

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ART. 313, INCISO I DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Larissa Aparecida da ROCHA¹
Lidiane Aparecida Duveza de BRITO²

RESUMO: É certo que a nova lei de prisões, Lei nº 12.403/11 alterou o sistema processual anterior a sua vigência para cumprir os preceitos fundamentais e mandamentais já incutidos na Constituição Federal de 1988, qual seja, restringir a liberdade do investigado ou acusado somente em *ultima ratio*. Uma das modificações resultou na presente pesquisa científica qual seja a vedação da imposição da Prisão Preventiva a crimes cuja pena máxima não seja superior a 04 (quatro anos), para tanto abordamos diversos posicionamos acerca do requisito que repousa no art. 313, inc. do CPP.

Palavras-chave: Prisão Preventiva. Direito à Liberdade. Art. 313, I do CPP.

1 INTRODUÇÃO

A liberdade é o mais importante dos bens já existentes do homem, a própria Constituição Federal em seu preâmbulo assim já destaca ao dizer que, o Estado garantirá o direito de locomoção de cada indivíduo. Da mesma forma, é válido dizer que o direito a liberdade está intimamente atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana com previsão no art. 1º, inciso III, e art. 5, *caput* da Carta Cidadã.

Sem embargos, trata-se de um direito fundamental com o objetivo de assegurar as garantias mínimas do acusado frente às possíveis arbitrariedades derivadas de uma prisão injusta ou desnecessária (cerceamento de liberdade). No entanto, há restrições quanto ao direito de ir e vir, o próprio art. 5, LIV, da Constituição Federal, estabelece que a toda e qualquer pessoa será garantido o seu direito de locomoção, sendo-o somente

¹ Discente do 5º ano de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. e-mail: lara.mrocha@msn.com.

² Discente do 5º ano de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. e-mail: lidiane_duveza@hotmail.com.

sujeito à limitação mediante um devido processo legal. Na mesma linha de raciocínio impõe o inciso LXI, do mesmo diploma legal, *in fine*: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Sendo assim, para que a prisão preventiva possa ser efetuada é *conditio sine qua nom*, que a ordem emanada esteja devidamente fundamentada pela autoridade judiciária, baseando-se no binômio necessidade e adequação e os demais requisitos que a medida reclama, pois, caso contrário será tida como ilegal. Posto isto, passamos à análise do requisito que está provocando certa dissensão no universo jurídico-doutrinário, advindo da promulgação da nova lei de prisões, qual seja, lei 12.403 de 4 (quatro) de maio de 2011.

2 DA PRISÃO PREVENTIVA E O REQUISITO AUTORIZADOR DO ART. 313, INC. I DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

De início, cumpre esclarecer que a prisão preventiva para que seja considerada válida, deverá preencher no mínimo uma das condições impostas pelo art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam: para garantia da ordem pública, ou, econômica; para preservar a instrução criminal; e, por fim para garantir a aplicação da lei penal. Entretanto, o magistrado além de decretar a prisão preventiva com base nas situações outrora mencionadas, deverá observar se o suposto crime imputado ao acusado permite tal procedimento, logo, deverá estar presente um dos requisitos permissivos do art. 313 do mesmo estatuto processual penal.

No que concerne a presente problemática, esta o requisito do inciso I do art. 313 do Código de Processo Penal, porquanto determina a impossibilidade de prisão preventiva a crimes cuja pena máxima seja igual ou inferior à 4 (quatro) anos. Ressalta-se, ainda, que os requisitos previstos no bojo do referido artigo não possuem natureza cumulativa, significa dizer que basta a existência de um deles para que seja admitida a prisão.

No entanto, há uma gama de opiniões doutrinárias que sustentam a impossibilidade da decretação ou não da prisão preventiva em sede de

crimes cuja pena máxima seja igual ou inferior a quatro anos. Nesse ínterim, a primeira corrente doutrinária entende que é possível a decretação da prisão preventiva sem a observância do inc. I do art. 313, tendo em vista que a redação do art. 310, II, também do Código de Processo Penal, fornecida pela lei 12.403/11 somente faz remissão ao art. 312, onde estão elencadas as circunstâncias que autorizam a aplicação da prisão preventiva.

