

Fabio Marques: Fiança para penas superiores a 4 anos

18/09/2022

O presente texto busca discutir o tema arbitramento de fiança pela autoridade policial para crimes punidos com penas privativas de liberdade superiores a quatro anos. A discussão não é nova, mas ainda pairam desconfianças, incertezas e dúvidas sobre as alterações trazidas pela Lei nº 12.403/2011, que modificou a legislação de regência (prisões cautelares e fiança).



Em um caso concreto relacionado ao tema, julgado pelo Tribunal de

Justiça de Minas Gerais, negou-se a possibilidade de arbitramento de fiança pela autoridade policial, diante de um concurso material de crimes de trânsito, cujo somatório das penas privativas de liberdade suplantaram os quatro anos previstos no artigo 322, CPP [1], em que o entendimento ficou assim ementado:

"HABEAS CORPUS. ARTIGO 303 E 306 DO CTB. CONCESSÃO DE FIANÇA PELA AUTORIDADE POLICIAL. DELITOS COM PENAS MÁXIMAS SOMADAS DE CINCO ANOS. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 322 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. Não cabe o arbitramento de fiança pela autoridade policial quando os delitos imputados ao acusado, em concurso material, possuem penas máximas privativas de liberdade que, somadas, ultrapassam 05 (cinco) anos. Inteligência do artigo 322 do CPP. (HC 0191398-48.2013.8.13.000 MG — 2ª Câmara Criminal — relator Renato Martins Jacob — data do julgamento: 25/04/2013)."

Analisando este julgado, é possível observar que os crimes mencionados (Lei nº 9.503/97: artigos 303 [2] e 306 [3]), isoladamente considerados, não possuem penas corporais superiores a quatro anos e poderiam ser considerados, para fins de arbitramento de fiança, de forma autônoma, assim como outras situações práticas que aqui serão apresentadas.

Nessa medida, a reflexão que se pretende fazer, à luz da Teoria Geral do Direito Policial (VALENTE, 2019), do Direito de Polícia Judiciária e do Ativismo Policial (BRENE, 2018), refere-se à possibilidade de a autoridade policial arbitrar fiança mesmo para os crimes punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos, desde que presentes alguns requisitos. Nessa perspectiva, o principal fundamento dessa possibilidade está nas atribuições constitucionais do delegado de polícia, que não pode mais ser visto como um mero expectador e executor cego das leis, haja vista o seu papel de "primeiro garantidor" dos direitos fundamentais e humanos da pessoa do conduzido, onde também incide, entre outros, o princípio fundamental da presunção de inocência [4].

Assim, a celeuma está na restrição "aparentemente legal" do arbitramento de fiança pelo delegado de polícia para crimes punidos com penas privativas de liberdade superiores a quatro anos, considerando-se unicamente o critério quantitativo. Diga-se "aparentemente legal" pelo fato de estar havendo uma equivocada e copiosa interpretação restritiva, não analógica e divorciada do sistema normativo-teleológico contemporâneo.

É cediço que a liberdade condicional mediante o pagamento de fiança encontra abrigo constitucional (RANGEL, 2013), particularmente no artigo 5º, LXVI, que declara que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança".

Inexistem dúvidas acerca da possibilidade de a autoridade policial deixar de arbitrar fiança quando presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, conforme previsão do artigo 324, IV [5], combinado com o artigo 335 [6], ambos do Código de Processo Penal (BARBOSA, 2020), permitindo-se o imediato recolhimento do autuado ao cárcere.

Ora, pela lógica, se é outorgado ao delegado de polícia o poder-dever de privar a liberdade de alguém, excepcionando, em tese, o princípio da presunção de inocência, carece de fundamentação idônea a interpretação que se faz para justificar a restrição ao arbitramento de fiança, pelo delegado, para os crimes com penas corporais acima de quatro anos, levando-se em consideração apenas, em tese, a quantidade da pena, desconsiderando inúmeras variáveis que interferem neste processo.

