



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PRISÃO DOMICILIAR E A DICOTOMIA ENTRE O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E
A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS, NORMA GERAL SENDO APLICADA NO LUGAR DA
NORMA ESPECIAL

Bruno Danilo Moraes Silva

Rio de Janeiro
2018

BRUNO DANILO MORAES SILVA

PRISÃO DOMICILIAR E A DICOTOMIA ENTRE O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E
A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS, NORMA GERAL SENDO APLICADA NO LUGAR DA
NORMA ESPECIAL

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós- Graduação
Lato Sensu da Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2018

PRISÃO DOMICILIAR E A DICOTOMIA ENTRE O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
E A LEI DE EXECUÇÕES PENAIS, NORMA GERAL SENDO APLICADA NO LUGAR
DA NORMA ESPECIAL

Bruno Danilo Moraes Silva

Graduado pela faculdade Estácio de Sá. Advogado.

Resumo – O presente artigo tem por objetivo o intuito de estabelecer as possíveis indagações acerca da prisão domiciliar e a partir daí dirimir as dúvidas que vierem a surgir, fazendo dessa forma um conjunto organizado de informações úteis e inteligentes para auxiliar os operadores do direito que porventura desejem se aprofundar um pouco mais no tema de prisão domiciliar. Abordando, no caso, a obrigatoriedade da prisão domiciliar caso o sujeito atenda aos requisitos; demonstrando todas as diferenças contidas nos dois dispositivos legais que trazem hipóteses de aplicabilidade; e demonstrando qual a norma mais adequada a ser aplicada.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Direito à prisão domiciliar. Obrigatoriedade a aplicação da prisão. Aplicabilidade do Código de Processo Penal ou da Lei de Execuções Penais.

Sumário – Introdução. 1. Estando o condenado dentro dos requisitos legais, o juiz tem obrigatoriedade de aplicar a prisão domiciliar ou não? 2. Diferenças entre o código de processo penal e a lei de execuções penais no tocante à prisão domiciliar. 3. É possível se aplicar o código de processo penal no lugar da lei de execução penal mesmo sendo aquela uma norma geral e esta uma norma especial? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa demonstrar as diferenças existentes quando o assunto é a prisão domiciliar, uma vez que tanto o código de processo penal como também a Lei de execuções penais trazem rol que diz em quais hipóteses se aplicam tal medida, porém tais rols não são iguais, existindo assim, divergências entre si.

Tal pesquisa apresenta como tema “A prisão domiciliar e a antinomia existente entre o Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais, norma geral sendo aplicada no lugar de norma especial”, sendo assim o presente trabalho traz as seguintes questões norteadoras: estando o condenado dentro dos requisitos legais, o juiz tem obrigatoriedade de aplicar à prisão domiciliar?; até que ponto o código de processo penal diverge da lei de execuções penais no tocante a prisão domiciliar?; É possível se aplicar o código de processo penal no lugar da lei de execução penal mesmo sendo aquela uma norma geral e esta uma norma especial?

Estas questões norteadoras como o próprio nome diz possuem a função de nortear a pesquisa como forma de dar mais concisão e precisão ao trabalho, sendo que cada questão

possui uma função específica na pesquisa.

A primeira questão busca dirimir a dúvida existente quanto à obrigatoriedade ou não, se existe no tocante à aplicabilidade da prisão domiciliar caso o sujeito esteja dentro do tanto a lei estabelece para assim, se possa aplicar a medida. Tal questão ainda tem a função de iniciar o projeto como uma forma de introduzir o leitor no tema de forma mais abrangente.

A segunda questão norteadora entra com afinco ao tema do presente trabalho, uma vez que já possui a função de delimitar o leitor acerca de cada item do rol tanto do artigo 318 do código de processo penal como também ao artigo 117 da Lei de Execução Penal, demonstrando com isso as divergências e os motivos de serem divergentes tais requisitos.

Por fim, a terceira questão norteadora traz à tona um questionamento existente no mundo jurídico, sendo esse questionamento o fato de que muitas vezes o código de processo penal é aplicado nos casos concretos ao invés de se aplicar a Lei de Execução Penal. Fato que, em tese, configuraria um erro crasso se levar em consideração as formas de resolução de conflito aparente de normas estabelecidas pelo próprio ordenamento jurídico.