Nesse sentido, Fernando Capez (2012, p. 334) acentua:

Há indícios de ameaça a vítima e testemunhas, pondo em risco a produção de provas. O juiz constata a necessidade de se decretar a prisão preventiva, mas não pode, tendo em vista que a pena máxima do crime não é superior a quatro anos. E agora? Entendemos que, mesmo fora do rol dos crimes que autorizam a prisão preventiva, desde que existente um dos motivos previstos na lei: (1) necessidade de garantir a ordem pública ou econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal + (2) insuficiência de qualquer outra medida cautelar para garantia do processo. É que a lei, ao tratar da conversão do flagrante em preventiva, nem se refere a qualquer outra exigência prevista no art. 313 do CPP. Conforme se denota da redação do art. 310, II, do Código de Processo Penal, para que a prisão em flagrante seja convertida em preventiva, basta a demonstração da presença de um dos requisitos ensejadores do *periculum in mora* (CPP, art. 312), bem como a insuficiência de qualquer outra providência acautelatória prevista no art. 319. Não se exige esteja o crime no rol daqueles que permitem tal prisão.

Em sentido contrário, a segunda corrente entende que o requisito do inc. I do art. 313, CPP deverá ser observado, isto porque mesmo o legislador não remetendo ao art. 313, como fez com o art. 312 na redação do inc. II do art. 310, todos do CPP, subentende-se que implicitamente necessitará da presença de um dos requisitos permissivos do art. 313, pois, a *contrário sensu* estar-se-ia instituindo uma nova espécie de prisão preventiva.

Desta forma assevera Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 1307):

A nosso juízo, tal posição revela-se completamente absurda. Em primeiro lugar porque não se pode admitir que o ordenamento jurídico passe a contar com diversas espécies de prisão preventiva, uma condicionada a observância do art. 313 do CPP, e outra não. Segundo, não se pode admitir que a sorte (ou azar) de uma pessoa no processo penal esteja condicionada ao simples fato de ela ter sido presa em flagrante ou não. Com efeito, a se admitir a corrente anterior, o agente detido em situação de flagrância poderia ter a sua prisão convertida em preventiva, independentemente da observância do art. 313. Porém, caso tivesse conseguido fugir, evitando o flagrante, sua preventiva não poderia ser decretada. Qual o critério

lógico e razoável capaz de justificar tal discriminação? Não conseguimos encontrar. Terceiro, é sabido que a interpretação gramatical é a pior interpretação possível. Deve-se buscar, sempre, uma interpretação sistemática. Revela inviável, pois, querer concluir que o art. 313 não precisa ser observado por ocasião da conversão pelo simples fato de o inciso II do art. 310 do CPP não fazer menção a ele.

Observa-se, que o alvo da crítica apregoada pelos autores acima é quanto ausência do art. 313 do Código de Processo Penal na novel redação do art. 310, inc. II do mesmo diploma legal. É bem verdade que a interpretação literal da norma suscitada por Lima não é, contudo, a interpretação mais indicada a ser utilizada no nosso ordenamento jurídico, porque se equivale a uma interpretação falha e limitada. Por outro lado, Capez faz referência ao estrito cumprimento do disposto na redação trazida pelo legislador, a qual importa na observância do *periculum in mora* e do *fumus comissi delicti* para a decretação da prisão preventiva por conversão.

