

Cabe fiança pelo delegado no descumprimento de medida protetiva



Ruchester Marreiros
delegado da Polícia Civil do RJ

A Lei 13.461, de 3 de abril de 2018, alterou a Lei 11.340/06, denominada

Lei Maria da Penha, com o único propósito de tipificar como crime a conduta de “descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei”, cominando uma pena de detenção de 3 meses a 2 anos, inserindo o artigo 24-A na legislação minorista.

Numa análise sorrateira e *prima facie*, verifica-se a preocupação do legislador em discernir que o descumprimento de medida protetiva de urgência seja por uma decisão de juiz na seara cível ou criminal, conforme o parágrafo 1º do artigo 24-A, haja vista que o artigo 14 da LMP prevê que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar são órgãos de competência comum cível e criminal, em razão da estreitíssima relação, em muitos casos, dos conflitos familiares tangenciarem tanto questões de natureza civil/familiar quanto criminal, como, por exemplo, a determinação de afastamento do lar conjugal e estabelecimento de alimentos a título provisório, não obstante existirem legislações sobre organização e divisão judiciária que atribuem a competência somente criminal para os juizados supramencionados.

A especificação dos provimentos jurisdicionais cível e criminal se dá porquanto na seara cível, o descumprimento da medida tem como previsão a fixação de astreites ou também denominadas de multa diária, conforme artigo 22, parágrafo 4º, não acarretando prisão, e no âmbito criminal, o descumprimento poderia ensejar a decretação da prisão preventiva, conforme artigo 20, ambos da mesma lei.

O artigo 24-A, parágrafo 3º, da Lei 13.641/18 reforça o óbvio, diante da autonomia das esferas civil, penal e administrativa, e o parágrafo 2º do mesmo dispositivo desautoriza que o delegado de polícia possa arbitrar fiança no delito em questão, excepcionando a sua atribuição geral prevista no artigo 322 do Código de Processo Penal, que autoriza a liberdade provisória vinculada a fiança ou sua dispensa para crimes punidos com reclusão, cuja pena máxima não exceda a 4 anos.

Em princípio, o que se verifica é o intuito do legislador de prever a possibilidade de manter preso provisoriamente o autor de violência doméstica e familiar pelo descumprimento da medida protetiva em

sede policial exclusivamente, pretendendo tolher que o delegado de polícia possa avaliar a possibilidade de liberdade provisória, deixando o autor mais um “tempinho” no cárcere, como se fosse um “susto”, e não correr o risco de ter em seu favor o entendimento de se tratar de um fato atípico (o atual entendimento do STJ é de atipicidade, e não crime de desobediência), como se não existisse a regra do artigo 313, III do CPP, com previsão explícita para decretação de prisão preventiva com o fim de assegurar a execução de medida protetiva, justamente no caso do referido descumprimento.

O crime em tela tem como bem jurídico tutelado a administração pública sob o viés da administração da Justiça, ou seja, a moralidade e dignidade do respeito ao cumprimento de decisão judicial, praticado por particular, como ocorre de forma semelhante no artigo 330 e artigo 359, ambos do Código Penal. Em suma, não é a integridade da mulher o bem jurídico tutelado. Em outras palavras, a mulher não é sujeito passivo primário do crime previsto no artigo 24-A da *novatio legis*, não obstante fazer parte da Lei Maria da Penha.

Isso não é novidade no ordenamento. O mesmo ocorre na Lei 9.605/98, que prevê condutas pelas quais o sujeito passivo é a fauna ou a flora, porém, tipifica condutas cuja sujeito passivo seja a administração pública ambiental. No Estatuto do Idoso, a Lei 10.741/03, tem com sujeito principal a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos de idade, mas pune o embaraço ou impedimento de atividade de representante do Ministério Público ou outro agente fiscalizador, e assim também na Lei 8.069/90, e o mesmo se repete, tardiamente, na Lei Maria da Penha, contudo, em nenhum desses ordenamentos citados, e são todos direitos com previsão de proteções transindividuais e de minorias, que o legislador não interferiu indevidamente na função materialmente judicial do delegado de polícia de analisar a possibilidade de liberdade provisória, o que chega a ser teratológico, diante de um comportamento delituoso, que não tem como sujeito passivo a violência contra a mulher, conforme o rol previstas do artigo 7º da Lei 11.340/06.

