



A Lei 12.403, a autoridade policial e o pagamento da fiança

30/06/2011

Como é do conhecimento geral, com a recente edição da Lei 12.403, de 2011, que alterou o Código de Processo Penal, o artigo 322, que trata da fiança e que até então atribuía à autoridade policial competência para conceder e arbitrar fiança nos crimes apenados com detenção (independente da pena máxima), a partir da vigência da nova regra (4.7.2011), ela *"somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 anos"*.

A teor do que dispõe o artigo 7º, da Lei 8.137/90, em cujos incisos II e IX são, em regra, autuados em flagrante, gerentes e funcionários dos supermercados, mercearias, padarias e similares, a pena máxima, embora de 5 anos, é de detenção, o que vem permitindo a concessão de fiança por parte da autoridade policial.

Em face do novo regramento, a partir da data apontada, esses presos passarão, perversamente, a ser recolhidos à cadeia, até que se consiga a concessão de fiança pelo juiz, o que poderá demandar dia ou dias até que o preso seja liberado.

Atente-se que, na absoluta maioria dos casos, o evento ensejador da prisão decorre de culpa (negligência), cuja modalidade é expressamente prevista no parágrafo único do artigo 7º da Lei 8.137/90, com significativo abrandamento da pena. As denúncias, na espécie, oferecidas pelo Parquet, ou já descrevem conduta culposa ou mesmo citam expressamente o parágrafo único.

O legislador, com certeza, não atinou para esse detalhe e criou um verdadeiro contrassenso, pois, ao alargar a competência da autoridade policial para poder afiançar crimes apenados até com reclusão, aliviando a população carcerária, deixou de fora crimes apenados com detenção, como esses, contra as relações de consumo, até então afiançados pela autoridade policial. Pela nova regra, passarão a ser afiançados os crimes de quadrilha ou bando; autoaborto; lesão corporal dolosa, ainda que grave; maus tratos; furto; fraude; receptação; abandono de incapaz; emprego irregular de verbas públicas; resistência; desobediência; desacato; falso testemunho e falsa perícia; todos os crimes contra as finanças públicas; nove dos dez crimes de fraudes em licitações (o remanescente tentado), contrabando ou descaminho, entre outros.

Se a intenção foi, como consta ter sido, aliviar a população carcerária deixando de recolher à prisão pessoas que não apresentam periculosidade, houve aí um retrocesso, que está a ensejar providencial reparo. Ousa-se afirmar que, *in casu*, houve um autêntico desvio de finalidade da lei, que a fez desbordar para o irrazoável e para o desproporcional.

Vem do consagrado magistério do ministro Celso de Mello, do E. Supremo Tribunal Federal, a oportuna lição a respeito de *"norma destituída do necessário coeficiente de razoabilidade"* (Acórdão lavrado na Méd.Caut. em ADIn nº 2.667-4/DF -v.u., Pleno, 19.6.2002):

“ As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do ‘substantive due process of law’. Lei distrital que, no caso, não observa padrões mínimos de razoabilidade.”

“ A exigência de razoabilidade – que visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas – atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais.”

“ A teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometam e afetem os fins que regem a prática da função de legislar”.

Posto isso, o que, respeitosamente, se sugere é que, por prestigioso intermédio da Ordem dos Advogados do Brasil, eleve-se ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça, proposta de urgente alteração do artigo 322 do CPP para que passe a vigor com a seguinte redação:

“Art. 322 – A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração apenada com:

I – detenção;

II – reclusão, desde que a pena máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

Nesse ínterim, enquanto não sobrevenha a solução legislativa acima alvitrada, máxime para evitar-se o desnecessário encarceramento de empregados que trabalham na área de supermercados, mercearias, padarias e similares – pessoas primárias, destituídas de qualquer periculosidade – que se debrucem sobre a questão magistrados, promotores, advogados e autoridades policiais no sentido de que seja reconhecida em favor destas últimas, quando presidirem autos de prisão em flagrante lavrados com base nos dispositivos retro citados (art. 7º, da Lei nº 8.137/90, incisos II e IX, c/c parágrafo único), a competência para que continuem arbitrando fiança em favor desses autuados.

Para tanto, aduzimos ainda os seguintes argumentos:

A) A pena prevista para tais condutas é de detenção de 2 a 5 anos ou multa, cuja natureza, meramente pecuniária, jamais justificaria um encarceramento, ainda que breve, mas não menos perverso.

Se, como veremos a seguir, a previsão (ainda que alternativa) de multa como pena única, autoriza em favor do réu (como medida de desburocratização da Justiça) a suspensão condicional do processo, com maior razão (justamente como medida de política criminal que inspirou a alteração da norma processual penal), poderá a culta autoridade policial (como hoje faz), mediante despacho fundamentado, continuar arbitrando fiança nos casos da espécie, evitando encarcerar quem não precisa ser encarcerado, tal como preconizado e destacado nos

trechos jurisprudenciais e doutrinários abaixo.