Isso ocorre pois, ambas as leis possuem um rol específico aonde delimitam hipóteses em que seria ou não aplicada a pena de prisão domiciliar, porém acontece que esses rols são distintos um sendo mais rígido que o outro, e inclusive o rol mais rígido é justamente o rol da lei geral, motivo pelo qual nasce a grande divergência no caso.

Sendo assim tal questão visa a exatamente dirimir essa dúvida de tal forma a identificar todos os seus motivos.

O presente trabalho não busca esgotar o assunto de forma alguma, o que se visa, na realidade, é demonstrar da melhor forma possível os âmbitos de vigência que abrangem a prisão domiciliar no ordenamento jurídico brasileiro, realizando um relevante estudo na questão da prisão domiciliar e sua aplicabilidade na seara do direito processual penal.

A presente pesquisa busca o maior grau possível de esclarecimento do leitor acerca do tema da prisão domiciliar delimitado aqui, visando a forma mais clara e coesa possível compatibilizar o leitor com a questão da divergência existente quando o assunto é qual lei deve ser aplicada e tentar entender o porquê isso acontece, levando em sua principal busca a diminuição da divergência no mundo jurídico de forma a se dar mais estabilidade ao jurisdicionado ao saber qual lei será aplicada em seu caso específico, para que não se fique a mercê da sorte ou da doutrina aplicada pelo seu julgador.

Como dito o presente artigo não possui a audácia de se esgotar o assunto, porém é necessário se trabalhar o assunto com afinco e com o propósito de auxiliar os usuários da justiça brasileira, como forma de se maximizar sempre a segurança jurídica no âmbito do processo

penal brasileiro, tornando-o cada vez mais eficiente e justo.

1. ESTANDO O CONDENADO DENTRO DOS REQUISITOS LEGAIS, O JUIZ TEM OBRIGATORIEDADE DE APLICAR A PRISÃO DOMICILIAR OU NÃO?

O presente capítulo tem como principal foco dirimir a questão da obrigatoriedade ou não da aplicação da prisão domiciliar caso o indivíduo possua um ou mais dos requisitos elencados na lei.

Primeiramente deve-se verificar tal tema acerca da leitura literal dos dispositivos legais que regem tal medida.

Começa-se então pela análise do Código de Processo Penal, pois em seu artigo 318¹ logo no seu caput traz o texto “Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for”, sendo portanto pela presente leitura observamos logo no seu início, sua primeira palavra o termo poderá. Tal termo então leva a crer que a prisão domiciliar como medida legal, não é algo obrigatório de ser aplicado, o termo portanto remete a ideia de que mesmo que o indivíduo condenado preencha um ou mais requisitos do rol contido no dispositivo o juiz não está obrigado, vinculado a aplicar a medida de prisão domiciliar. Isso é claro pensando na aplicabilidade do código de processo penal no caso, pois ainda existe a divergência a cerca da aplicabilidade do código de processo penal ou da lei de execuções penais, divergência essa que será dirimida no próximo capítulo.

Em suma, no estudo da Lei de Execuções Penais (LEP), para fazer a leitura literal do dispositivo que traz o rol de aplicabilidades, possíveis a pena de prisão domiciliar, sendo seu texto “Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de”, o presente texto não é tão claro quanto ao artigo estudado anteriormente, pois em seu corpo não possui nenhuma termo que nos remeta a obrigatoriedade ou a discricionariedade da aplicação da prisão domiciliar.

Porém, por sorte existe ainda o dispositivo que antecede o artigo 117², sendo portanto o artigo 116³ da mesma Lei de Execuções Penais que possui uma texto muito mais claro a cerca

¹ BRASIL. *Código de processo penal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689Compilado.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

² BRASIL. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 21 mar. 2019.

³ BRASIL, op. cit., nota 2.

do presente tema “O Juiz poderá modificar as condições estabelecidas, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da autoridade administrativa ou do condenado, desde que as circunstâncias assim o recomendem.”, pelo presente texto a interpretação literal do dispositivo fica evidente que também traz a discricionariedade como sendo parte da prisão domiciliar, pois mais uma vez o início do dispositivo traz expressamente o termo poderá.

Coincidentemente o artigo 116 preteritamente exposto, remete um fato novo que embora não tenha sido citado como divergente cabe a sua exposição, que é o fato que o juiz pode de ofício decretar a prisão domiciliar, fato esse que não fora mencionado nos dispositivos do código de processo penal a cerca do tema. Ocorre que sua decretação de ofício faz total sentido quando comparamos a prisão domiciliar com a prisão preventiva, pois se até a prisão preventiva pode ser decretada de ofício pelo juiz no âmbito do processo penal, nada mais justo que a prisão domiciliar também possa uma vez que esta é uma medida menos grave.

