ao proibir a progressão de regime, a lei dos crimes hediondos igualava a situação de apenados que poderiam ter diverso comportamento carcerário, não permitindo ao juízo da execução a verificação das condições de cada qual.

Todavia, éramos críticos da decisão proferida pelo STF, porque ofendia o mesmo princípio constitucional que procurava assegurar.

Seu efeito prático era submeter os condenados por crimes gravíssimos ao regime geral da Lei das Execuções Penais, que permitia a progressão após o singelo cumprimento de 1/6 da pena. Esta solução não apenas contrariava a individualização legislativa da pena como a clara disposição constitucional de punir com maior severidade os crimes hediondos, a tortura, o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes, conforme o *mandado de criminalização* constante do art. 5º, XLIII.

A decisão do STF se mostra ainda menos razoável se observarmos que a Lei 10.792/03 deu nova redação ao artigo 112 da Lei das Execuções Penais e dispensou a realização do exame criminológico como condição para a progressão. Esta seria possível “quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento...”.

De toda sorte, tratava-se de uma declaração incidental de inconstitucionalidade, cuja eficácia é restrita às partes que litigam. Ainda que no julgamento da reclamação nº 4355-AC (ainda não concluído) houvesse o Min. Gilmar Mendes sustentado a existência de efeitos *erga omnes* também no controle difuso de constitucionalidade, esta tese apresenta, como óbice, o disposto no artigo 52, X, da Constituição Federal, que comete ao Senado a tarefa de conceder essa eficácia geral, suspendendo a aplicação, no todo ou em parte, de decisão definitiva de mérito, do STF, no

sentido da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Esta explicação apresenta-se imprescindível para a compreensão da eficácia temporal da nova Lei 11.464/2007. Será ela lei nova mais gravosa – e, portanto, irretroativa – vez que editada posteriormente à declaração da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei dos Crimes Hediondos? Ou, ao contrário, considerando que aquele artigo de lei ainda permanecia vigente e aplicável, a nova Lei 11.464/2007 é *novatio legis in melius* e, portanto, retroativa?

## 2. Eficácia temporal da nova lei

Ao devolver, embora no caso concreto, o tratamento da progressão de regime à LEP, o STF a fez permitir diante do cumprimento de apenas 1/6 da pena. A nova lei, ao exigir 2/5 (40%) ou 3/5 (60%) seria, portanto, mais severa. Se o parâmetro for, entretanto, o do artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90, que proibia a progressão, tem-se *la loi plus douce*, determinando, a teor do artigo 5º, XL, da Constituição, sua aplicação aos crimes cometidos anteriormente à sua vigência.

Firmamos convicção no sentido de que a nova lei é retroativa. Sua maior benignidade deve ser verificada não diante da decisão do STF no HC 82.959-AC, mas em face da redação do artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90.

A questão não se resume a seu aspecto penal, mas diz respeito ao debate de quantos poderes se quer que o STF ostente. A exigência de que o Senado Federal aprecie, politicamente, a conveniência ou não de suspender, no todo ou em parte, a aplicação de norma declarada incidentalmente inconstitucional, pelo STF, apresenta-se como corolário do princípio da conservação das normas e da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos. Apenas no procedimento das ações diretas de controle de constitucionalidade, que apresenta diferenciados pressupostos processuais e legitimidade restrita, é que a decisão do STF no sentido da inconstitucionalidade dispensará o exame do Senado.

É certo que as recentes leis da súmula vinculante e da repercussão geral do recurso extraordinário (nº 11.417 e 11.418/2007), atendendo aos postulados da Emenda Constitucional nº 45 – a Reforma do Judiciário – permitiram, na prática, a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário aos precedentes do Supremo. São tais os efeitos destas leis que já seria possível falar na adoção do precedente judicial obrigatório, em nosso país, ainda que restrito às decisões do STF.

Mas não chegamos ao ponto de dispensar a atuação do Senado Federal, pois tratar-se-ia de interpretação *contra a Constituição*. Para tanto seria necessária uma reforma constitucional que suprimisse o artigo 52, X. Ainda que tal solução possa ser preconizada

(e com bons argumentos) ela ainda não se operou, não estando ao alcance da mutação constitucional informal negar vigência e aplicabilidade a texto constitucional.

Admitida essa interpretação, os nada desprezíveis poderes que se concentram no Supremo Tribunal Federal, misto de corte suprema e tribunal constitucional, seriam ainda acrescidos.