Oportuno destacar o entendimento de Francisco Sannini Neto (2011, s.p):

Devem ficar atentos aos casos que envolvam concursos de crimes. Isto, pois, a soma das penas cominadas deve ser levada em consideração no momento da análise da prisão preventiva, com fundamento nas súmulas nº81 e nº243 do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, um caso de receptação cumulado, por exemplo, com um crime de resistência, pode demandar a decretação da prisão preventiva. Do mesmo modo, as causas de aumento e diminuição da pena devem ser levadas em consideração, sempre tendo em mente aquelas que mais aumentam e as que menos diminuem a pena, buscando, destarte, a situação mais prejudicial ao imputado.

Já em relação às circunstâncias agravantes e atenuantes, como não podem alterar o limite máximo e mínimo da pena, também não podem ser consideradas no momento da decretação da prisão preventiva, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça ("A incidência da circunstancia atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal").

Destaque-se, por fim, que esta condição de admissibilidade (art.313, inciso I do CPP) vale apenas para o caso da denominada prisão preventiva *autônoma* ou *independente*. Entendemos que quando se tratar da prisão preventiva *subsidiária* (art.282, §4º, do CPP), prisão preventiva *convertida* (art.310, inciso II, do CPP) e prisão preventiva para *averiguação* (art.313, parágrafo único do CPP), a decretação desta medida extrema pode ocorrer independentemente da pena máxima cominada ao crime.

Entretanto, encontra-se pacífico o entendimento da decretação de prisão preventiva em sede de concurso de crimes, ou seja, mesmo que os

crimes não detenham pena máxima superior a 4 (quatro) anos, uma vez somadas as suas penas, e essa somatória exceder o teto legal será admitida a ordem de prisão, desde que presentes um dos requisitos do art. 312 do CPP.

Nesta esteira, Jorge Assaf Maluly e Pedro Henrique Demercian (2011, p. 47/48) consideram que:

A decretação da prisão preventiva, contudo, sempre será possível se houver concurso de crimes, material ou formal, ou a continuidade delitiva, e a soma das penas máximas exceder a quatro anos, como ocorria com uma das situações de impossibilidade de concessão de fiança. De fato, a anterior redação do art. 323, inciso I, do CPP não admitia a fiança nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada era superior a dois anos (p. ex. concurso material). Nesse sentido, o STJ editou a Súmula nº 81, com o seguinte teor: “não se concederá a fiança quando a soma das penas mínimas cominadas for superior a dois anos de reclusão”. O STF, da mesma forma, sempre decidiu que se devia levar em conta a soma das penas para a não concessão da fiança (RTJ 193/036, 102/624; RT 847/496-501; STF, 1ª Turma, AGRAG 156544/SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, DJ, 02.12.94, p. 33.207). Este critério pode ser empregado na interpretação do art. 313, I, do CPP, mostrando-se compatível com a periculosidade de quem pratica diversos crimes no mesmo contexto ou em continuidade.

Na mesma linha de raciocínio aponta Renato Brasileiro de Lima (2013, p. 1341):

Perceba-se que o critério fixado pelo legislador no art. 313, inc. I, do CPP, leva em consideração a pena máxima prevista para o crime doloso, que deve ser superior à 4 (quatro) anos. Tendo em conta que, pelo menos em regra, o cabimento da prisão preventiva será determinado a partir do *quantum* de pena máxima cominada ao delito, há de dispensar especial atenção às hipóteses de concursos de crimes, qualificadoras, causas de aumento e de diminuição de pena, agravantes e atenuantes. Nos casos de concursos de crimes, deve ser levado em consideração o *quantum* resultante da somatória das penas nas hipóteses de concurso material (CP, art. 69) e de concurso formal impróprio (CP, art. 70, *in fine*), assim como a majoração resultante do concurso formal próprio (CP, art. 70 1ª parte) e do crime continuado (CP, art. 71).

Assim sendo, é possível a aplicabilidade da prisão preventiva a crimes cuja pena máxima não exceda 04 anos em se tratando de concurso de crimes, assim como as causas de aumento e de diminuição poderá ensejar a aplicação. A divergência ocorre em relação à prisão preventiva por conversão, conforme pode se verificar nos entendimentos acima aludidos.