Pelo exposto portanto percebe-se que a partir da análise da literal dos artigos referentes tanto a prisão domiciliar tanto no Código de Processo Penal como também na Lei de Execuções Penais verifica-se que a decretação da medida de prisão domiciliar é algo excepcional, que o juiz não é vinculado nem obrigado a decretar mesmo que o condenado cumpra ou não os requisitos elencados tanto no artigo 318 do Código de Processo Penal como também na lei de execuções penais, ambos estudados aqui.

A partir de agora mais que uma simples leitura há a necessidade de se embasar o entendimento em mais do que isso, e sendo assim deve-se ter de ser demonstrado diversos posicionamentos do processo penal, afinal se não for levantado o entendimento desses posicionamentos distintos e também dos tribunais não haveria que se falar em dúvidas a dirimir e apenas em posicionamento a se demonstrar, o que não é o caso.

Eugênio Pacelli no livro curso de processo penal, não cita expressamente e diretamente sua posição quanto à obrigatoriedade ou não da sua aplicação.

Porém fazendo uma leitura sintomática é perceptível que sua posição ser no sentido da não obrigatoriedade da medida mesmo que o sujeito preencha os requisitos. Na verdade é interessante em sua obra que ele traz espécies de sub requisitos que não estão na lei nem no Código de Processo Penal e nem na Lei de Execuções Penais mas que são sub requisitos interessantes e que vale apenas se mencionar, e talvez até serem adotados.

Eugênio Pacelli⁴ traz o entendimento que quando a prisão domiciliar se der por exemplo pelo inciso II do artigo 318 do Código de Processo Penal “II - estiver ele extremamente

⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014 (e-book).

debilitado por motivo de doença grave”, é necessário que se traga aos autos prova técnica da doença, assim como quando for o caso de prisão domiciliar oriunda de gravidez.

Tal sub requisito pode parecer óbvio mas, exatamente por não estar na lei é algo que vale a pena ser dito a fim de se esquivar de qualquer má-fé eventual que possa surgir em um processo. Outro sub requisito trazido é a questão, quando se der a prisão domiciliar em virtude do réu ter filho menor para cuidar, deve ser demonstrado nos autos que o menor de fato mora com o condenado caso contrário só por ter filho e se o filho nem mesmo morasse com o sujeito à aplicação da medida seria incoerente e inútil.

Passa-se, portanto, agora à leitura da obra de direito processual penal do autor Aury Lopes Junior⁵. Nesta obra verifica-se que o autor é bem sutil ao passar pelo tema, uma vez que ele é bem sucinto e preciso em seu diálogo, porém embora sucinto deixa bem claro seu entendimento sobre o tema.

O autor Aury Lopes Junior destaca em sua obra, onde ele chama a prisão domiciliar de prisão cautelar. Aos seus olhos, tal prisão serve para acautelar um determinado bem jurídico, quais sejam eles, os contidos no rol do Código de Processo Penal, uma vez que ele somente cita esse código como parâmetro para a prisão domiciliar, não citando em momento algum a Lei de Execuções Penais.

O autor corrobora com o mesmo entendimento de Eugênio Pacelli⁶, ao dizer que para a comprovação dos requisitos é necessário que se demonstre pela via documental que o condenado cumpre o requisito que alegar.

A prisão cautelar, está submetida aos mesmos requisitos e princípios da prisão preventiva. Logo, entende-se que sendo a prisão preventiva uma faculdade, pode ou não ser decretada pelo juiz, inclusive de ofício, o autor então leva a crer que a prisão domiciliar também é discricionária, podendo ou não ser adotada pela autoridade judiciária e que ainda pode ser adotada de ofício, logo sem requerimento de ninguém até mesmo da parte interessada.

Como última leitura passa-se a verificar as posições dos tribunais superiores, tanto do supremo tribunal federal (STF) quanto do superior tribunal de justiça (STJ). Ambos os tribunais já possuem posição bem solidificada nesse ponto que é simplesmente a mesma posição que já fora mencionada aqui tanto pela leitura literal do artigo como também pelas posições dos dois doutrinadores supre citados, Eugênio Pacelli⁷ e Auri Lopes Junior⁸.

⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (e-book).

⁶ PACHELLI, op. cit., nota 4.

⁷ PACHELLI, op. cit., nota 4.