Em conclusão, o artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90 estava em vigor. Quem o derogou foi a nova Lei 11.464/2007 que, comparada com ele, é mais favorável. Quem for condenado ou estiver cumprindo pena terá direito, assim, à progressão de regime tão logo cumpra 2/5 da pena, se primário, ou 3/5, se reincidente.

## 3. Alcance das novas disposições

A Lei 11.464/2007 não se limitou a tratar dos crimes hediondos, assim considerados aqueles mencionados no artigo 1º da Lei 8.072/90. Ela diz que o artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos “*passa a vigorar com a seguinte redação*” e aproveita, integralmente, o texto atual do *caput* deste artigo 2, cuja redação é: “*Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de*”. Portanto, a nova disciplina alcança também a prática da tortura (Lei 9.455/97), o terrorismo (ainda sem definição legal) e o tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/2006). A Lei de Drogas, por exemplo, sequer trazia a exigência de que o regime inicial de cumprimento da pena fosse fechado.

Ao exigir que o regime inicial seja fechado, a nova lei reforça a impossibilidade de substituição das penas fixadas por penas restritivas de direitos (art. 43 do Código Penal). É certo que o STF decidiu recentemente que estas disposições sobre regime inicial não eram razão suficiente para negar a substituição, se preenchidos os demais requisitos do artigo 44 do CP, (HC 84928/MG, Rel. Min. Cesar Peluso). Entendeu-se que a Lei 9.714/98, que deu nova redação ao artigo 44 do Código Penal, era posterior à Lei dos Crimes Hediondos e que a fixação do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade não traria outros efeitos.

Ficamos, todavia, com a anterior orientação do mesmo STF, HC 84422/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, no sentido de que não seria possível tal substituição em crimes hediondos ou equiparados.

Outra inovação da Lei é a supressão (aparente) da vedação à concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados. A anterior redação vedava a concessão de “*II – fiança e liberdade provisória*”; a nova redação, veda apenas a fiança. Esta alteração, não temos dúvida, será majoritariamente interpretada no sentido de que poderá o juiz conceder liberdade provisória ao preso em flagrante delito por estes crimes, se entender presentes os pressupostos. De nossa parte, consideramos desarrazoado in-

“...o artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90 estava em vigor. Quem o derogou foi a nova Lei 11.464/2007, que, comparada com ele, é mais favorável. Quem for condenado ou estiver cumprindo pena [por crime hediondo ou a ele equiparado] terá direito, assim, à progressão de regime tão logo cumpra 2/5 da pena, se primário, ou 3/5, se reincidente.”

terpretar o artigo 5º, LXIII da Constituição (que proíbe a fiança) no sentido de que ele permitiria a liberdade provisória, sem fiança. Se nem mesmo efetuando o depósito da contra-cautela, a fiança, pode o flagrante por estes crimes responder ao processo em

liberdade, como admiti-lo sem a contra-cautela? Por esta exegese, a nova lei apenas superou uma redundância constante da lei anterior, sem alterar o tratamento do tema.

## ■ O Sistema da Degravação das Audiências ■

Pedro Antônio Roso

Procurador da República em Concórdia-SC

O sistema da degravação das audiências, implementado em alguns locais pela Justiça Federal, diz respeito a condições de trabalho, para todos os que agem no ato judicial: escrevente, juiz, procurador e advogado. Na audiência, o depoimento das partes e testemunhas é colhido de imediato e sem desvios de conteúdo ou aparagens formais. O próprio Judiciário de ofício gradativamente irá implantar o sistema de degravação em todo o país, ante a economia processual e a necessidade da busca da verdade real. Entretanto, em alguns locais com o sistema já implantado o Judiciário retrocedeu para o sistema do termo, sob a alegação de falta de pessoal para processar a degravação.

O trabalho é uma redenção. É a possibilidade que temos de melhorar o mundo, na busca do ideal.

E o aperfeiçoamento do trabalho se faz evitando o desnecessário e lutando por condições de igualdade.

Exemplo de trabalho desnecessário, que apenas cumpria um papel formal, destituído de conteúdo, encontrava-se no Camboja do Khmer Vermelho de Pol Pot, em que a coletivização forçada colocava pessoas fazendo serviços que máquinas poderiam cumprir. Pois o sistema tradicional e obsoleto da redução a termo da audiência é também um trabalho desnecessário.

