

## A fiança criminal e a Constituição Federal

ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES  
Procurador de Justiça — SP

**SUMÁRIO:** 1. O tratamento legal da liberdade provisória e da fiança; 2. O sistema brasileiro relativo à fiança; 3. Noções e natureza jurídica; 4. Princípios relativos às medidas cautelares penais; 5. A perda de importância da fiança no Código de Processo Penal; 6. A fiança na Constituição Federal; 6.1. O princípio da legalidade; 6.2. Os crimes considerados inafiançáveis; 6.3. O alcance da inafiançabilidade; 7. Bibliografia.

### 1. O tratamento legal da liberdade provisória e da fiança

A Constituição Federal de 1988 em diversos dispositivos menciona expressamente a fiança, havendo alguma dificuldade em harmonizá-los e verificar os reflexos advindos na legislação vigente. Em outros artigos, ela trata de assuntos, direta ou indiretamente, ligados à fiança, porque cuidam da prisão e da liberdade durante o processo.

Interessam as seguintes normas:

Art. 5.º, incisos:

XLII — a prática do racismo constitui crime **inafiançável** e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII — a lei considerará crimes **inafiançáveis** e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV — constitui crime **inafiançável** e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático;

LXVI — ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem **fiança**.

LVII — ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;

LXI — ninguém será preso a não ser em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

O Código de Processo Penal trata da liberdade provisória, com ou sem fiança, nos artigos 321 a 350. Ainda, é de grande relevância para o estudo do tema o artigo 310, parágrafo único.

Após a Constituição Federal, foram editadas três leis com dispositivos a respeito de fiança: 7.780, de 22.06.89, 8.035, de 27.04.90 e 8.072, de 23.07.90. A primeira atualizou os valores das fianças. A segunda cogitou dos crimes contra a economia popular e de sonegação fiscal, impedindo a liberdade provisória sem fiança e fixando valores mais elevados para a fiança. A terceira diz serem insuscetíveis de fiança e liberdade provisória os crimes hediondos, nela definidos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. Também merecem referência, por terem sido objeto de veemente contestação, as medidas provisórias 153 e 156, de 15.03.90, e o projeto de lei de 29.03.90, que vedavam a liberdade provisória com ou sem fiança para os crimes contra a economia popular e de sonegação fiscal.

Este trabalho almeja acentuar alguns aspectos relevantes da fiança em face das atuais normas constitucionais e dessa legislação posterior, inclusive sob a luz de sistemas estrangeiros mais modernos.

### 2. O sistema brasileiro relativo à fiança

A fiança é prevista desde a Antiguidade. No Brasil, todos os textos constitucionais a ela se referiram, exceto a Carta de 1937.<sup>1</sup>

Na evolução histórica, surgiram vários sistemas legais a respeito da fiança, passíveis de serem englobados nos seguintes:

1. os que possibilitam a liberdade provisória com fiança em qualquer delito;
2. os que submetem, em todos os casos, a concessão de fiança a um juízo discricionário;
3. os que possibilitam a fiança em alguns casos e negam em outros; há os que preferem dizer quando ela cabe e os que optam por especificar as hipóteses de não cabimento, figurando nesse grupo o Brasil.<sup>2</sup> O CPP brasileiro arrola as hipóteses de inadmissibilidade de fiança.

As Leis 5.941, de 22.11.73, e 6.416, de 24.05.77, afetaram profundamente o sistema da liberdade provisória, com ou sem fiança. A Lei 6.416, acrescentando parágrafo único ao art. 310 do CPP, possibilitou a liberdade provisória sem fiança em qualquer crime quando não estiverem presentes os requisitos da preventiva. A Lei 5.941 alterou o art. 594 do CPP, permitindo apelação em liberdade para o réu primário e de bons antecedentes; alterou também o art. 596, de modo a que, em

1. Ver sobre a fiança na Grécia, em Roma, nas Ordenações, na Constituição Imperial, no CPP Criminal de 1832, na Lei 2.033, de 20.09.1871, no Decreto 4.824, de 22.11.71, na Lei 628, de 28.10.1869; no Decreto 3.475, de 4.11.1899 e nas Constituições da República e Constituições Estaduais mais antigas: ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, *Processo penal cautelar* págs. 447-457, págs. 289-296 e OCTAVIANO VIEIRA, *Fiança criminal*, págs. 11-28.