⁸ LOPES JUNIOR, op. cit., nota 5.

Isso pode ser percebido através de breves pesquisas que demonstram em vários pontos que ambos os tribunais mencionam a aplicação da prisão domiciliar como possível em determinados momentos, tendo o réu abrangido pelo menos um dos requisitos legais.

A palavra possível usada nos tribunais, remete à ideia que pode ser aplicada não sendo portanto um ato obrigatório do juízo.

Essa posição é uníssona tanto no Supremo Tribunal Federal como também no Superior Tribunal de Justiça, não havendo divergências nos tribunais acerca desse tema.

Pode-se, portanto, perceber então que dizer que a aplicação da prisão domiciliar seria obrigatória para o réu que estivesse de acordo com pelo menos um dos requisitos legais. É um entendimento que se percebe que não é adotado, que não deve ser acolhido em hipótese alguma em provas pois, tal aplicação seria tornar a resposta do caso como incorreta, a não ser que dependesse que a banca do referido concurso estivesse de acordo com tal posicionamento, mas somente nessa hipótese.

A doutrina⁹ que deve ser adotada em quase qualquer hipótese é de que a aplicação da prisão domiciliar é algo discricionário do juízo, devendo não só analisar os requisitos legais para a sua aplicação como também analisar a efetividade da medida de prisão domiciliar e a efetividade de prisão comum para somente assim se decidir ou não pela prisão domiciliar no caso concreto.

A exemplo desse entendimento pode-se citar o HC Nº147.490 AGR/SP – São Paulo¹⁰, do STF que nada mais é que uma decisão em que o sujeito estava preso e se enquadrava em um dos requisitos da prisão domiciliar, sendo esse requisito o de doença grave.

Porém, ocorre que mesmo o réu estando enquadrado em uma hipótese a se ensejar a aplicação da prisão domiciliar, o tribunal entendeu que o estabelecimento prisional possuía meios suficientes para tratar o paciente da melhor forma possível, tão bem quanto se ele estivesse fora do estabelecimento prisional. E, sendo assim não haveria a necessidade de se estabelecer ao réu a prisão domiciliar, podendo portanto mantê-lo em prisão comum pois, não o acarretaria nenhum tipo de prejuízo, demonstrando assim o que havia sido mencionado aqui no tocante a haver não só a aplicabilidade do requisito como a fundada e devida necessidade de se aplicar ao réu a prisão domiciliar.

Vê-se, portanto o presente capítulo com o entendimento consolidado de que a aplicação da prisão domiciliar não é um ato obrigatório ao juiz mesmo que o réu apresente um ou mais

⁹ PACELLI, op. cit., nota 4.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 147490*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <www.portal.stf.jus.br>. Acesso em: 21 mar. 2018.

requisitos para sua aplicação, devendo ser levado em consideração outros fatores e a devida prova de tudo, pois no tocante que a prisão comum é somente em última análise feita, a prisão domiciliar é igualmente sendo portanto um poder discricionário do juiz que a deferir.

2- DIFERENÇAS ENTRE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E LEI DE EXECUÇÕES PENAS NO TOCANTE À PRISÃO DOMICILIAR

Deve-se esclarecer que o tema prisão domiciliar no Código de Processo Penal encontra-se alocado no artigo 318¹¹ e conta com o estabelecimento de seis incisos e mais um parágrafo, enquanto que o mesmo tema quando se fala em lei de execuções penais encontra-se alocado no artigo 117 com a presença de apenas quatro incisos.

Preliminarmente percebe-se que o artigo 117 da Lei de Execuções Penais estabelece menos hipóteses que o Código de Processo Penal, porém é bem verdade que o código nesse tocante é bem mais rígido para a aplicabilidade da medida de prisão domiciliar do que a Lei de Execuções Penais, embora esta possua menos hipóteses de cabimento da medida, aquele ainda assim é mais rígido em cada um dos pontos de aplicação, como se perceberá a seguir.

O Código de Processo Penal no primeiro inciso do artigo 318, traz a hipótese de cabimento da prisão domiciliar ao condenado que possua mais de 80 anos, enquanto que a lei de execuções penais no artigo 117¹² em seu artigo primeiro traz a hipótese ao preso condenado, que possua mais de 70 anos.

Claramente percebe-se uma diferença de 10 anos entre um inciso e o outro, uma diferença significativa, e o mais interessante é que a lei de execuções penais que é a lei voltada exclusivamente para a execução das penas é mais branda nesse ponto do que o código de processo penal.

