

Otávio Augusto de Almeida Toledo

Desembargador com assento na 16ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Coordenador da Coordenadoria Criminal e de Execuções Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo; Presidente do Comitê Gestor de Políticas Públicas Penitenciárias do Tribunal de Justiça de São Paulo; Professor de Direito Penal e Processo Penal da Escola Superior da Advocacia e da Escola Paulista da Magistratura.

Bruno Gabriel Capece

Assistente Jurídico de Desembargador da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Coordenador de Apoio à Coordenadoria Criminal e de Execuções Criminais do Tribunal de Justiça de São Paulo; Especialista em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura; Professor de Direito Penal e Processo Penal da Escola Superior da Advocacia.

PRIVAÇÃO DE LIBERDADE

LEGISLAÇÃO, DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Editora Quartier Latin do Brasil
São Paulo, outono de 2015
quartierlatin@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

EDITORA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua Santo Amaro, 316 – Centro – São Paulo

Contato: quartierlatin@quartierlatin.art.br

www.quartierlatin.art.br

Coordenação editorial: Vinicius Vieira

Diagramação: Antonio Marcos Cavalheiro

Revisão gramatical: Ronaldo Santos Soares

Capa: Madalena Jardini Mäder (Contato: madalenajm@hotmail.com)

TOLEDO, Otávio Augusto de Almeida; CAPECCE
Bruno Gabriel. Privação de Liberdade – legislação,
doutrina e jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin,
2015.

ISBN 85-7674-766-9

1. Direito 2. Direito Penal 3. Direito Processual Penal
4. Prisão I. Título

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil: Direito
2. Brasil: Direito Penal
3. Brasil: Direito Processual Penal
4. Brasil: Prisão

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

SUMÁRIO

Agradecimentos por Otávio Augusto de Almeida Toledo	17
Agradecimentos por Bruno Gabriel Capece	19
Prefácio por Des. José Renato Nalini.....	23
Prólogo por Des. Geraldo Francisco Pinheiro Franco	29
Apresentação por Guilherme de Souza Nucci.....	33
Apresentação por Roberto Delmanto.....	35
Apresentação por Renato Marcão	37

Parte I – Prisões, 39

Capítulo 1

Prisões Provisórias, 41

1.1. Prisão em flagrante	45
1.1.1. Conceitos.....	45
1.1.2. Fundamentos e funções.....	47
1.1.3. “Liberdade Provisória” e fiança.....	48
1.1.4. Espécies	57
1.1.4.1. Flagrante próprio (flagrante real).....	57
1.1.4.2. Flagrante impróprio (quase flagrante).....	58
1.1.4.3. Flagrante presumido (flagrante ficto).....	61
1.1.4.4. Flagrante preparado (flagrante provocado)	62
1.1.4.5. Flagrante esperado e flagrante prorrogado (ação controlada) ...	65
1.1.4.6. Flagrante forjado.....	69
1.1.5. Fases	70
1.1.6. Sujeitos	77
1.1.6.1. Sujeito ativo	77

1.1.6.2. Sujeito passivo.....	83
A. Presidente da República.....	83
B. Agentes diplomáticos e consulares	85
C. Magistrados e Membros do Ministério Público	89
D. Senadores, Deputados Federais, Estaduais e Distritais	92
E. Advogados	95
F. Defensores Públicos.....	98
G. Indígenas	99
1.1.7. Admissibilidade nas espécies de crime e casos concretos	100
A. Crimes permanentes	100
B. Crimes culposos	102
C. Crimes habituais	103
D. Crimes formais ou de mera conduta.....	106
E. Infrações de menor potencial ofensivo	108
F. Crimes de ação penal privada ou pública condicionada à representação do ofendido	112
G. Apresentação espontânea.....	113
1.2. Prisão temporária.....	117
1.2.1. Histórico.....	117
1.2.2. Conceito	119
1.2.3. Fundamentos e funções.....	120
1.2.4. Requisitos	123
1.2.4.1. Inciso I – Imprescindível para as investigações	124
1.2.4.2. Inciso II – Falta de residência fixa ou elementos necessários para esclarecimento da identidade.....	125
1.2.4.3. Inciso III – Fundadas razões para suspeitar da autoria ou participação do indiciado nos crimes listados	127
1.2.5. Procedimento e duração.....	130
1.3. Prisão preventiva.....	136
1.3.1. Conceito	136
1.3.2. A reforma das prisões no Código de Processo Penal – Lei nº 12.403 de 2011	138
1.3.3. “Liberdade provisória”	141
1.3.4. Medidas cautelares alternativas à prisão.....	146
1.3.4.1. Comparecimento periódico em juízo para informar e justificar suas atividades	152