2. Para exame desses sistemas ver ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, *Processo penal cautelar*, n.º 459, pág. 297.

caso de absolvição, a apelação interposta pela acusação não impeça ser o réu imediatamente posto em liberdade.

A situação encontra-se agora mudada com as Leis 8.035, de 27.04.90, e 8.072, de 23.07.90. A primeira veda a liberdade provisória sem fiança para os crimes contra a economia popular e sonegação fiscal. A segunda impede a liberdade provisória, com ou sem fiança, para os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo.

### 3. Noções e natureza jurídica

A fiança é espécie de liberdade provisória.

A expressão liberdade provisória não é adequada, apesar de consagrada, inclusive na lei. Traz a idéia de uma liberdade que pode, a qualquer momento, vir a cessar. Mas, todo aquele submetido a processo criminal tem uma liberdade provisória, eis que poderá vir a ser preso em virtude de preventiva, pronúncia ou condenação. Melhor seria falar em liberdade vinculada. O réu fica em liberdade, mas sujeito a vínculos com o processo. Tem ele ônus processuais, de maior ou menor profundidade, que, se descumpridos, podem fazer cessar o estado de liberdade, vindo a ser determinada a prisão.<sup>3</sup>

Na fiança também há liberdade vinculada. O preso em flagrante beneficiado com a fiança deve, como regra, pagar determinada importância e assume determinados compromissos que, se descumpridos, poderão levar à determinação de prisão ou agravamento das obrigações assumidas.

Frederico Marques diz que a fiança funciona, a um só tempo, não só como providência de contracautela, como ainda no papel de substitutiva das medidas de prevenção, que atingem a liberdade de ir e vir do acusado.<sup>4</sup>

A fiança é referida muitas vezes como uma contracautela. O réu, ou suspeito, preso em flagrante, seria colocado em liberdade mediante o pagamento de determinada importância, que assim faria cessar a cautela consistente na prisão provisória.<sup>5</sup> Seria, portanto, contracautela porque caberia para afastar a cautela decorrente da prisão. Seria cautela originária quando atingisse o réu solto.<sup>6</sup>

Assim não nos parece. Não vemos muita razão para se falar em fiança como contracautela.

A fiança tem caráter cautelar, semelhante, em sua essência, à natureza das demais medidas cautelares relativas à liberdade do réu.<sup>7</sup>

É o que se depreende das alterações procedidas no Código de Processo Penal, do tratamento dado à fiança em legislações estrangeiras e, agora, principalmente, da inserção na Constituição Federal do princípio da presunção da inocência ou da não culpabilidade.

3. Ver neste sentido: ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, *Processo penal cautelar*, n.º 444, pág. 288; FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, págs. 114-115 e TORNAGHI, *Manual de processo penal*, pág. 845 e seguintes.

4. FREDERICO MARQUES, *Elementos de direito processual penal*, v.2, págs. 114-115.

5. ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, *Processo penal cautelar*, pág. 311.

6. Ver nesse sentido: ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, *Processo penal cautelar*, pág. 352, n.º 540.

7. WEBER MARTINS BATISTA, *Liberdade provisória*, pág. 41, diz que é "a liberdade provisória, uma medida cautelar em prol da liberdade pessoal do réu ou do indiciado", sujeita a "restrições e ônus impostos àquele que a obtém".

Aquela posição anterior, que via a fiança como contracautela, era, de certa forma, resquício da premissa de a regra ser a prisão durante o processo, principalmente se se tratasse de manter detido o agente pilhado em flagrante.<sup>8</sup>

O raciocínio deve ser outro. O pressuposto inicial é de que o réu, presumido inocente, deve ficar em liberdade durante o processo, só se admitindo a prisão em situações excepcionais.<sup>9</sup>

Assim, se antes a regra devia ser a permanência do réu em custódia provisória, hoje, em razão da presunção inicial de inocência, a regra deve ser a sua liberdade, que será cerceada em maior ou menor grau em consonância com critérios expressamente definidos pelo legislador, e em hipóteses taxativamente previstas.

