

---

## PRISÃO PREVENTIVA REFORMA DA LEI Nº 5.941/73

---

TUPINAMBÁ PINTO DE AZEVEDO\*

---

### Sistema do Código de Processo Penal

Nosso Código de Processo Penal, editado em 1941, traçou originalmente um sistema de prisão preventiva obrigatória, para casos restritos. Havendo prisão em flagrante e sendo grave o delito (a gravidade seria determinada pela cominação da pena; no caso, reclusão) impunha-se a preventiva. Também na hipótese de crime punido com pena máxima igual ou superior a dez anos, independentemente de flagrante.

A crítica doutrinária a essa sistemática advinha do seguinte: só era autorizada prisão provisória se provada a necessidade da medida, mas nos dois casos de prisão obrigatória tal necessidade presumia-se.

A prisão preventiva, já dizia Ortolan, é um remédio fatal: “fatal aos indivíduos e fatal à sociedade, fatal também à justiça, porque se prende, inocente ou culpado, o homem que ainda não foi julgado”. Daí a exigência de estrita “necessidade” para decretação da custódia cautelar.

Através da Lei nº 5.349/67 foi consagrada a atenuação do sistema legal. Tornada facultativa, a preventiva somente seria imposta diante da ocorrência, efetiva e concreta, de necessidade.

A reforma atendia aos reclamos dos juristas. Campos Barros pontificara: “assentada a natureza cautelar da medida, o risco que ela representa deve ser distribuído entre o indivíduo e o Estado, daí a necessidade do exame de sua conveniência e necessidade “em cada caso concreto”. Pietro Nuvolone, nos trabalhos de reforma do processo penal italiano, acentuava que a prisão preventiva não guardava relação com a gravidade do crime. A ótica moderna da preventiva obrigava a novos parâmetros, “intesa non già come una pena anticipata, ma come una misura resa necessaria dalle esigenze del processo”.

---

\*Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Professor universitário.

Por força da Lei nº 5.349/67, cabível a preventiva somente se necessária para garantia da ordem pública, da instrução criminal ou da aplicação da lei, observados os pressupostos da prova do crime e existência de indícios suficientes de autoria.

Não era o bastante, porém.

Em 29 de novembro de 1973, a Lei nº 5.941 alterou os artigos 408 e 594 do Código de Processo Penal, permitindo ao réu primário e de bons antecedentes o gozo da liberdade, mesmo pronunciado ou condenado em sentença recorrível.

Fatores conjunturais levaram a que a Lei nº 5.941/73 recebesse a denominação vulgar de "lei Fleury". Some-se a isso a circunstância do incremento da criminalidade violenta, nos meios urbanos, e logo se compreenderá a razão da impopularidade do mencionado texto legal.

Nada deve obscurecer, todavia, as razões jurídicas e político-criminais que levaram à edição da Lei nº 5.941/73. Juridicamente, em seu prolog apontam-se duas razões fundamentais: o abrandamento do rigor desnecessário com que era tratado o delinqüente primário e a presunção de inocência, malferida pela prisão provisória. No aspecto de política criminal, a superlotação das prisões brasileiras e os efeitos deletérios da própria prisão. Em todos os congressos científicos é apregoada a preocupação com a "não prisão", com as chamadas "prisões abertas, descriminalização, medidas substitutivas da pena privativa de liberdade, despenalização", etc. Nesse contexto, a abertura propiciada pela nova lei deveria ser saudada como um passo a mais em defesa dos direitos humanos. . .

É interessante observar que, na permissão ao réu pronunciado (procedimento do júri), para que permaneça em liberdade até o julgamento, a lei deu preponderância à personalidade do acusado, em detrimento da gravidade do delito.

De certo modo, a Lei nº 6.416/77 buscou retificar imperfeições da 5.941/73. Embora ampliando as hipóteses de liberdade sem fiança e consagrando o que alguns doutrinadores chamaram de "prescrição da reincidência", o texto de 1977 tornou mais difícil a liberdade do agente, no curso do processo, em se tratando de crimes com violência contra a pessoa ou grave ameaça. Em se tratando de réu vadio, a preventiva tornou-se praticamente obrigatória. E, em concessão à opinião pública, a Lei nº 6.416/77 fez referência ao "clamor público" como fator ponderável para a decretação da prisão preventiva.

### Por um novo sistema

A realidade brasileira não pode ser ignorada pelos juristas. Sobretudo no meio urbano, melhor dito, nas grandes cidades, a violência pessoal gera verdadeira neurose coletiva. A impunidade, fruto de fatores os mais diversos, é também fato de desestabilização social.

Os órgãos de imprensa, fazendo eco ao reclamo das majorias, pede legislação mais severa, revogação da "lei Fleury", criminalização de condutas.