Já no segundo artigo dos mesmos dispositivos tem-se a exposição do segundo requisito possível para aplicação da medida, que no caso do Código de Processo Penal é extremamente debilitado por motivo de doença grave, já a lei de execuções penais traz em seu texto apenas o condenado acometido por doença grave.

Mais uma vez a possibilidade trazida pelo código de processo penal é mais dura que a

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹² BRASIL, op. cit., nota 2.

trazida pela Lei de Execuções Penais, pois embora os dois dispositivos tratem de doença grave, o elencado pelo Código de Processo Penal traz em seu bojo o expressão extremamente debilitado o que mostra claramente a intenção do legislador em demonstrar que só deve ter direito a prisão domiciliar não qualquer doente oriundo de uma grave doença mas sim aquele doente que não possua mais condições de se tratar dentro do estabelecimento penal e/ou aquele que esteja tão grave que em uma tentativa do estado de lhe dar uma ultima dignidade em sua vida lhe permite passar esse tempo ao lado de seus familiares em sua residência.

Vale lembrar ainda que o termo doença grave é bem amplo, sendo portanto um termo subjetivo em que o juiz quem irá decidir se a doença do sujeito é considerada grave ou não, muito embora essa discricionariedade só vá ser relevante mesmo no caso do requisito estabelecido pela lei de execuções penais já que neste caso qualquer doença grave permitiria a aplicabilidade da prisão domiciliar, visto pois que o Código de Processo Penal trazendo esse requisito de extremamente debilitado torna pouco importante a doença na qual o condenado esteja acometido, devendo prevalecer o seu estado de saúde acima de sua doença específica.

Sobre o tema vale a leitura do artigo publicado pelo professor Renato marção¹³ no site migalhas, aonde ele é bem sucinto e preciso no seu entendimento demonstrando a prisão domiciliary como substitute da preventiva, inclusive neste artigo o autor demonstra que conforme será abordado no próximo capítulo ele entende deve ser aplicado ao caso de prisões domiciliares o Código de Processo Penal e não a Lei de Execuções Penais.

Na terceira hipótese de cabimento a diferença é ainda mais ampla, tendo em vista o Código de Processo Penal em seu dispositivo traz a ideia de que o condenado para ter direito a esta medida deve ser imprescindível a pessoa menor de 6 anos ou com deficiência, interessante destacar que não traz a palavra filho e sim pessoa, o que demonstra que não precisa ser ascendente para ter esse direito basta ser imprescindível aos cuidados dessa pessoa. A Lei de Execuções Penais traz como terceira hipótese o requisito de o condenado ter filho menor ou deficiente.

Percebe-se de diferença mais uma vez que embora para o Código de Processo Penal não precise ser filho como dito logo acima, a Lei de Execuções Penais remete exatamente a necessidade de ser filho, porém também traz que qualquer filho menor ou deficiente e como se sabe menor é todo aquele que possua até 18 anos incompletos, logo mais uma vez a Lei de Execuções Penais é extremamente mais ampla que o Código de Processo Penal pois o Código

¹³ MARCÃO, Renato. *Prisão domiciliar substitutiva da preventiva*: a Lei 13.257/16 e o atual artigo 318, incisos IV, V e VI, do CPP. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI255591,61044-prisao+domiciliar+substitutiva+da+preventiva+lei+1325716+e+o+atual>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

de Processo Penal diz que a pessoa deva ser menor de 6 anos não qualquer menor, o que denota mais uma vez uma diferença gritante em relação aos dois dispositivos.

No próximo inciso não há divergências, tanto o Código de Processo Penal quanto também a Lei de Execuções Penais trazem exatamente o mesmo requisito, que é a condenada estar grávida, ou seja, ao pé da letra traz o termo gestante.

Ocorre que cabe apenas um adendo, o texto trazido pela Lei nº 12.403 de 2011¹⁴ era que só teria direito a gestante que estivesse após o sétimo mês de gravidez ou fosse esta de alto risco, o que era portanto uma enorme divergência em comparação com a Lei de Execuções Penais, ocorre que no ano de 2016 esse texto foi revogado pela Lei Nº13.257 onde trouxe apenas o termo gestante, se adequando portanto ao termo trazido pela Lei de Execuções Penais, dirimindo nesse ponto portanto qualquer divergência entre os dispositivos legais.