Tanto o preso como o solto devem, em princípio, ser vistos como inocentes. A diferença entre eles é que o primeiro deve ter sua situação alterada, a fim de ser posto em liberdade, enquanto o segundo deve ter mantida a sua situação, permanecendo em liberdade. Essa diversidade tem levado a tratamentos diferentes dessas duas situações nos diversos sistemas legais. Quem foi preso em flagrante, em relação ao qual a possibilidade de condenação é maior, poderá ser liberado, mas ficará, em maior ou menor intensidade, vinculado ao processo. O descumprimento das obrigações impostas pela lei ou por ele aceitas poderá fazê-lo retornar à situação anterior, ou ter seus compromissos processuais agravados. Quem, todavia, já está livre, só será preso se as circunstâncias indicarem a necessidade da segregação provisória, podendo também ele ter a permanência em liberdade condicionada ao cumprimento de certas obrigações.

Na hipótese de prisão em flagrante, deverá o juiz realizar um juízo de convalidação dessa prisão. As legislações colocam para o juiz um leque de opções, podendo ele escolher uma dentro de um rol de medidas cautelares substitutivas. A opção extrema é manter a prisão, substituindo a prisão em flagrante pela prisão preventiva, desde, é óbvio, que presentes os requisitos legais que a autorizam. Pode, todavia, substituir a prisão em flagrante por outra medida cautelar, ficando o réu sujeito a determinados compromissos, resultando para ele maiores ou menores restrições. Com pequenas diferenças, é o sistema seguido por legislações recentes da Alemanha<sup>10</sup>, Portugal<sup>11</sup> e Itália<sup>12</sup>. É também o sistema que acabou prevalecendo no Brasil.

8. De certa forma, na história foi essa a posição que prevaleceu. O suspeito, quando existissem indícios razoáveis de ser autor de crime de certa gravidade, devia ficar preso. Para permanecer em liberdade surgiam as contracautelas, entre elas a fiança. Ver a respeito, sem o enfoque histórico na maneira aqui referida, mas com interessantes informações a respeito da evolução da fiança: ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, n.º 447-457, págs. 289 e 296; MENDES JUNIOR, *Processo criminal brasileiro*, pág. 441 e seguintes; FRANCISCO F. DUARTE NAZARETH, *Elementos do processo criminal*, pág. 192; PIMENTA BUENO, *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro anotado e complementado por FREDERICO MARQUES*, págs. 372-374; GALDINO SIQUEIRA, *Curso de processo criminal*, pág. 152, TORNAGHI, *Manual*, págs. 861-877.

9. Ver sobre a prisão provisória e o princípio constitucional da presunção de inocência: MAGALHÃES GOMES FILHO, *Presunção de inocência e prisão cautelar*, págs. 65-6. Ressalta essa posição de que a "liberdade do processado é a regra, sua prisão antes de declarado culpado, a exceção". WEBER MARTINS BATISTA, *Liberdade provisória*, pág. 100.

10. Sobre a Alemanha, diz Maier que: "El encarcelamiento preventivo puede ser reemplazado por una serie de medidas o cauciones que integran lo que se llama libertad caucionada o condicionada (par. 116 y 116 a), lo que permite mudar la detencion en un estado de libertad sometido a ciertas condiciones y obligaciones, es decir, por un sistema cautelar o coercitivo que no afecta manifestamente la libertad corporal. Estas medidas y cauciones integran, junto con las privativas de libertad ya citadas, un complejo de reglas tendientes a someter al imputado a las obligaciones que el procedimiento le impone y a la eventual pena, haciendo posible su desarrollo normal" ("La Ordenanza Procesal Penal Alemana", pág. 75).

11. O CPP Português, no artigo 191, inc. I, fala em exigências processuais de natureza cautelar, estipulando restrições à liberdade, medidas de coação e garantia patrimonial.

12. O recente CPP Italiano, no livro IV, cuida das medidas cautelares, separando-as, em medidas cautelares pessoais e

Tem havido nos textos legais maior rigor quanto a determinados crimes, objetivando-se que o réu permaneça geralmente preso durante o processo. São, contudo, exceções.<sup>13</sup>

A fiança tem, portanto, natureza cautelar. Figura ela em uma escala de possíveis medidas cautelares, que substituem a prisão em flagrante, restringindo a liberdade. Impõem-se ao réu, para que fique ou permaneça livre, o pagamento de determinada importância em dinheiro e outros ônus processuais.

Ao cogitar da fiança, fala Romeu Pires de Campos Barros que ela "se reveste do aspecto de uma ação cautelar conexa ao processo de conhecimento condenatório". Há uma nova relação processual, diversa daquela do processo principal, em que os "sujeitos são o réu que pede a fiança ou alguém por ele, e o Ministério Público, representando o Estado, no seu poder de coerção"; não admite ele participação do ofendido, mesmo em crimes de ação penal privada, "visto que nenhum interesse os liga a essa relação processual, que é autônoma com relação ao processo principal".<sup>14</sup> Com o pedido de fiança há um incidente procedimental.

