

## A PRISÃO NÃO É A ÚNICA MEDIDA GARANTIDORA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

Carlos Kauffmann

A introdução, pelo Projeto de Lei n.º 45 de 1998, de parágrafo único ao artigo 517 do Código de Processo Penal<sup>1</sup> representa verdadeiro avanço no sistema processual vigente, uma vez que possibilitará a substituição da prisão cautelar por medida menos drástica.

A cautela, de acordo com Romeu Pires de Campos Barros,

“é espécie de um gênero mais amplo: a tutela jurídica. Quando se fala de uma tutela cautelar, a referência é feita para indicar as características peculiares a essa modalidade de tutela, cuja função deriva da própria raiz etimológica da palavra: do latim *caveo; estar em guarda*. Ao passo que a tutela é sinônimo de proteção, defesa. Daí porque a atividade de tutela desenvolve-se em relação a um objeto, representado este pela coexistência humana, ou seja, a sociedade, importando na defesa da sociedade mediante o direito”<sup>2</sup>.

Indiscutível a necessidade de medidas destinadas a resguardar a tutela jurídica, pois, “no intervalo entre o nascimento da relação jurídica processual e a obtenção do provimento final, existe sempre o risco de sucederem eventos que comprometam a atuação jurisdicional ou afetem

---

<sup>1</sup> “Art. 517 – Parágrafo único. Ao receber a denúncia o juiz poderá, fundamentadamente, afastar o réu do exercício do cargo ou função, durante o processo, pelo prazo máximo de quatro meses, sem prejuízo da remuneração, quando a gravidade do fato, a reiteração na prática de ilícitos da mesma natureza ou a conveniência da instrução criminal assim o exigirem”.

<sup>2</sup> *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 01.

profundamente a eficácia e utilidade do julgado. Verifica-se, então, a necessidade de providências urgentes que eliminem ou amenizem esse perigo, servindo para tal propósito as medidas cautelares”<sup>3</sup>.

Contudo, não se pode atribuir única e exclusivamente à prisão cautelar a função de resguardo da ordem jurídica: a prisão é medida extrema que estigmatiza o preso; é um mal necessário<sup>4</sup>, que mantém o homem afastado da sociedade<sup>5</sup>, para que o Estado consiga alcançar seus fins<sup>6</sup>.

Assim, a substituição deste mal necessário por uma medida que, ainda permitindo que o Estado alcance seus fins, resguarda a liberdade de locomoção, é digna de aplausos.

\* \* \*

A medida cautelar instituída pelo Projeto de Lei n.º 45 de 1998 – afastamento temporário do cargo ou função pública – deve ser analisada em conformidade com a finalidade almejada pelas causas legais que autorizam-na. Desta forma, mister se torna separar a “gravidade do fato” e a “prática contumaz de delitos da mesma natureza” da “conveniência da instrução criminal”.

Os dois primeiros permissivos para a decretação da medida cautelar buscam tutelar a tranqüilidade da repartição pública. Enquanto o afastamento do cargo ou função baseado na “gravidade do fato” aplaca o clamor público de imediata resposta à conduta praticada, impossibilita o

---

<sup>3</sup> Fernandes, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 279.

<sup>4</sup> Franco, Alberto Silva. *Temas de direito penal: breve anotações sobre a Lei n. 7.209/84*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 121-2.

<sup>5</sup> Fuenes, Mariano Ruiz. *A crise nas prisões*. Trad. Hilário Veiga Carvalho. São Paulo, Saraiva, 1953, p. 09-10.

<sup>6</sup> Castelo Branco, Tales. *Da prisão em flagrante*. 4.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 03.

exercício funcional pela “prática contumaz de delitos da mesma natureza” visa evitar a reiteração do fato.

Contudo, não se vislumbra, em ambos, a necessidade inerente à cautelaridade da medida: nestas duas hipóteses não há interesse cautelar no desenvolvimento ou no resultado do processo que justifique o afastamento do exercício da função. Assim, a decretação da medida cautelar com base nestes dois permissivos legais afronta, sem qualquer dúvida, o estado de inocência assegurado pelo artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal: serve, apenas, para antecipar futura e incerta punição.

O mesmo não se pode dizer do afastamento do exercício do cargo ou função por “conveniência da instrução criminal”.

Havendo elementos concretos de que o réu – funcionário público – utiliza-se do exercício de seu cargo ou função para alterar o curso normal da instrução criminal, a medida cautelar instituída torna-se de grande valia.

Não há, por sua aplicação, qualquer violação às normas vigentes: trata-se de cautela relacionada à produção de prova que dispensa a prisão.

É evidente que a prisão preventiva garantidora da instrução criminal continua sendo aplicável aos crimes funcionais: basta que o afastamento do exercício do cargo ou função não se mostre, no caso concreto, suficiente para resguardar o processo.

Contudo, jamais deve ser afastada a idéia de que a prisão só deve existir após esgotados todos os meios legalmente previstos para

atingir a finalidade desejada. “É um *mal* e só deve existir quando, sem ela, houver mal maior”<sup>7</sup>.

A liberdade é a regra que vigora em nosso ordenamento jurídico, pois “sem a liberdade de ir, permanecer e vir, não há, nem pode haver, por mais que se sofisme, as demais liberdades. É, tipicamente, a *liberdade-condição*, sem a qual não se podem exercer cargos públicos ou particulares, funções honoríficas ou políticas”<sup>8</sup>.

Desta forma, a possibilidade de se resguardar a instrução criminal simplesmente com o afastamento do cargo ou função pública – sem lançar-se mão da prisão preventiva para atingir a mesma finalidade – representa verdadeiro avanço no sistema processual vigente.

=====  
O autor é advogado em São Paulo, mestre e doutorando em Processo Penal pela PUC/SP, professor de Processo Penal da PUC/SP.

---

<sup>7</sup> Tornaghi, Hélio. *Curso de processo penal*. 10.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 7.

<sup>8</sup> Miranda, Pontes de. *História e prática do habeas corpus: direito constitucional e processual comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, tomo I, p. 303.