A mesma Lei nº 13.257¹⁵ de 2016 trouxe consigo ainda os outros 2 incisos contidos no artigo 318 do Código de Processo Penal, entretanto a Lei de Execuções Penais parou no quarto inciso, não possuindo mais nenhuma hipótese de cabimento da prisão domiciliar.

O inciso V do dispositivo legal, traz como requisito para a imposição da medida que a mulher condenada tem direito a prisão domiciliar caso tenha filho menor de 12 anos de idade incompletos.

Esse inciso por sinal foi aquele inciso que foi alvo do *Habeas Corpus* coletivo ao STF no qual se pediu que se aplicasse a prisão domiciliar a todas as mulheres que tivessem filhos menores de 12 anos, o que fez com que se passasse a entender que pelo menos nesse caso o STF entendeu pelo obrigatoriedade da medida de prisão domiciliar, caso claro a mulher cumpra especificamente este inciso como requisito.

O *Habeas Corpus* coletivo de número 143641¹⁶ concedeu a substituição das prisões preventivas a prisão domiciliar a todas as mulheres que tivessem filhos menores de 12 anos ou com deficiência sem prejuízo das medidas contidas no artigo 319¹⁷ do Código de Processo Penal.

É claro que, embora o STF tenha, nesse caso, praticamente vinculado as decisões de prisão domiciliar devam ser aplicadas, deve-se tomar muito cuidado e ser avaliado o caso

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 12.403*, de 04 de maio de 2011. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 25 mar. 2018.

¹⁵ BRASIL. *Lei nº 13.257*, de 08 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 143641*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <www.portal.stf.jus.br>. Acesso em: 21 mar. 2018.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

concreto pois não é razoável que em casos em que a mulher é presa colocando em risco a vida do menor, ou praticando crimes contra o próprio menor ou até mesmo praticando os crimes na presença do menor, lhe seja aplicada a prisão domiciliar, isso por que é evidente que esta decisão do supremo tribunal federal não foi para beneficiar a mãe e sim para beneficiar a criança, sendo assim mesmo tendo essa decisão do STF, o juiz deve sim analisar caso a caso para verificar corretamente se há possibilidade de aplicação da medida.

O último inciso do artigo 318¹⁸ do Código Penal é bem parecido com o anterior, na verdade esse último requisito é voltado para o homem que seja o único responsável pelos cuidados do filho de 12 anos incompletos.

Esse dispositivo é voltado portanto para o pai da criança, mas a medida só é aplicável se for o único responsável, diferente do inciso anterior que é voltado para a mãe e não traz esse requisito de ser a única responsável. Mais uma vez percebe-se que é um inciso voltado primordialmente para o bem estar da criança, para o melhor interesse do menor.

Tanto o inciso IV, como o V e também o VI possuem um objetivo bem delineado, que é o melhor interesse do menor, isso ocorre pois a Lei que os instituiu em 2016 foi a Lei nº 13.257¹⁹, lei que também é conhecida como a lei da primeira infância.

O parágrafo único é um dispositivo que apenas traz o óbvio, para que o juiz possa decretar a medida com base em qualquer dos incisos citados no Código de Processo Penal é necessária a prova idônea de existência da hipótese contida nesses incisos.

Portanto, embora o núcleo de cada artigo comparativamente entre Código de Processo Penal e Lei de Execuções Penais sejam bem parecidos, é bem claro que o Código de Processo Penal é um artigo muito mais amplo do que a Lei de Execuções Penais e ao mesmo tempo é um artigo mais rígido também, trazendo mais hipóteses de incidência e ao mesmo tempo trazendo também requisitos mais duros dentro de cada hipótese.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 15.

3- É POSSÍVEL SE APLICAR O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO LUGAR DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL MESMO SENDO AQUELA UMA NORMA GERAL E ESTA UMA NORMA ESPECIAL?

Como foi visto nos capítulos anteriores a norma geral sobre prisão domiciliar no caso o Código de Processo Penal é uma norma mais rígida do que a norma especial sobre o mesmo assunto, a Lei de Execuções Penais. Embora alguns dos incisos que tratam do assunto se assemelhem bastante em ambas as leis, quando se fala em Código de Processo Penal percebe-se um maior rigor da norma em se aplicar a prisão domiciliar.

Em virtude disso, atualmente tem se aplicado o Código de Processo Penal em detrimento da Lei de Execuções Penais para se concretizar a prisão domiciliar, em primeira leitura isso pode parecer um contrassenso uma vez que está claramente violando o princípio da especialidade contido na disciplina de conflito aparente de normas, isso porque se quer aplicar a norma mais severa ao invés da norma especial que deveria ser aplicada.

