

Adhemar de Barros: Paradoxo da fiança no processo penal

30/05/2022

Ao receber um auto de prisão em flagrante, a autoridade judiciária, no momento da realização da audiência de custódia, deve relaxar a prisão ilegal, determinar a prisão preventiva ou, ainda, conceder a liberdade provisória, nos termos do artigo 310 e seus incisos, do Código de Processo Penal.



Relembre-se que a liberdade prevista nessa última

hipótese ganha a característica de provisória *posto que é diversa da situação do acusado que responde ao processo em liberdade plena, seja porque não foi preso em flagrante delito ou teve tal prisão relaxada, seja porque não teve decretada contra si a prisão preventiva, ou esta foi revogada* [1].

Diz-se provisória, assim, a liberdade que deve ser concedida ao preso em flagrante, se não for o caso de relaxamento de sua prisão e ainda ausente o *periculum in libertatis* para a decretação da prisão preventiva.

Tudo isso significa que, no momento da análise da concessão da liberdade provisória, o indivíduo encontra-se, logicamente, preso, já que o instituto é aplicado na audiência de custódia, especificamente após um cenário de prisão em flagrante.

O problema que nos toca começa quando se adiciona um fator financeiro, deixando a situação um tanto delicada.

Nessa linha, o mesmo artigo 310 da lei processual penal prevê a *fiança*, que amarrada à concessão de liberdade provisória, configura uma das duas *dimensões de atuação* [2] do instituto — sendo a outra como medida cautelar autônoma e aplicável em qualquer fase do processo (artigo 319, inciso VIII, do CPP).

Para o que interessa a esse breve texto, é justamente essa primeira espécie que pode ser problemática, justamente porque relaciona um *status* de liberdade a uma condição pecuniária.

Isso porque, sendo a fiança uma garantia patrimonial, que passa a ser devida no momento da concessão da liberdade provisória durante a audiência de custódia, é comum que juízes condicionem o cumprimento da soltura do preso ao efetivo recolhimento do valor, instalando-se, assim, um panorama *sui generis*: o sujeito já teve sua liberdade provisória concedida, mas permanece encarcerado até que pague o quanto estabelecido.

Mas, se foi-lhe concedida a liberdade provisória, é precisamente porque ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva; e, se faltam-lhes esses requisitos, por que o indivíduo continua preso?

Consolida-se, dessa maneira, o paradoxo: juridicamente, o indivíduo está solto, mas, de fato, está preso.

Como justificar essa prisão, então?

Não é ela preventiva ou temporária — pois já concedida a liberdade provisória, nem flagrante — já que superada a fase de audiência de custódia, tampouco pena — porque ainda sem trânsito em julgado qualquer decisão condenatória, e nem prisão administrativa ou decorrente de pensão alimentícia, sendo estas as únicas e exclusivas espécies de prisão de nosso ordenamento.

A resposta, portanto, não está em nossas leis, e assim só pode ser considerado ilegal tal tipo de restrição de liberdade, assemelhando-se, em muito, à prisão civil por dívida, proibida pelo texto constitucional (artigo 5º, inciso LXVII, na CR).

Sobre imbróglio semelhante, foi notório o julgamento do *habeas corpus* nº 568.693/ES, pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, mediante o qual foi concedida *a ordem para determinar a soltura, independentemente do pagamento da fiança, em favor de todos aqueles a quem foi concedida liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança no estado do Espírito Santo e ainda se encontram submetidos à privação cautelar de liberdade em razão do não pagamento do valor*, além de estendida, de ofício, a todos os presos do território brasileiro que se encontravam encarcerados somente em razão do não recolhimento da fiança.

Decisão correta, fundamentos nem tanto.

Da leitura do voto do E. Relator, observa-se que o contexto que orientou a postura do Tribunal foi o cenário caótico da pandemia de Covid-19, aliada à edição da Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, que trouxe medidas desencarceradoras para apaziguar os efeitos da doença nos presídios.

Desse modo, ainda que seja louvável a decisão, o motivo de soltura dos presos na situação descrita deveria ter sido, muito antes da pandemia, o de ausência de previsão legal daquela modalidade de prisão.

Nessa esteira, pode-se presumir que, reflexamente, se não houvesse a Covid-19, talvez aqueles beneficiados com a ordem de *habeas corpus* estivessem presos até agora.

Como se vê, então, a discussão apenas tangenciou o verdadeiro problema, tomando o caminho do combate à pandemia, mas deixando de adentrar no ponto que trata este artigo, perdendo assim a oportunidade de atingir o âmago da questão.

E não é só.

Antes mesmo da pandemia já se discutia nos tribunais a ilegalidade da prisão decorrente do não recolhimento da fiança, mas, frequentemente, o debate recaía somente àqueles que não possuíam condições financeiras para arcar com o valor, tal como decidido no *habeas corpus* nº 547.385/SP, julgado em 2019 pelo Superior Tribunal de Justiça.

Mas, de novo, a questão fugiu do ponto: é irrelevante a (falta de) condição financeira do indivíduo para arcar com a fiança, uma vez que não se justifica a ninguém o encarceramento como consequência do não recolhimento desta garantia real.

Portanto, o que há de comum nos casos análogos aqui trazidos, é que a prisão daqueles indivíduos não encontrava respaldo na lei, porque já fora concedida a eles a liberdade provisória, não se justificando aguardarem presos o recolhimento do valor da fiança.

Assim, pouco importa se o contexto é de pandemia, ou se o preso não tem condições de pagar a quantia estipulada, porque a postura correta seria a imediata soltura após a decisão que concede a liberdade provisória, definindo-se um prazo para o recolhimento da fiança, que deveria ser observado pelo sujeito em liberdade.

E apenas se houvesse seu descumprimento, poder-se-ia considerar presente o *periculum in libertatis* por desrespeito à ordem judicial, e, somente então, cogitada a decretação da prisão preventiva, essa sim encontrando fundamento em lei.

Na contramão, a manutenção da prisão até o pagamento da fiança, após a concessão da liberdade provisória e sem que verificado qualquer descumprimento de prazo, é ilegal, pois ausente qualquer previsão normativa que lhe dê sustento.

Nessa ótica, um processo penal constitucional, norteado pela presunção de inocência e, sobretudo, pela legalidade, não pode tolerar tal aberração.

[1] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*, 3ª ed., p. 1041.

[2] LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, 15ª ed., p. 691.