A partir dessa ótica, surgem algumas indagações: como assegurar a eficácia da liberdade individual, que possui a presunção de inocência como baliza, se a autoridade policial não consegue cumprir o seu papel com uma finalidade constitucional e garantista? É razoável restringir o arbitramento de fiança pela autoridade policial quando a soma das penas corporais suplantarem os quatro anos, ainda que sejam qualitativamente de detenção? É proporcional proibir o arbitramento de fiança pelo delegado de polícia diante de um concurso de crime com contravenção penal ou infração de menor potencial ofensivo?

Partindo dessas indagações e da mencionada decisão do TJ-MG, não se exige maiores esforços para se concluir que o ato de inserção ou não do autuado ao cárcere possui natureza administrativa cautelar, respeitando-se a vigência do Estado Constitucional de Direito, pois o encarceramento deve ser visto como a "última *ratio* da extrema *ratio*", isto é, no Brasil, a liberdade é a regra; a prisão, a exceção. (NUCCI, 2014).

Resta-se inequívoco que o sistema penal é garantista por sua própria natureza, isso porque, de acordo com a doutrina (FERRAJOLI, 1995), ele substituiu a vingança privada, trazendo, à sua maneira, um pretense equilíbrio do poder do Estado para exercer a sua função coercitiva, onde é inserido um juízo de desvalor das condutas delituosas. Nessa medida, e por via de consequência, o delegado de polícia possui uma instrumentalidade garantista, no sentido de proteção, segurança, defesa, acautelamento ou tutela (BRENE, 2018), pois a ele é dada a função de inibir a limitação aos direitos fundamentais e aos direitos humanos do autuado e/ou investigado.

Então, ao impedir a autoridade policial de agir em sua esfera de atribuição, o artigo 322 do CPP entra em rota de colisão com as disposições internacionais e nacionais. Primeiro, porque fere os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, sendo, assim, inconveniente (BARBOSA, 2020), face à possibilidade do controle de convencionalidade (MAZZUOLI, 2017). Segundo, existem infrações criminais que possuem penas privativas de detenção, distintas qualitativamente das penas de reclusão, o que pode estar sendo ignorado pela doutrina e jurisprudência, haja vista que na pena de detenção, muitas vezes, o réu, quando condenado, não inicia o cumprimento preso. Terceiro, porque há casos de crimes que permitem alternativamente o pagamento isolado de multa (cita-se, como exemplo, o delito previsto no 7º, da Lei 8.137/90 [7]). Quarto, na prática policial, não é raro o concurso entre crime e contravenção penal ou, ainda, entre crime de médio potencial ofensivo com outro de menor potencial (crime de furto (artigo 155 [8], CP) cumulado com desobediência (artigo 330 [9], CP); receptação (artigo 180 [10], CP) cumulado com a contravenção de vender "gazua" ou "chave falsa" (artigo 24 [11], da LCP). Nessas situações, haverá a lavratura de um Auto de Prisão em Flagrante e de um Termo Circunstanciado de Ocorrência, que tramitarão de forma autônoma e apartada. Na maioria esmagadora dos casos, preenchidos os requisitos legais, o réu sequer será condenado, em decorrência das medidas "descarcerizadoras" (TÁVORA, 2015), a exemplo do acordo de não persecução penal, transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de leniência, entre outras.

Nessa linha, é possível afirmar que o encarceramento do autuado diante de um crime cuja pena prevista admita o pagamento alternativo de multa ou possua pena privativa de detenção, ainda que superior a quatro anos, apresenta-se como desarrazoado e desproporcional, considerando-se, principalmente, a interpretação sistemático-teleológica que prioriza a liberdade. Conforme explicitado acima, havendo eventual e ulterior condenação do réu, essas penas permitirão o cumprimento inicial em regime semiaberto ou aberto, ou seja, o condenado não ficará preso, ressalvadas as hipóteses de quebra de regime ou quando presentes os requisitos da prisão preventiva.