No bojo dessa corrente, situa-se a projetada reforma penal do país, iniciada com a elaboração de um novo diploma penal, novo Código de Processo penal e uma

Lei de Execução Penal. A parte geral do Código Penal e a Lei de Execução já estão em vigor, desde janeiro de 1985. Tramita no Congresso Nacional o projeto de Código de Processo Penal, enquanto a parte especial do Código Penal é objeto de anteprojeto em estudos no Ministério da Justiça.

Ora, o novo Código de Processo Penal soluciona convenientemente a *vexatio quaestio* da prisão preventiva.

Antes de mais nada, o art. 409, § 2º, do anteprojeto prevê medidas substitutivas da preventiva: proibição de ausentar-se o agente da comarca, domicílio ou residência e de freqüentar determinados lugares; obrigação de comparecimento às audiências e atos do processo; prestação de assistência material à vítima ou a seus dependentes, se o indiciado ou acusado voluntariamente apresentar proposta nesse sentido; obrigação de submeter-se a tratamento médico ou psiquiátrico; interdição provisória de certos direitos; obrigação de prestar determinados serviços não remunerados à comunidade, quando possível, fora do horário de trabalho normal, se o indiciado ou acusado voluntariamente apresentar proposta nesse sentido; e, finalmente, obrigação de apresentar-se periodicamente ao juiz, em dia e hora por este estabelecidos.

É mais: em se tratando de crimes com violência contra a pessoa, que o texto arrola exaustivamente — roubo, latrocínio, extorsão, seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto não consensual, quadrilha ou bando, tráfico de entorpecentes — presentes os pressupostos da prova da existência da infração e de indícios suficientes da autoria, está o Juiz inteiramente livre para decretar a custódia preventiva. Dispensa-o o art. 419, parágrafo único, de fundamentar o decreto de prisão preventiva.

A nova sistemática advém de sugestão elaborada por Grupo de Trabalho, reunido em 1979 por convocação do Ministério da Justiça, resultando de trabalho do prof. René Ariel Dotti.

O Ministério Público rio-grandense em várias ocasiões manifestara-se no mesmo sentido.

O último pronunciamento a respeito é de outubro de 1981, quando da realização, em Porto Alegre, das Jornadas de Estudo do Ministério Público. Na ocasião, o colega Nilo Marques, do Ministério Público rio-grandense, apresentou tese defendendo a instituição da preventiva obrigatória nos casos de homicídio qualificado, tráfico de entorpecentes, crimes contra o patrimônio e contra os costumes, quando praticados com violência ou grave ameaça à pessoa.

Vê-se, da enumeração, que a abrangência seria maior do que a consagrada no anteprojeto, por incluído o homicídio qualificado. No particular, parece-nos que a custódia, se admitida, somente deveria ocorrer, com caráter de obrigatoriedade, “após a pronúncia”.

Tem-se como certo, por outro lado, que o projeto de novo Código de Processo Penal tramitará por muito tempo ainda no Congresso Nacional. A reforma da chamada “lei Fleury” não pode ser protelada. Nada obsta à alteração parcial do atual Código de Processo, disciplinada a prisão preventiva nos termos do próprio projeto em tramitação.

Tal solução dispensa alterações em outros dispositivos do diploma vigente, pois sequer se institui a preventiva obrigatória para “todos” os crimes cometidos com violência à pessoa.

### Conclusão

Entendemos que a solução imediata diante das imperfeições do atual sistema deve consistir na aposição de parágrafo único ao artigo 315, com a seguinte redação: “Parágrafo único — Tratando-se de autor ou co-autor em crime de roubo, latrocínio, extorsão, seqüestro, estupro, atentado violento ao pudor, rapto não consensual, quadrilha ou bando, tráfico de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica, a fundamentação pode restringir-se à demonstração de prova da existência da infração e de indícios suficientes da autoria.”

Simple reprodução, como visto, do parágrafo único ao artigo 419 do anteprojeto de Código de Processo Penal.

Permanece em aberto a questão do delito econômico.

Preferimos não realizar essa abordagem porque se trata de matéria a ser disciplinada pelo direito material, bastante lacunoso e tímido. Aí se colocam os problemas da responsabilidade penal da pessoa jurídica, efeitos da reparação do dano, etc.

A prisão preventiva para os chamados crimes “de colarinho branco” esbarra, desde logo, nas penas cominadas, de reduzida duração. *De lege ferenda*, os doutrinadores manifestam-se favoráveis ao uso efetivo de sanções “patrimoniais, restrições de privilégios e prestação de serviços à comunidade”.

Por coerência, as medidas cautelares restritivas devem assumir idênticas características patrimoniais, não detentivas.