#### 4. Princípios relativos às medidas cautelares penais

As legislações recentes de Portugal e Itália cuidaram de forma sistemática das medidas cautelares penais relativas à liberdade do acusado, estabelecendo princípios gerais que as regulam, aplicáveis à fiança.

O primeiro princípio é o da legalidade, segundo o qual só podem ser impostas as medidas taxativamente previstas em lei, não se admitindo, por isso, interpretação extensiva. É previsto nos artigos 191 do CPP português e 272 do CPP italiano.<sup>15</sup> A Constituição Federal, no art. 5.º, LXVI, diz que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança", e, assim, garante ao suspeito ou acusado o direito à liberdade provisória, o que só não acontecerá nos casos em que a lei, de forma expressa, permita prisão.

Outros dois princípios são os da adequação e proporcionalidade, ou gradualidade, referidos no art. 193, do CPP português e no art. 275 do CPP italiano. Pelo princípio da adequação, impõe-se ao juiz que, na aplicação das providências cautelares, procure, entre as previstas, aquela mais ajustada ao caso, ou, na terminologia do CPP italiano, busque a exigência cautelar que, em face de sua natureza e grau, se apresente mais idônea no caso concreto. A regra da proporcionalidade impõe que as exigências cautelares sejam graduadas de acordo com a gravidade do crime e sanções

reais, sendo que as primeiras podem ser coercitivas (restringem a liberdade) e interditivas (restringem o exercício de alguns poderes ou direitos).

13. As exceções têm existido desde a antiguidade mesmo em sistemas mais liberais. Octaviano Vieira refere, em Atenas, duas exceções à lei que admitia a liberdade antes da condenação: conspiração contra a liberdade e peculato (pág. 16). Em Roma, mostra ele que a regra geral era a admissibilidade da caução, sendo o réu confiado a responsáveis ou fiadores "só excetuados os crimes graves" (pág. 17). Nos modernos sistemas legais alemão, português e italiano também notam-se algumas reservas à liberdade provisória em relação a certos delitos. O CPP português, que não admite prisão preventiva obrigatória, no art. 209 elenca hipóteses em que o juiz é sempre obrigado a "indicar os motivos que o tiverem levado a não aplicar ao arguido a medida da prisão preventiva". O CPP italiano privilegia, entre os requisitos da prisão preventiva, os casos em que há concreto perigo de o agente cometer graves delitos com o uso de armas ou de outros meios de violência pessoal ou dirigidos contra a ordem constitucional ou delitos de criminalidade organizada (art. 274-c). Na Ordenança Processual Penal alemã, o art. 112, em seu par. 3.º, facilita a prisão preventiva em determinados crimes.

14. ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, *Processo penal cautelar*, págs. 328/9.

15. Está o princípio inserido no art. 5.º, 1, c, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e no art. 13 da Constituição italiana.

que poderão vir a ser aplicadas (art. 193.2 do CPP português e 275 do CPP italiano), figurando a prisão preventiva como a última medida a ser utilizada, só cabível quando as outras não se mostrarem adequadas (art. 193.2, do CPP português, art. 275 do CPP italiano).

Tanto o CPP Português quanto o CPP italiano apresentam uma escala de graduação das medidas cautelares, a partir das consideradas de menor gravidade até a prisão preventiva (arts. 196, 197, 198, 200, 201 e 202 do CPP português e 281, 282, 283, 284 e 285 do CPP italiano).