Não bastassem esses argumentos, é preciso consignar que o artigo 322 em epígrafe é silente acerca do somatório das penas para fins de arbitramento de fiança. Portanto, se essa fosse a vontade do legislador, deveria estar explícita no dispositivo, o que não ocorreu. Ademais, "*onde a lei não restringe, não pode o intérprete fazê-lo*".

Infelizmente, a legislação fundamentada no direito supranacional carece de uma compreensão pacífica acerca do papel da polícia judiciária, especialmente quando o assunto é o direito de polícia judiciária e ativismo policial, desdobramentos lógicos do atual sistema normativo.

Ainda assim, mesmo diante dessas dificuldades, o delegado de polícia, enquanto primeiro garantidor dos direitos fundamentais do conduzido, não pode duvidar de suas contemporâneas atribuições, devendo agir com precaução e respeito às garantias individuais. Logo, quando o crime praticado admitir liberdade provisória mediante o pagamento de fiança, sendo a pena privativa de liberdade de detenção, independente da quantidade da pena, mesmo quando somada a outra infração de igual natureza ou com menor gravidade, o benefício da liberdade deveria ser garantido imediatamente, considerando que, em qualquer fase do processo, o juiz poderá cassar a fiança ou reforçá-la, sem quaisquer prejuízos ao acusado.

Diante do exposto, conclui-se que o apreço aos direitos fundamentais do cidadão deve orientar toda e qualquer ação estatal, razão pela qual inexistente fundamentação mínima para manter a restrição do arbitramento de fiança pela autoridade policial para os crimes que possuem penas privativas de liberdade acima de quatro anos, considerando-se tão somente a quantidade da pena como critério, em que pese prevalecer na doutrina e jurisprudência entendimento contrário.

Referências

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Concessão de Fiança pelo Delegado de Polícia, Cap. 15, p. 139-143. In: HOFFMANN, Henrique. *Temas Avançados de Polícia Judiciária* / Henrique Hoffmann, Eduardo Fontes — 4ª ed. rev. atual. e ampl. — Salvador. Juspodvm, 2020.

BRENE, Cleyson. *Ativismo Policial. O papel garantista do delegado de polícia*. Salvador. Juspodvm. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría do garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibanés et al. Madri. Trotta, 1995.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. São Paulo: RT, 2009.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 10ª ed. Bahia: Juspodivm, 2015.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial. Coimbra*. Almedina. 6ª ed. 2019.

ZANOTTI, Bruno Taufner. *Temas Atuais de Polícia Judiciária* / Bruno Taufner Zanotti e Cleopas Isaias Santos. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodvm. 2016

[1] Artigo 322 – A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples. Parágrafo único – Nos demais casos do artigo 323, a fiança será requerida ao Juiz, que decidirá em 48 horas.

[2] Artigo 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:

Penas – detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor [...]

[3] Artigo 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor [...]

[4] Para Aury Lopes Júnior, o princípio da presunção de inocência, por meio da qual ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, é pressuposto da própria condição humana, sendo decorrência da jurisdicionalidade e da civilidade. (LOPES JÚNIOR, 2008).

[5] Artigo 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

[...]

IV – quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

[6] Artigo 335. Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

[7] Artigo 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

[...]

Pena – detenção, de dois a cinco anos, ou multa.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II, III e IX pune-se a modalidade culposa, reduzindo-se a pena e a detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.

[8] Artigo 155 – Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

[...]

[9] Artigo 330 – Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena – detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

[10] Artigo 180 – Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa

[11] Decreto-Lei 3.688/1941

Artigo 24. Fabricar, ceder ou vender gazua ou instrumento empregado usualmente na prática de crime de furto:

Pena – prisão simples, de seis meses a dois anos, e multa, de trezentos mil réis a três contos de réis.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-set-18/fabio-marques-fianca-penas-superiores-anos/>