Convém ainda consignar, que a lei n° 7.960/89 prevê a possibilidade da decretação da prisão preventiva quando esgotado o prazo máximo estabelecido para a prisão temporária, sê presente as demais circunstâncias do art. 312, CPP.

Da mesma forma segue a conclusão de Eugênio Pacelli Oliveira, (2013, p. 562):

Por isso, e por se tratar de crimes com grande potencial lesivo, sobretudo quando direcionado para e pelas organizações criminosas, e, por isso, com alto padrão de reprovação – ainda que a pena máxima não supere três anos – não vemos como recusar o cabimento da decretação, não só da temporária, mas também da prisão preventiva para tais delitos. Aliás, tais considerações talvez sequer se fizessem necessárias, a partir de outras que faremos a seguir. É que os delitos de formação de quadrilha ou bando *sempre vem acompanhados* de outros, a eles conexos.

Nota-se, que dada peculiaridade da infração é admitida a prisão preventiva, pois, os crimes de quadrilha ou bando (art. 288, CP), seqüestro e cárcere privado (art. 148, CP), que possuem penas máximas inferiores a 4 (quatro) anos na maior parte das vezes compreende outros, o que recai no instituo do concurso de crimes já discutido na presente pesquisa.

Outra exceção seria aquela em que o acusado/indiciado estivesse respondendo por mais de uma ação penal, ou, possui vários inquéritos policiais em andamento, verifica-se que há um prognóstico desfavorável a conduta do agente em questão, consubstanciando na decretação da prisão preventiva, haja vista que há fortes indicativos de que solto ele continuará a delinqüir.

Assim corrobora Eugênio Pacelli de Oliveira, (2013, p. 564):

Em resumo: o limite do art. 313, I, atende a critérios objetivos de proporção entre a medida cautelar e o resultado final do processo. Por isso, em regra, aplica-se aos casos de um único processo (ou inquérito). Havendo outras infrações, a proporção será alterada, do mesmo modo que o fazem o já referido art. 44, II e III, do CP, a regular o cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

De acordo com o exposto, entende-se que o inc. I do art. 313 do CPP somente terá eficácia se o indiciado estiver respondendo um único processo crime, ao passo que, se houver outras infrações poderá ser decretada a prisão preventiva, tecendo as mesmas considerações quanto à

existência de vários inquéritos policiais. Ressalta-se, ainda, que o autor define o requisito do I do art. 313 como a regra, desta forma, compreende-se que as situações analisadas são excepcionais. Assevera, ainda, que somente será possível a utilização da prisão preventiva quando do concurso de crimes se os crimes estiveram sob a mesma jurisdição. (OLIVEIRA, 2013, p. 563/564)

No mais, o que atualmente já está pacificado na doutrina é a possibilidade de decretação da prisão preventiva quando descumprida umas das medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal. Esta ordem permissiva está descrita no art. 282, § 4º do CPP, que abre o título das cautelares em geral, bem como no parágrafo único do art. 312 do mesmo estatuto processual penal.

Nessa linha de raciocínio, reafirma André Nicolitt, (2011, p. 70):

A nosso ver, o dispositivo deve ser lido à luz do princípio da proporcionalidade. Ao pensarmos a proporcionalidade abstratamente, seria forçoso reconhecer que não seria possível a decretação da prisão cautelar por descumprimento de outras medidas em crimes cuja pena fosse igual ou inferior a 04 anos, pois a análise da proporcionalidade em termos abstratos o próprio legislador fez no art. 313, I do CPP. Ocorre que o referido § 4º do art. 282, CPP, abre um espaço para o juiz aferir a proporcionalidade no caso concreto.

Assim, também indica Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 69):

As medidas cautelares, alternativas ao cárcere, são salutares e representam a possibilidade real de esvaziamento de cadeias. Porém, elas precisam de credibilidade e respeitabilidade. Não sendo cumpridas as obrigações fixadas, nos termos estabelecidos no art. 282 § 4º, parte final, do CPP, pode-se decretar a preventiva, como última opção.