No CPP brasileiro, mesmo sem haver sistematização e logicidade no tratamento da matéria, é possível dizer que existe uma graduação das medidas cautelares substitutivas da prisão em flagrante. Figuraria em primeiro lugar a liberdade provisória sem vínculos estabelecida no artigo 321; viria depois a liberdade provisória sem fiança, com o vínculo de comparecimento a todos os atos do processo (art. 310 e parágrafo único, do CPP); em terceiro lugar, está a liberdade provisória sem fiança, com os vínculos de comparecimento aos atos do inquérito e da instrução criminal (art. 327) e de não mudança de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou de ausência por mais de 8 (oito) dias da residência, sem comunicação do local em que poderá ser encontrado (art. 328), fixada no artigo 350 do CPP; em quarto lugar, estaria a liberdade provisória com fiança, em que, além de pagamento do valor da fiança, há os vínculos de comparecimento aos atos do inquérito e da instrução criminal (art. 327) e de não mudança de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausência por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicação do local em que poderá ser encontrado (art. 328). Nos últimos degraus, estão os casos em que se mantém a prisão provisória porque presentes os requisitos da preventiva: o réu pode ficar detido em seu domicílio (art. 1.º, da Lei 5.256, de 6.4.67, e art. 24, da Lei 6.368), em quartéis ou locais especiais (art. 295 do CPP e Leis 2.860, de 31.8.56; 5.606, de 9.9.70, e 7.172, de 14.12.83), ou, ainda, em sala especial do Estado-Maior (art. 89-V, da Lei 4.215, de 27.4.65), ou, finalmente, ficar em cadeia pública ou presídios, separado dos presos definitivos.<sup>16</sup>

Outra regra, de conteúdo estritamente processual, que regula as medidas cautelares é decorrente do postulado acusatório, determinando o CPP português que qualquer medida mais restritiva para ser aplicada depende de prévia oitiva do Ministério Público ou fica na dependência de seu requerimento (art. 194-I, do CPP português). Também assim no CPP italiano (art. 291), cabendo ao Ministério Público requerer a medida e demonstrar a sua necessidade.

No Direito brasileiro, só se exige prévia manifestação do Ministério Público para a liberdade provisória sem fiança (art. 310 do CPP) e não para a fiança, tanto assim que pode ser concedida até por autoridade policial na fase do inquérito policial.<sup>17 18</sup>

16. Fala WEBER MARTINS BATISTA, *Liberdade provisória*, pág. 9, que a intensidade da restrição estabelecida, "em nosso estatuto processual, vai da simples imposição de deveres de comparecer a todos os atos do processo e de se comportar conforme o direito, até a restrição mais intensa da clausura".

17. Antes do CPP a fiança, para ser concedida, dependia de prévia manifestação do Ministério Público, como evidência OCTAVIANO VIEIRA, *Fiança criminal*, pág. 46, n.º 49.

18. Ver a respeito artigo de OSCAR XAVIER DE FREITAS, *A prisão em flagrante e a liberdade na nova lei*, págs. 27-29.

## 5. A perda de importância da fiança no Código de Processo Penal

A Lei 6.416, de 24.5.77, acrescentou parágrafo único, ao art. 310 do Código de Processo Penal, afetando profundamente o tratamento dispensado à liberdade provisória, com ou sem fiança, a ponto de ser muito difícil afirmar que existe um sistema lógico a respeito do tema.<sup>19</sup>

A existência dos pressupostos para a decretação da prisão preventiva tanto impede a liberdade provisória com fiança (art. 324-IV) como a sem fiança (art. 310, parágrafo único). Todavia, enquanto a lei não estabelece nenhum outro requisito a ser preenchido para a liberdade provisória sem fiança (art. 310, parágrafo único), para a liberdade provisória com fiança cogita de outros motivos de não cabimento (art. 323, I, II, III, IV, V e 324, I, II e III). Isso leva a que, não estando presentes os requisitos para a decretação de preventiva, no caso de um crime punido com reclusão com pena mínima superior a dois anos, o preso em flagrante não possa ser liberado através de pagamento de fiança, mas terá direito à liberdade provisória sem fiança, só lhe restando a obrigação de comparecimento a todos os atos do processo.

Não há, assim, no Código de Processo Penal observância dos princípios da adequação e da proporcionalidade, eis que, na prática de crimes graves, poderá o agente ser beneficiado com a liberdade provisória sem fiança, substituída a prisão em flagrante pela obrigação de comparecer aos atos do processo, não tendo todavia direito a se livrar da prisão mediante pagamento de fiança. Tem o mais e não tem o menos.<sup>20</sup>

Perdeu, assim, a fiança muito da sua importância. De regra, aquele que tem direito à liberdade provisória com fiança terá também direito à liberdade provisória sem fiança, e obviamente essa solução, por ser mais benéfica, é a que deve ser acolhida pelo juiz.<sup>21</sup>

Romeu Pires de Campos Barros diz que a fiança ainda tem alguma aplicação, porque, no auto de prisão em flagrante, pode a autoridade policial concedê-la nos crimes punidos com detenção (art. 322 *caput*), enquanto a liberdade sem fiança só pode ser deferida pelo juiz de direito (art. 310 e parágrafo único).<sup>22</sup> Isso sem dúvida representa alguma vantagem, pois a demora na apreciação judicial do pedido de liberdade provisória sem fiança, prevendo a lei a oitiva prévia do Ministério Público, poderia fazer com que o preso ficasse alguns dias encarcerado. Mas, deve o juiz, após ser instaurado o processo, verificar, a pedido ou de ofício, se cabia a liberdade provisória sem fiança, e, em sendo possível, impõe-se-lhe determinar a restituição da importância recolhida.

