



Prisão domiciliar cautelar é taxativa, nos termos da Lei das Cautelares

A recente lei traz a possibilidade de concessão de medidas cautelares diversas da prisão, ganhando especial relevo providências como o monitoramento eletrônico do acusado, as proibições de que ele exerça atividade pública, frequente certos lugares, mantenha contato com determinadas pessoas ou se ausente da Comarca, bem como a imposição de recolhimento domiciliar noturno e nos períodos de folga, além do pagamento de fiança.

Deve ser destacado que a prisão domiciliar-processual (diferente, por óbvio, da prisão domiciliar-pena, aplicável nos termos da Lei de Execução Penal), não é medida cautelar diversa da prisão, mas apenas lhe substitui, por razões humanitárias, exigindo-se que o agente seja maior de 80 anos, esteja debilitado por motivo de doença grave, preste assistência a infante ou portador de deficiência, ou seja gestante com gravidez de risco.

A propósito, nunca é demais reafirmar que, no processo penal, não é vigente o "poder de cautela geral do juiz" (artigo 798 do CPC), motivo pelo qual deve o Poder Judiciário autorizar essa medida de recolhimento ao lar, apenas quando atendidos seus requisitos específicos.

Por outro lado, é sabido que, ainda que seja dever estatal garantir a inviolabilidade de todos os direitos fundamentais, havendo choque entre dois bens jurídicos, sempre deverá prevalecer aquele de maior valor, ante a incidência do princípio da proporcionalidade. A isto equivale dizer que, havendo colisão entre os direitos de um indivíduo à liberdade e aqueles de toda uma sociedade (interesse público na efetivação da segurança pública), os últimos devem prevalecer.

No ponto, note-se que a novel legislação não prevê as referidas medidas cautelares diversas (artigo 319 do CPP) como substituição necessária à prisão preventiva, em quaisquer hipóteses, pois a gravidade concreta do fato, a periculosidade demonstrada pela ação do acusado e outras circunstâncias bastam para a demonstração da necessidade e adequação da constrição cautelar (artigo 282), a fim de que seja preservada a ordem pública, a instrução processual ou a aplicação da lei penal (artigo 312).

É bom que se diga que o êxito de qualquer medida cautelar não privativa de liberdade dependerá da efetiva fiscalização do Estado, tão carente de recursos materiais e humanos, que não justificam a sua omissão histórica.

E como se não bastasse, são iminentes ao dever estatal de garantir segurança a seus cidadãos (artigo 144 da CF) as obrigações de prevenir a ocorrência de ilícitos penais e de reprimir as condutas delituosas de forma eficaz.

Diante da importância do tema, a eminente ministra Cármen Lúcia, no julgamento do HC 89.417-8 (1ª Turma, em 22/8/2006), chegou a sustentar o "princípio constitucional da segurança", intimamente ligado, por certo, à face positiva do princípio da proporcionalidade, que a doutrina denomina como proibição de proteção deficiente, cuja incidência já foi também reconhecida pela egrégia Corte Suprema (voto do insigne Min. Gilmar Mendes, no RE 418.376).

Portanto, não se pode emprestar à Lei 12.403/11 aquilo que ela não diz, sob pena de incursão em



inegável proteção deficiente, concebendo-se a prisão domiciliar cautelar como cláusula aberta, aplicável fora das taxativas hipóteses legais.

Date Created

24/08/2011