É evidente que não olvidamos de que a proteção seja indireta à mulher diante do descumprimento de uma medida protetiva que visa a integridade física, moral, psicológica, patrimonial e sexual da mulher, como também ocorre no bojo das legislações acima mencionadas, e nem por isso o fato de uma conduta ser contra a administração da Justiça, que indiretamente protegeria um idoso ou uma criança, o comportamento do agente passaria a ser considerado um ato contra o idoso ou a criança.

Assim, portanto, teremos que enfrentar o artigo 41 da Lei 11.340/06 ao dispor que aos “crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a [Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995](#)”. Esse é o ponto! O descumprimento de medida protetiva é uma violência doméstica? É familiar? É contra a mulher? É de menor potencial ofensivo? É de rito sumaríssimo? É de competência dos Juizados Especiais Criminais com aplicação das medidas despenalizadoras?

Disso decorre uma série de consequências jurídico-penais, principalmente porque o legislador estipulou uma pena de detenção de no mínimo 3 meses e no máximo de 2 anos de privação da liberdade. Haverá mesmo privação da liberdade? Vejamos: a) em regra, o início da pena de detenção se cumpre em semiaberto; no entanto, em se tratando de condenado não reincidente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o cumprimento será em regime aberto; b) não sendo crime contra a mulher, não impedirá a aplicação da pena restritiva de direitos substitutivas à privativa de liberdade prevista no artigo 44 do CP; c) essa pena torna possível o sursis previsto no artigo 77 do CP.

Acaso se entenda que o crime contra a administração da Justiça por descumprimento de medida protetiva se aplique a todo o regramento da Lei 11.340/06 e seja compreendido como um crime contra a mulher, de forma indireta, nenhum dos institutos acima poderia ser aplicado, no entanto, não se pode fazer analogia *in malam partem*, pois o artigo 41, já mencionado, e o artigo 17 da mesma lei vedam “a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”. Ambos os dispositivos (17 e 41) tratam de crime contra a mulher, diretamente, e não indiretamente.

Nos parece que foi nessa linha de raciocínio adotado pelo STJ, ou seja, de se modular a resposta penal no âmbito da violência doméstica e familiar, aplicando ou não os institutos como as penas alternativas e sursis, quando se tratar ou não de violência física ou grave ameaça, já ensejou a edição da Súmula 588 do STJ, que veda pena restritiva de direitos substitutiva à privativa de liberdade quando a conduta do agente for “a prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos”.

Ainda que se entenda que as restrições do artigo 17 e 41 da LMP se aplique ao crime do artigo 24-A, o que já seria inadequado, o comportamento do agente não é com violência ou grave ameaça contra a mulher, nem com violência ou grave ameaça contra a administração da Justiça, não havendo sentido a vedação prevista na Súmula 588 do STJ, que também não é contrária à redação do artigo 17.

Em suma, para onde se olha, não há pena privativa de liberdade a se cumprir.

Nesta feita, o que se evidencia é a intenção de mais uma esquizofrenia legislativa, posto que no discurso sobre audiência de custódia nosso legislador quer ampliar o cárcere e retirar a função materialmente judicial do delegado de polícia de avaliar a liberdade provisória que lhe é conferida pelo artigo 322 do CPP.

Trata-se de uma providência desnecessária, já que o delegado poderia, em se tratando de reincidente em crime doloso (artigo 313, II do CPP), o que poderia encetar o vislumbre da prática de infrações penais com penas inferiores a quatro anos (hipótese do artigo 24-A), e presentes os pressupostos fáticos do artigo 312 do CPP, restarem presentes os motivos que autorizariam a decretação de prisão preventiva e o delegado deixar de arbitrar fiança, conforme artigo 324, IV do CPP.

Determinar o legislador vedação a *ex lege* de liberdade provisória em casos previstos na atribuição do delegado de se conceder tal medida viola a separação dos poderes, além de ter uma norma totalmente desarrazoada, o que violaria o devido processo legal em seu aspecto substancial.

Fica evidente que a intenção do legislador não foi a de vedar a liberdade provisória, pois, se assim fosse, o teria feito, inclusive para o Judiciário, como já ocorrera outrora na Lei 8.072/90, e ainda há essa vedação expressa no artigo 44 da Lei 11.343/06, que o STF já declarou inconstitucional, bem como já declarou desproporcional, conseqüentemente, também inconstitucional, entender hediondo o tráfico privilegiado punido com pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, já que haverá incidência do artigo 44 do CP, como ocorreria no artigo 24-A da MP.