Veja-se, com base nas afirmações dos autores supracitados, há ressalvas quanto à aplicabilidade da prisão preventiva a crimes com penas máximas iguais ou inferiores há 04 anos, corrobora-se a observância do postulado da proporcionalidade no caso concreto e a prisão como derradeiro mecanismo de solução jurisdicional.

Por fim, é interessante a colocação de Cesare Bonesana Beccaria (2007, pg. 41):

O clamor público, a fuga, a confissão extrajudicial, o depoimento do companheiro do delito, as ameaças e constante inimizade com o ofendido, o corpo de delito e indícios semelhantes são provas suficientes para prender o cidadão, mais tais provas devem ser enumeradas pela lei e não pelo juiz, cujos decretos são sempre opostos à liberdade política, quando não sejam proposições particulares de uma máxima geral, existente no código público.

É indispensável, contudo, considerar a visão jurídica do autor supra, pois um juiz ao decidir optar pela decretação da prisão preventiva deverá como ultimo guardião da lei, agir com cautela e imbuído de imparcialidade, haja vista que estamos diante de uma medida extrema, que uma vez aplicada erroneamente acarretará severas implicações na vida do indivíduo que foi submetido a uma prisão injusta ou desnecessária.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento desse trabalho pesou-se na repercussão que a nova lei de prisões, Lei 12.403/11, trouxe ao ordenamento jurídico processual penal, mais precisamente no art. 313, inciso I do Código.

A gama de discussões sobre o inciso I do art. 313 do Código de Processo Penal desencadeou essa dissensão entre o universo jurídico/doutrinário. Para alguns, é possível a aplicação da prisão preventiva por conversão do flagrante a delitos que não comportam pena máxima superior a 04 anos, por outro lado, há entendimento diverso, o qual afirma que não poderá ser aplicada a prisão preventiva, sendo que, por força de uma interpretação sistemática mesmo que o legislador não incluiu expressamente a obrigatoriedade de se observar o inc. I do art. 313 do CPP para a conversão do flagrante em preventiva, esta regra deverá considerada.

Entretanto, encontra-se pacificado na doutrina a possibilidade da máxima discutida acima em se tratando de descumprimento de uma das medidas cautelares do art. 319 do CPP, como indica a própria redação do art. 282, § 4º, e, parágrafo único do art. 312, ambos do CPP, assim como o concurso de crimes e causas de aumento e de diminuição da pena. Ainda, há de se dispensar especial atenção à assertiva de Eugênio Pacelli de Oliveira, no consiste ao concurso de crime, onde somente será operado se os demais processos estiveram por continência ou conexão sob o mesmo magistrado.

Por todo o exposto, entendemos que não há posicionamento correto quanto à aplicabilidade do inciso I do art. 313 do CPP, e sim que deve o magistrado ao analisar o caso concreto, determinar, através do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, à medida que mais se adéque com fato ocorrido e utilizando na medida do possível a prisão como ultima alternativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. 3ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Prisão Preventiva na Nova Lei: polêmica à vista**. Disponível
http://capez.taisei.com.br/capezfinal/index.php?secao=27&subsecao=0&con_id=5917. Acesso em 24 ago. 2012.

DEMERCIAN, Pedro Henrique, MALULY, Jorge Assaf. In: SANTIN, Valter Foletto; MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Inovações e Prisão Preventiva e às Medidas Cautelares Trazidas pela Lei 12.403/2011**. 1ª ed. São Paulo: APMP, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. vol.1, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. vol.1, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

NICOLITT, André. **Lei 12.403/2011: O Novo Processo Penal Cautelar a Prisão e as Demais Medidas Cautelares**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013

SANNINI NETO, Francisco. Prisão preventiva e o artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3086, 13 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20649>>. Acesso em: 23 out. 2012.