1.3.4.2. Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares	153
1.3.4.3. Proibição de manter contato com pessoa determinada.....	154
1.3.4.4. Proibição de ausentar-se da Comarca	155
1.3.4.5. Recolhimento domiciliar no período noturno e em dias de descanso	156
1.3.4.6. Suspensão do exercício de função pública ou de atividade econômica ou financeira	156
1.3.4.7. Internação provisória do inimputável ou semi-imputável com risco de reiteração, desde que o crime tenha sido cometido com violência ou grave ameaça	158
1.3.4.8. Fiança	162
1.3.4.9. Monitoração eletrônica	162
1.3.5. Espécies	165
1.3.5.1. <i>Fumus comissi delicti + periculum libertatis</i>	165
A) Garantia da ordem pública.....	169
B) Garantia da ordem econômica.....	183
C) Conveniência da instrução criminal	185
D) Assegurar a aplicação da lei penal	187
1.3.5.2. <i>Fumus comissi delicti</i> + descumprimento de medidas cautelares alternativas	191
1.3.5.3. <i>Fumus comissi delicti</i> + necessidade de identificação	195
1.3.5.4. <i>Fumus comissi delicti</i> + necessidade de garantir a execução das medidas protetivas de urgência em caso de violência doméstica e familiar.....	198
1.3.6. Hipóteses autorizadoras ou requisitos.....	202
1.3.6.1. Requisitos positivos explícitos.....	203
A) Crimes dolosos com pena máxima superior a quatro anos	204
B) Condenação definitiva por crime doloso anterior	213
C) Crime que envolva violência doméstica ou familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.....	216
D) Descumprimento de obrigações impostas por força de medidas cautelares alternativas à prisão	219
E) Dúvida sobre a identidade civil	220

1.3.6.2. Requisito negativo explícito – Não ter agido acobertado por causa excludente da ilicitude	221
A) Estado de necessidade	222
B) Legítima defesa	223
C) Estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito	224
D) Causa(s) supralegal(s).....	226
1.3.6.3. Requisito negativo implícito – Não revelar-se a prisão preventiva desproporcional ao caso concreto	227
1.3.7. Procedimento.....	231
1.3.7.1. Introdução – A duração da prisão preventiva.....	231
1.3.7.2. Particularidades nos diversos momentos da persecução	236
A) Inquérito policial	236
B) No curso do processo.....	238
C) <i>Judicium causae</i> do rito do Júri Popular	239
D) “Execução provisória”	240
1.3.7.3. Decisão em colegiado de 1º Grau – A Lei nº 12.694 de 2012	247
1.3.7.4. Efetivação	249
A) Prisão domiciliar	256

Capítulo 2

Prisão Pena, 259

2.1. Espécies	262
2.1.1. Reclusão.....	262
2.1.2. Detenção.....	276
2.1.3. Prisão Simples.....	285
2.2. Medidas despenalizadoras.....	295
2.2.1. Composição Civil dos Danos.....	301
2.2.2. Transação Penal	303
2.2.3. Suspensão condicional do processo	312
2.3. Medidas substitutivas à privação de liberdade.....	340
2.3.1. Penas restritivas de direitos	340

2.3.1.1. Modalidades	345
2.3.1.2. Requisitos	361
2.3.1.3. Observação sobre os efeitos da condenação	381
2.3.1.4. Conversão	385
2.3.2. <i>Sursis</i>	401
2.3.2.1. Espécies, requisitos e condições	404
2.3.2.2. Admissibilidade em casos especiais	413
2.3.2.3. Início formal – a audiência admonitória e o cálculo da prescrição	420
2.3.2.4. Competência	423
2.3.2.5. Efeitos da condenação	424
2.3.2.6. Fim da suspensão – Revogação ou cumprimento das condições	427
A) Prorrogação do Período de Prova	427
B) Revogação obrigatória	434
C) Revogação facultativa	439
D) Cumprimento das Condições	441
2.4. Execução da pena privativa de liberdade	443
2.4.1. Princípios norteadores da execução penal	447
2.4.1.1. Humanidade das penas	447
2.4.1.2. Individualização das penas	450
2.4.1.3. Coisa julgada	453
2.4.1.4. Legalidade	453
2.4.1.5. Jurisdicionalidade	454
2.4.2. Deveres, direitos e disciplina	455
2.4.2.1. Deveres	456
2.4.2.2. Direitos	460
A) “Execução provisória”	462
B) Retroatividade da lei penal posterior benéfica	478
C) Classificação para orientar a individualização da execução penal	483
D) Assistências	486
E) Visitas	491
F) Comunicação	497
G) Direitos específicos da mulher encarcerada	499
H) Direitos específicos do idoso encarcerado	503