Fala, ainda, Romeu Pires de Campos Barros, na diversidade de cognição. Para a fiança a cognição é menos profunda; o procedimento é mais célere porque sequer prevê a lei a oitiva prévia do Ministério Público. Na liberdade provisória sem fiança, há cognição mais aprofundada, exigindo-se prévia manifestação do Ministério

19 . TOURINHO FILHO, *Processo penal*, v. 3, págs. 437-504, buscou dar sistematização à liberdade provisória após a lei, mas é visível a dificuldade por ele encontrada.

20 . ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, *Processo penal cautelar*, pág. 345, acentua a "verdadeira disparidade entre a fiança e essa contracautela (liberdade vinculada sem fiança)".

21 . ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, *Processo penal cautelar*, pág. 312, acentua bem esse aspecto da perda de importância da fiança. WEBER MARTINS BATISTA, *Liberdade provisória*, págs. 60-1, diz que com o parágrafo único do art. 310, do CPP, "o instituto da fiança perdeu toda a importância que tinha".

22 . ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, *Processo penal cautelar*, pág. 312.

Público.<sup>23</sup> Em tese, resultaria dessa diversidade maior celeridade no exame do pedido de fiança do que na postulação de liberdade provisória sem fiança, o que, na prática, não resulta em grande diferença, eis que o juiz, estando presentes os requisitos que permitem a fiança, tem diante de si os mesmos elementos que possibilitam também a liberdade provisória sem fiança.

Há, ainda, mais duas situações em que a fiança é importante. O réu primário, mas destituído de bons antecedentes, não pode recorrer em liberdade da sentença de pronúncia (art. 406, parágrafo 2.º, do CPP) e da sentença condenatória (art. 594 do CPP), mas poderá, nos crimes afiançáveis, ser liberado com pagamento de fiança (arts. 406, parágrafo 3.º, e 594, do CPP).

Mas, de qualquer forma, persiste a estranha situação de, em crimes mais graves, o réu preso em flagrante poder ser colocado em liberdade, sem pagamento de fiança, somente com o ônus de comparecer aos atos do processo, enquanto a sua liberação, em delitos menos graves, fica condicionada ao pagamento de fiança e com os ônus de não mudar ou se ausentar de sua residência e de comparecer aos atos do processo. Não há observância dos princípios da adequação e da proporcionalidade que devem nortear as providências cautelares substitutivas da prisão em flagrante.

## 6. A fiança na Constituição Federal

### 6.1. O princípio da legalidade

O artigo 5.º, LXVI, conforme já acentuamos, enuncia, em matéria de liberdade provisória, o **princípio da legalidade**, ao estipular que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança".

Normas semelhantes existiram nas Constituições anteriores. A atual, em confronto com os textos constitucionais antecedentes, traz uma novidade, eis que não fala em fiança somente, mas em liberdade provisória com ou sem fiança. Desde as Constituições passadas tem havido crítica aos preceitos nelas inseridos, pois a remissão à lei faz tudo depender do que ela estatuir; seria assim vazia, ou oca, a garantia outorgada pela norma constitucional.<sup>24</sup> Todavia, há inegável vantagem no estabelecimento da norma. Com ela fica estabelecida a regra da legalidade, eis que só nas hipóteses expressamente previstas a liberdade provisória, com ou sem fiança, não será admitida. Ainda permite melhor interpretação do princípio da presunção da inocência, ou da não culpabilidade, eis que deixa certo o legislador constituinte que a adoção desse princípio não significou a eliminação da prisão provisória e a impossibilidade de vincular a determinados ônus processuais aquele que é posto em liberdade. Ademais, acentuava Frederico Marques, comentando a Constituição de 1946, que o texto "elevava à categoria de direito público subjetivo, constitucionalmente garantido, o direito à liberdade provisória, mediante caução, nos casos em que a lei admitir a fiança criminal, e que ela impede o legislador de transpor um limite científico razoável, como imperativo que promana da regra constitucional".<sup>25</sup>

23 . Ver nesse sentido; ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, pág. 312 e OSCAR XAVIER DE FREITAS, A **prisão em flagrante e a liberdade na nova lei**, págs. 27-29.