Neste caso em específico, o delegado, como intérprete da norma, função técnico-jurídica que lhe é atribuída por ser bacharel em Direito, portanto, exerce função jurídica, agora por imposição legal, com espeque na norma contida no disposto artigo 2^a, *caput*, e parágrafo 6^o da Lei 12.830/13, não resta a menor dúvida de que no âmbito desta função materialmente judicial ou jurídica de se conceder liberdade na forma do artigo 325, parágrafo 1^o, CPP, em especial por não se tratar a polícia judiciária, presidida por delegados de polícia de carreira, um órgão subalterno e hierarquicamente inferior ao Ministério Público ou a magistratura, caindo como uma luva, hodierna jurisprudência que caminha nesse sentido, nas claras palavras do ministro Barroso^[1], ao afirmar que “quem quer que tenha que aplicar lei, sem ser um órgão subalterno, deve interpretar a Constituição e, se entender que a lei é incompatível com a Constituição, tem que ter o poder de não a aplicar, sob pena de estar violando a Constituição”.

Para arrematar o entendimento do ministro Barroso, no mesmo acórdão, a ministra Cármen Lúcia assevera que, embora a doutrina, ao tratar de controle de constitucionalidade pelos chefes do Executivo, o entendimento pode ser aplicado aos órgãos administrativos. Para ela, a construção faz parte do “ideal de sociedade aberta de intérpretes” descrito pelo professor alemão Peter Häberle^[2]: “A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta, que envolve todas as potências públicas, participantes materiais do processo social”.

O legislador, além de não estar atento à heresia constitucional do dispositivo em testilha, esquece que na prática, para que o crime possa ser considerado praticado pelo agente, o mesmo deverá ter sido intimado pessoalmente da medida cautelar de proteção à mulher.

Ademais, o delegado de polícia que se deparar com a alegação de descumprimento da medida deverá impreterivelmente ter acesso aos autos do procedimento ou processo que tramita a providência jurisdicional protetiva, tendo em vista que existem medidas que são concedidas por prazo determinado ou estabelece algumas condições para seu cumprimento, não servindo como elemento probatório somente a palavra da vítima de que esteja ocorrendo um descumprimento.

É uma circunstância teratológica, pois é possível de se estar diante de um fato verdadeiro de descumprimento de ordem judicial de medida protetiva, porém, por ausência de recursos materiais e estruturais de acesso aos autos nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar, pelos quais a medida foi deferida, não será possível aferir a materialidade do crime do artigo 24-A da LMP.

Em outras palavras, identificam-se duas providências necessárias para se constatar o dolo e a

materialidade do delito: a) a existência da decisão judicial em vigor; e b) a intimação pessoal do suposto agressor. Sem a conjugação desses dois elementos probatórios, não será possível aferir a ocorrência do delito, além, obviamente, das demais circunstâncias flagranciais vislumbradas no artigo 302 do CPP.

Por fim, presentes esses requisitos, mister a análise da proporcionalidade da providência, pelo delegado de polícia, de se arbitrar ou não a fiança, valendo-se a incidência da Constituição da República, e não o dispositivo literal de lei, sob pena de não se prestigiar até mesmo uma interpretação conforme, submetendo o delegado a um critério objetivo, que seria a análise de estarem presentes ou não os motivos da decretação da preventiva para não arbitrar a fiança, conforme preceitua o já citado artigo 324, IV do CPP.

Negar esse raciocínio nos levaria à conclusão teratológica de que o delegado poderia arbitrar fiança em um crime de lesão corporal contra a mulher, previsto no artigo 129, parágrafo 9º do CP, com pena de detenção de 3 meses a 3 anos, e no crime do artigo 24-A, da LMP, praticado sem violência ou grave ameaça, e, ainda, com previsão de pena menos grave, porém com vedação de arbitramento de fiança pelo delegado, saltando aos olhos a inconstitucionalidade do dispositivo, não restando ao delegado outra alternativa que realizar interpretação conforme a Constituição e, no caso concreto, arbitrar ou não fiança.

[1] Pet. 4.656/PB, rel. min. Cármen Lúcia, j. 19/12/2016.

[2] HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13, apud, Pet. Pet. 4.656/PB, rel. min. Cármen Lúcia, j. 19/12/2016.

Date Created

10/04/2018