I) Direitos específicos do portador de deficiência encarcerado	507
J) Direitos específicos do estrangeiro não residente encarcerado	509
2.4.2.3. Disciplina.....	516
A) Classificação das faltas disciplinares	520
B) Sanções e recompensas	532
C) Procedimento administrativo disciplinar – forma de imposição das sanções disciplinares	551
D) Reabilitação da conduta carcerária	558
E) Prescrição da falta disciplinar	564
2.4.3. Competência.....	570
2.4.3.1. Definição do Juízo competente.....	570
2.4.3.2. Competências do Juízo das Execuções.....	576
2.4.3.3. Incumbências dos outros órgãos da Execução Penal	584
2.4.4. Regimes e sistema progressivo	585
2.4.4.1. Regime Fechado	588
2.4.4.2. Regime Semiaberto.....	594
2.4.4.3. Regime Aberto	599
2.4.5. Benefícios da execução penal	605
2.4.5.1. Progressão de regime prisional.....	606
A) O sistema progressivo.....	606
B) Requisitos	608
B.1) Requisito objetivo	609
B.2) Requisito subjetivo.....	622
C) Progressão do condenado estrangeiro de permanência ilegal no país.....	627
D) Regressão	630
2.4.5.2. Autorizações de saída.....	638
A) Permissão de saída.....	639
B) Saída temporária.....	640
2.4.5.3. Remição	646
A) Espécies.....	647
B) Cálculo	652
C) Perda	654
D) Falta de oportunidade para desenvolver a laborterapia.....	658
2.4.5.4. Livramento condicional	660
A) Origem e natureza jurídica.....	660

B) Requisitos.....	663
B.1) Requisitos objetivos.....	664
B.2) Requisitos subjetivos.....	670
C) Condições.....	673
D) Término do livramento condicional.....	675
D.1) Superação da data prevista para o término do cumprimento da pena.....	675
D.2) Causas de revogação do livramento condicional.....	675
2.4.5.5. Anistia, indulto e comutação.....	681
A) Conceito e natureza jurídica.....	681
A.1) Anistia.....	685
A.2) Indulto pleno e comutação.....	686
B) Pressupostos, requisitos e efeitos.....	687
B.1) Na anistia e indulto individual.....	687
B.2) No indulto coletivo (pleno e comutação).....	687
2.4.6. Incidentes da execução.....	700
2.4.6.1. Conversões.....	700
A) Pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.....	700
B) Pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.....	701
C) Pena privativa de liberdade em medida de segurança.....	706
D) Medida de segurança de tratamento ambulatorial em internação.....	709
E) Revogação da previsão de conversão da pena de multa em privativa de liberdade.....	710
2.4.6.2. Excesso ou desvio de execução.....	712
2.4.6.3. Anistia ou indulto.....	713
2.4.6.4. Unificação de penas.....	714
A) Para determinação do regime inicial de cumprimento de pena.....	714
B) Para respeito ao limite de 30 anos.....	717
C) Para reconhecimento de continuidade delitiva.....	719
2.4.6.5. Inclusão cautelar de condenado em regime disciplinar diferenciado – RDD.....	721

Capítulo 3

Prisão Administrativa, 725

3.1. Prisão administrativa militar	731
3.1.1. Transgressão militar	734
3.1.1.1. Punições disciplinares que afetam a liberdade	738
A) Impedimento	738
B) Detenção disciplinar	739
C) Prisão disciplinar	740
3.1.1.2. Forma de imposição	741
3.1.2. Peculiares aos crimes propriamente militares	742
A) Detenção do indiciado	743
B) Prisão do desertor	745
C) Menagem do insubmisso	750

Capítulo 4

Prisão Civil, 757

4.1. Prisão civil do devedor voluntário de alimentos	763
4.1.1. Noções sobre a dívida alimentar	764
4.1.2. Natureza	767
4.1.3. Hipóteses	771
4.1.4. Forma de efetivação	774

Parte II – Internações, 777

Capítulo 1

Internações de natureza criminal – As medidas de segurança, 779

1.1. Introdução	781
1.1.1. Natureza jurídica.....	781
1.1.2. Estabelecimento adequado.....	784
1.2. Formas de imposição	788
1.2.1. Sentença absolutória imprópria	789
1.2.2. Sentença condenatória que substitui a pena por medida de segurança em caso de semi-imputabilidade.....	795
1.2.3. Substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança em caso de enfermidade mental superveniente.....	797
1.3. Duração	798
1.3.1. Prazo mínimo	799
1.3.2. Prazo máximo	802
1.3.2.1. Imposta em sentença absolutória imprópria.....	802
1.3.2.2. Decorrente de substituição da pena privativa de liberdade durante a execução por doença mental superveniente	807
1.3.2.3. Decorrente da substituição da pena privativa de liberdade na sentença condenatória em desfavor do semi-imputável	810
1.4. Desinternação	815
1.5. Prescrição da medida de segurança	820

Capítulo 2

Internações de adolescentes – As medidas socioeducativas, 825

2.1. Introdução	827
2.1.1. Natureza jurídica.....	828
2.1.2. Estabelecimento adequado.....	831

2.2. Espécies	833
2.2.1. Internação	834
2.2.1.1. Hipóteses autorizadoras	836
2.2.1.2. Duração	839
A. O caso da Unidade Experimental de Saúde	840
2.2.2. Semiliberdade	845

Capítulo 3

Internações de natureza civil, 847

3.1. Internação voluntária	850
3.2. Internação involuntária	852
3.3. Internação compulsória	854

Índice Alfabético-Remissivo, 860