Bem a propósito da importância jurídica que decorre da destacada alternatividade de pena prevista no dispositivo citado, traz-se a lume, como **relevante argumento de analogia**, a oportuna e pertinente lição que vem do E. Supremo Tribunal Federal, extraída do v. acórdão lavrado no HC nº 83926-6, da relatoria do eminente ministro Cezar Peluso, hoje o presidente da Corte, *verbis*:

“Ementa — AÇÃO PENAL — Crime contra relações de consumo. Pena. Previsão alternativa de multa. Suspensão condicional do processo. Admissibilidade. Recusa de proposta pelo Ministério Público. Constrangimento ilegal caracterizado. HC concedido para que o MP examine os demais requisitos da medida. Interpretação do art. 89 da Lei nº 9.099/95. Quando para o crime seja prevista, alternativamente, pena de multa, que é menos gravosa do que qualquer pena privativa de liberdade ou restritiva de direito, tem-se por satisfeito um dos requisitos legais para a suspensão condicional do processo.”.

Do corpo do v. aresto, pinça-se o incisivo pronunciamento favorável da Procuradoria-Geral da República:

“Com efeito, para os delitos do art. 7º da Lei 8.137/90 são cominadas penas de detenção, de 2 a 5 anos, ou de multa. Tais as circunstâncias, bem demonstra a esmerada petição que, para fins de aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95, a pena mínima a ser considerada é a de multa que, em tese, pode ser a única a ser aplicada.”

Segue-se a conclusão do eminente Relator:

“Não discuto a desproporcionalidade entre as penas cominadas e as condutas previstas no artigo 7º da Lei nº 8.137/90.

O fato é que, contemplada, de forma alternativa, a aplicação exclusiva da pena de multa, abre-se ao acusado a possibilidade de suspensão condicional do processo. É, aliás, o que sustentam os idealizadores da lei: [1]” .

B) O enquadramento da conduta na modalidade culposa impõe uma redução de 1/3 (um terço) na pena, fato que – *ab initio* – fixa a própria pena máxima (na prática, aliás, nunca aplicada), em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de detenção, ou seja, em limite aquém do máximo previsto na lei nova para concessão de fiança pela autoridade policial, o que, por si só, vale como argumento autônomo e suficiente para fundamentar e legitimar a decisão da autoridade policial.

C) A lei nova, sem dúvida, ao alargar a atribuição da autoridade policial para conceder fiança também em alguns crimes apenados com reclusão, emprestou maior e merecido prestígio a essa importante figura que preside aos atos de polícia judiciária. Nesse diapasão, soaria insólito se esse “alargamento” fosse, de forma contraditória, coarctado pela supressão de parcela de poder que antes já detinha, tudo a indicar, realmente, como escrito no início, que *o legislador, com certeza, não atinou para esse detalhe e criou um verdadeiro contrassenso*.

Outros elementos poderiam ser aqui eleitos para um justo e perfeito deslinde da questão. Ouso acreditar, entretanto, que os argumentos aqui expendidos a título de colaboração, já se fazem suficientes para que, no exercício do poder discricionário que constitucionalmente o delegado de Polícia detém e enquanto integrante das carreiras jurídicas do Estado, acaso se convença da justiça e do cabimento da medida, arbitre e conceda fiança a quem vier a ser autuado nas situações fáticas de início apontadas.

[1] “Nas hipóteses em que penas diversas vêm cominadas alternativamente (prisão mínima acima de um ano ou multa, ad exemplum, arts. 4º, 5º e 7º da Lei 8.137/90), nos parece muito evidente o cabimento da suspensão do processo pela seguinte razão: a pena mínima cominada é a de multa. Se a lei (art. 89) autoriza a suspensão condicional do processo em caso de pena privativa de liberdade mínima até um ano, a fortiori, conclui-se que, quando a pena mínima cominada é a multa, também cabe tal instituto. Pouco importa que a multa seja, no caso, alternativa. Se o legislador previu tal pena como alternativa possível é porque, no seu entender, o delito não é daqueles que necessariamente devam ser punidos com pena de prisão. Se, para os efeitos de prevenção geral, contentou-se a lei, em nível de cominação abstrata, com a multa alternativa, é porque, conforme seu entendimento, não se trata de delito de alta reprovabilidade. Sendo assim, entra no amplo espectro da sua nova política criminal de priorizar a ressocialização do infrator por outras vias que não a prisional. Na essência da suspensão condicional, ademais, outros interesses estão presentes: reparação da vítima, desburocratização da Justiça etc. Para os crimes de média gravidade (e dentro desse conceito entram evidentemente os delitos punidos em abstrato com pena – alternativa – de prisão ou multa) a resposta estatal adequada é a de que acaba de ser descrita.” – GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. Juizados Especiais Criminais. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 255-256. (grifei e realcei).

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2011-jun-30/retrocesso-desvio-finalidade-caracterizam-edicao-lei-12403/>