Louvável a iniciativa do próprio Judiciário, convencido da excelência do aprimoramento do sistema adjetivo penal. Nesse contexto, reivindicação da ANPR, com a AJUFE e a OAB, trará apoio e legitimidade para o Judiciário implantar o sistema, que pode exigir alguns gastos imediatos a mais, com aparelhagens e treinamentos, mas, a médio e longo prazo, agilizará os trâmites processuais, humanizará o trabalho do digitador, que poderá ser

feito com tranquilidade e sem pressa após a gravação, e ainda será o retrato fiel dos depoimentos.

Inegável o esforço desnecessário do juiz no sistema da redução a termo, com três serviços superpostos: inquirir a testemunha - se concentrar -, resumir a questão e ditar ao escrivão.

Nesse trabalho que o juiz leva a termo os princípios do contraditório e da imparcialidade ficam comprometidos.

*De lege lata* o art. 212 do CPC afirma: “As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida.”

Com o sistema de degravação o juiz de mero intermediário passa a presidente, imparcial, da audiência.

Pelo sistema da gravação do que ocorre na audiência, e com eventual entrega de cópia da gravação às partes, para conferência, se respeitam os princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da Carta Magna).

Quem fez audiências pelos dois sistemas sabe da diferença entre o que ocorreu e o que vai ao papel no termo.

Isso sempre foi motivo de desacordo e fonte de discussões desnecessárias, com os representantes das partes muitas vezes descontentes com as expressões que acabam reduzidas. Fonte de protestos e arrastos na celeridade da audiência. Na grande maioria dos casos não há interesse do magistrado em distorcer ou salientar algumas palavras do depoente, porém, aquilo que se denomina idiosincrasia, que é o aparelho ideológico e cultura jurídica, a maneira de sentir, que difere de pessoa para pessoa,

estará superada pela gravação.

Desaguamos na economia processual, em face do tempo que se perde pelo sistema do termo. Uma audiência de uma hora, pela gravação se faz com menos da metade do tempo. Cito duas audiências paradigmas a título exemplificativo. Uma das 16h45m do dia 03.04.07, da Vara Federal de Caçador/SC, pelo sistema do termo, referente a estelionato de aproximadamente 35 mil reais, cuja inquirição de um réu pelo juiz presidente e partes findou às 18h25m – em comparação com outra audiência das 14 horas do dia 07.03.07, da Vara Criminal Federal de Tubarão/SC, em que três testemunhas de acusação de corrupção, pelo sistema de gravação, findou próximo às 15 horas. A economia processual, de tempo e de esforço é patente.

Alguns acenam com a também celeridade do sistema da estenografia, que inegavelmente é mais célere e objetivo que o do termo, porém, esbarra na condição desumana ao servidor do Judiciário – por ser uma fonte de LER. A cada 50 minutos se trocava o digitador, inclusive no curso da mesma audiência, como ocorria na década de 90 na Justiça Estadual em alguns estados da federação, “erbi gratia” a Vara de Acidentes de Trabalho de Porto Alegre, RS.

E a gravação tem a vantagem sobre a estenografia de que se alguma parte quiser conferir a transcrição pode fazê-lo, respeitando o princípio da ampla defesa e do contraditório.

O juiz federal Walter Nunes da Silva Júnior, presidente da AJUFE, na Revista Consultor Jurídico, de 13.12.06, informa que em 2001 a associação apresentou anteprojeto de lei, defendendo o sistema de gravação, transformado no Projeto de Lei 71/2002 (n. de origem 5.828/2001), regulando a informatização judicial e, dentre as medidas, a gravação, que está aguardando a sanção presidencial.

Vozes contrárias ao sistema da gravação alegam que a posterior transcrição do conteúdo da audiência aos autos, que efetivamente no sistema atual não pode ser afastada, em face do princípio da ampla defesa e contraditório, seria muito extenso e conteria pontos irrelevantes para a causa. O argumento, embora não um sofisma, parte do pressuposto da comodidade de que um termo enxuto pelo crivo do magistrado seria mais fácil de ser analisado no momento das razões finais do art. 500 do CPP ou no arrazoado e julgamento no grau superior. Eventual comodidade dos operadores do direito não pode superar a busca da verdade real e o princípio da ampla defesa. Se o conteúdo ganha em extensão, é que o mesmo reflete o encadeamento das respostas, sendo que os operadores que não atuaram na audiência terão mais elementos para aferirem o que realmente se passou. E perguntas e respostas impertinentes já encontram o óbice processual estampado no art. 212 do CPP. Com a gravação imediata as partes envolvidas no ato judicial ficam mais atentas, aptas a protestarem por eventual impertinência. Ganha o processo em celeridade e a audiência, de um ato judicial enfadonho, passa a ser um ato judicial vivo.