Mas tudo tem um por que bem específico e correto, a norma contida no Código de Processo Penal não é só uma norma geral e mais severa, é na verdade uma norma mais específica e muito bem delimitada, isso porque ela não traz só as hipóteses de cabimento mas ela delimita bem esse cabimento, impedindo margens de interpretações análogas e amplas demais, inibindo assim que a prisão domiciliar fosse aplicada a todo presidiário, o que claramente e pacificamente inviabilizaria o sistema.

No tocante a Lei de Execuções Penais ela é muito ampla em suas possibilidades de aplicação do sistema de prisão domiciliar e sendo assim a aplicabilidade seria grande demais o que como dito no parágrafo anterior inviabilizaria o sistema da prisão domiciliar, pois suas hipóteses de cabimento são amplas demais.

Um dos fundamentos mais utilizados para que ocorra essa inversão de aplicação é a hipótese de interpretação estabelecida no Brasil por Claudia Lima Marques, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Esta teoria²⁰ foi criada na Alemanha pelo jurista Erik Jayme, professor da universidade de Helderberg.

Esta teoria além estabelece que é possível uma norma especial ser afastada para a aplicação de uma norma geral, tendo em vista que a norma geral em questão é mais nova que a

²⁰ MARQUES apud PRADO, Sergio Malta. *Da teoria do diálogo das fontes*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI171735,101048-Da+teoria+do+dialogo+das+fontes>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

norma geral o que pode dar a entender na premissa que o legislador ao criar uma nova norma mais severa para um caso que já existe tipificação legal, quer na verdade que essa norma mais severa seja efetivamente aplicada ao invés de se aplicar a outra norma mais antiga e mais branda.

Além desse fundamento pode-se retirar também o fundamento de que, ao aplicar a norma mais nova, o que se quer é tornar o instituto da prisão domiciliar restrito a poucas pessoas, de forma que assim o que estará acontecendo é que a prisão domiciliar será algo difícil de se conseguir e poucos terão direito, e dessa forma aqueles que conseguirem ser incluídos nesse sistema darão valor a isso, obedecendo a norma e fazendo valer o seu real intuito do instituto que é a recuperação do acusado.

Um problema gerado a partir dessa interpretação é justamente que alguns doutrinadores minoritariamente consideram tal hipótese como inconstitucional, isso ocorre por que a teoria do diálogo das fontes não é muito difundida e usada no Brasil justamente por em tese violar o princípio da especialidade. Logo esses doutrinadores minoritariamente entendem que aplicar essa teoria é apenas uma desculpa para se aplicar a lei mais grave em detrimento da mais benéfica mesmo a mais grave sendo apenas uma norma geral.

Com isso há uma intensa discussão sobre essa aplicabilidade. Porém tal discussão inócua quando verifica-se que a posição majoritária é bem simples no sentido de que cabe sim a aplicação do Código de Processo Penal em detrimento da Lei de Execuções Penais pois não só a maior parte dos doutrinadores se posicionam sem dúvidas no sentido de se aplicar o Código de Processo Penal como também o próprio Supremo Tribunal Federal aplica o Código de Processo Penal, interpretação esta que pode ser extraída da decisão no *Habeas Corpus* coletivo número 143641²¹, pois a hipótese aplicada ao caso se adequa ao Código de Processo Penal, e sendo assim é claro que o STF se alinha ao posicionamento majoritário da doutrina de se aplicar o Código de Processo Penal.

Esse julgado citado foi um julgado muitíssimo importante para o tema, julgado esse que inclusive já foi mencionado nesta obra, e sendo assim jamais caberia o argumento de dizer que este julgado é meramente casuístico.

Acontece portanto, que embora o tema vá de encontro ao que usualmente é considerado o mais correto (se aplicar o princípio da especialidade), é correto afirmar que neste caso a conclusão pelo diálogo das fontes se adequa mais ao considerado pela maior parte da doutrina como razoável e proporcional.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 16.

Essa interpretação abre espaço para que outros institutos do direito recebam a mesma interpretação, o que deve se tomar muito cuidado, pois esse tipo de interpretação só pode ser usado em prol do bem do direito, o problema é que esse bem do direito é um conceito muito vago que merece uma atenção demasiadamente grande para se inibir equívocos e erros que possam vir a prejudicar o bom uso do direito e da justiça.

Logo, percebe-se que é uma premissa perigosa de se deixar de aplicar uma norma especial que em tese foi criada para que seja aplicada dessa maneira em prol de uma norma geral pois esse tipo de interpretação deve ser restrito ao máximo para que não se torne algo corriqueiro pois se não conforme dito no parágrafo anterior o direito brasileiro irá perder mais do que se pode mensurar devido ao desleixo.

Portanto, é uma interpretação que foi muito bem pensada antes de ser usada, pensada para que seja feito sempre o melhor trabalho possível na aplicabilidade da justiça, e com essa interpretação houve a violabilidade de aplicação de uma norma que assim sendo viabilizou também a aplicação de um instituto muito importante para o direito penal brasileiro instituto esse que foi criado como forma de proteger não só o acusado como também os seus familiares de uma pena restritiva de liberdade que ao invés de tornar o condenado reinserido na comunidade na verdade depois dos danos causados pela prisão, tanto ao condenado como também aos filhos e até mesmo em virtude da dignidade da pessoa humana quando se trata de manter preso um sujeito com mais de 80 anos de idade por exemplo.

Sendo assim a aplicabilidade do Código de Processo Penal ao caso de prisão domiciliar não só é aceita pelo Supremo como também é a que torna mais viável a correta aplicação do instituto da prisão domiciliar se for levada em consideração a sua função pela qual foi criada.

CONCLUSÃO

Concluindo o trabalho, ficou orientado e delimitado os pontos em que a presente pesquisa visava a sinalizar.

Primeiramente pode se concluir que o presente artigo demonstrou sob a aplicabilidade obrigatória ou não da prisão domiciliar caso o condenado cumpra os requisitos legais. Para isso foram abordados pensamentos jurídicos dos doutrinadores, além da letra fria da lei sob uma interpretação e ainda a jurisprudência dos tribunais superiores a fim de pacificar definitivamente

a questão levantada. Concluindo-se portanto que não obrigatoriedade de se aplicar a prisão domiciliar mesmo que o condenado cumpra um ou mais requisitos da lei, exceto no caso de mulher com filho até 12 anos, que fora decidido pelo supremo em sede de *Habeas Corpus* coletivo (HC 143641-SP).

Posterior a isso, pode-se chegar a conclusão que foram levantadas todas as possíveis diferenças entre os dois dispositivos principais que tratam do tema de prisão domiciliar, sendo esses dispositivos o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal. Neste capítulo é possível se verificar que foi devidamente esmiuçado inciso por inciso de cada um dos dispositivos legais contidos nas duas leis em análise de modo a se verificar exatamente as diferenças e características de cada um deles. Concluindo que existem diferenças reais nos dois dispositivos mas que essas diferenças são sutis sendo basicamente o Código de Processo Penal um pouco mais completo do que a Lei de Execuções Penais.

Por ultimo encerrando o presente trabalho, foi feito um estudo quanto a possibilidade jurídica de se aplicar nos casos concretos o Código de Processo Penal que é uma lei geral no lugar da Lei de Execuções Penais, que por sua vez se trata de uma lei especial. É feita essa leitura, e sendo assim foi abordada diversas formas de se interpretar a norma e seu instituto, formas essas que esclarecem ao leitor toda a argumentação utilizada no presente artigo. Concluindo neste interim que a aplicação do Código de Processo Penal é sim feita no lugar da Lei de Execuções Penais pois aquele se trata de uma Lei mais rígida quando o assunto é prisão domiciliar, mais rígida por que ela é mais restrita e clara no tocante a quais hipóteses seria cabível a prisão domiciliar, além de ser uma Lei mais nova e sendo assim levando-se em consideração técnicas de interpretação é possível ser aplicada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de processo penal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689Compilado.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. *Lei nº 7.210*, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. *Lei nº 13.257*, de 08 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em:

21 mar. 2018.

_____. *Lei nº 12.403*, de 04 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 25 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 147490*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <www.portal.stf.jus.br>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 143641*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <www.portal.stf.jus.br>. Acesso em: 21 mar. 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCÃO, Renato. *Prisão domiciliar substitutiva da preventiva: a Lei 13.257/16 e o atual artigo 318, incisos IV, V e VI, do CPP*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI255591,61044-prisao+domiciliar+substitutiva+da+preventiva+lei+1325716+e+o+atual>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Sergio Malta. *Da teoria do diálogo das fontes*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI171735,101048Da+teoria+do+dialogo+das+fontes>>. Acesso em: 21 mar. 2018.