Por outro lado, a alegação de falta de pessoal preparado para efetuar a gravação é uma questão pragmática a ser solucionada pelo Poder Judiciário.

O digitador prefere receber um treinamento para efetuar a gravação e posterior gravação, sem a pressa da audiência e o

aperto da pauta.

Outros ainda brandem o sofisma de que a gravação nos autos poderá não refletir o que foi gravado. Isso esbarra primeiro em uma desconfiança genérica e infundada em relação aos responsáveis pelos atos. E esquece que as partes, acusação e defesa, em regra, estiveram presentes ao ato e também foram partícipes e sempre, aí, sim, reside a grande vantagem do sistema, poderão confrontar a fita gravada com a transcrição aos autos, no fiel respeito à ampla defesa, contraditório e igualdade entre as partes.

Qualquer prisma da questão sobrepuja o sistema do termo.

A comodidade de alguns não pode suplantar a verdade real.

As exatas expressões dos depoentes apenas são colhidas com a gravação. Com a redução e o ditado pelo magistrado, há uma filtragem desnecessária e inconstitucional.

Na Obra “El Ingenioso Don Quijote de la Mancha”, Vol. II, o herói afirmava: “Nunca segundas partes fueron buenas.”

Em síntese, o sistema do termo é desumano, principalmente com os juízes, que precisam trabalhar três vezes mais do que os representantes das partes no intercurso das audiências, e acaba com a imparcialidade e a busca da verdade real, obliterada pelo esforço da redução a termo, sendo que existe e aí está a tecnologia a serviço do humano. O esgotamento humano dos operadores do direito pelo sistema obsoleto da redução a termo é incomparavelmente maior do que no sistema de gravação. Karl Marx aduzia no século retrasado em relação ao trabalho manual: “*Fuerza es reconocer que nuestro obrero sale del proceso de producción em condiciones distintas a como entro.*” (El Capital, Vol. 1).

No trabalho intelectual também o desgaste humano opera com rigor. Se os operadores do direito podem fazer um ato judicial em duas horas, com mais precisão e fidedignidade, não existe razão para que se faça o mesmo trabalho em quatro horas, desgastando-os de forma desnecessária intelectual e fisicamente.

O sistema de gravação, que encontra amparo no art. 212 do CPP, contempla os princípios constitucionais e pétreos da ampla defesa, do contraditório e da igualdade entre as partes, e protege o magistrado na busca da verdade real e o auxilia no predicado da imparcialidade.

Isso *de lege lata*.

*De lege ferenda* há outros pontos. Mas a gravação é *conditio sine qua non* para uma reforma processual penal de conteúdo democrático.

## ■ Referências bibliográficas ■

1. Constituição da República Federativa do Brasil;
2. Código de Processo Penal;
3. Tecnologia contra Lentidão, de Walter Nunes da Silva, “in” Consultor Jurídico de 13 de dezembro de 2006;
4. Don Quijote de la Mancha, II, Miguel de Cervantes, Clasicos Universales, 4ª. Edição, 2001, p. 472;
5. El Capital, Karl Marx, Edição Fondo de Cultura Económica, 1946, p. 240.

## COLABORE COM O BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA

Envie o seu artigo para publicação no Boletim,  
observando o seguinte:

- 1 tamanho máximo de 20.000 (vinte mil) caracteres, com espaços, contando com eventuais notas de fim de texto e referências bibliográficas
- 2 ausência de conteúdo ofensivo, sobretudo a membros do Ministério Público.

Os textos devem ser enviados aos endereços eletrônicos:  
vfurtado@prdf.mpf.gov.br, amelo@prsp.mpf.gov.br e fundação@pedrojorge.org.br  
tel. (61) 3321-5414 / 1495

*Os textos que excedam o tamanho máximo somente poderão ser  
publicados caso não haja textos dentro do padrão para completar a edição*

Artigos terão preferência sobre peças processuais



**PROSEG**  
ADMINISTRADORA E  
CORRETORA DE  
SEGUROS

Agora você pode

**Contratar seu seguro de automóvel, vida,  
residência e plano odontológico online!**

Acessando o site

**[www.pedrojorge.org.br](http://www.pedrojorge.org.br)**

Ou agende uma visita no

**0800 644 6767**

\* Efetuando o seu seguro você estará ajudando os  
projetos sociais da Fundação Pedro Jorge.