24 . Ver a respeito as críticas, de PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, págs. 208-9 e *Comentários à Constituição de 1967*, págs. 204-5; SAMPAIO DÓRIA, *Comentários à Constituição de 1946*, v. 4, pág. 652 e TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, *A Constituição Federal Comentada*, pág. 144.

25 FREDERICO MARQUES, citado por ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, *Processo penal cautelar*, pág. 314.

Weber Martins Batista, demonstrando ser a liberdade provisória, com ou sem fiança, direito subjetivo do preso, ressalta a importância do texto constitucional, que estabelece “verdadeiro direito subjetivo à fiança, que refoge do âmbito da discricionariedade do juiz”.<sup>26</sup>

### 6.2. Os crimes considerados inafiançáveis

O artigo 5.º, nos números XLII e XLIV, estabelece casos de crimes inafiançáveis; assim, a prática do racismo (XLII) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (XLIV).

No inciso XLIII, a Constituição refere crimes que a “lei considerará inafiançáveis”, elencando as seguintes hipóteses: “a prática da tortura”, “o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins”, o “terrorismo” e os “crimes hediondos”.

Após a Constituição Federal, foi editada a Lei 7.716, de 16.1.89, acrescida depois de um artigo pela Lei 8.081, de 21.9.90, que definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, fixando penas de reclusão, conforme determinava o artigo 5.º, XLII, da Constituição Federal. Todavia, nada falou sobre a inafiançabilidade.

Em 1990, foram editadas duas medidas provisórias que suscitaram grande controvérsia, as de n.ºs 153 e 154. Previam elas a impossibilidade de liberdade provisória com ou sem fiança para crimes contra a economia popular e de sonegação fiscal. Foram, contudo, revogadas pela Medida Provisória de n.º 175, convertida na Lei 8.035, de 27.4.90. Cuidou ela dos crimes contra a economia popular e dos crimes de sonegação fiscal. Aumentou os valores de fiança. Impediu que a autoridade policial pudesse liberar o preso em flagrante mediante pagamento de fiança, reservando ao juiz esse poder. Vedou a liberdade provisória sem fiança, prevista no artigo 310, parágrafo único, do CPP. Não impediu, contudo, a liberdade provisória sem fiança na hipótese versada no art. 350 do CPP.

Finalmente, a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, dispôs a respeito das hipóteses de inafiançabilidade previstas no artigo 5.º, XLIII, e definiu os crimes hediondos. Afirma no art. 2.º, II, que são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo.<sup>27</sup>

### 6.3. O alcance da inafiançabilidade

A interpretação do art. 5.º, da Constituição Federal, não pode olvidar o disposto no caput, onde está evidenciada a preocupação de ser garantidas aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a liberdade e a segurança, nos termos dos incisos que a seguir são enumerados. Assim, encontram-se incisos que valorizam a liberdade de locomoção, mas há também outros que procuram resguardar a segurança do indivíduo e da sociedade. Garante-se ao preso o direito à liberdade provisória com ou sem fiança (inc. LXVI), mas, ao mesmo tempo, são estabelecidas hipóteses de inafiançabilidade (incs. XLII, XLIII e XLIV).

Deve então o intérprete buscar o ponto de equilíbrio na exegese dos preceitos constitucionais atinentes à liberdade e à segurança.

26 WEBER MARTINS BATISTA, *Liberdade provisória*, pág. 95.

27 Ver a respeito: ANTONIO SCARANEC FERNANDES, *Considerações sobre a Lei 8.072, de 25.7.90 — Crimes hediondos*, Revista dos Tribunais, 660, págs. 261-6.

Na busca desse equilíbrio e considerando ser as diversas medidas cautelares atinentes à liberdade provisória, com ou sem fiança, providências substitutivas da prisão em flagrante, informadas portanto pelos princípios da adequação e proporcionalidade, e, levando ainda em conta presunção de não culpabilidade, é possível examinar o alcance da “inafiançabilidade” estabelecida na Constituição.

A primeira regra deve ser: evitar a prisão durante o processo, na presunção de que o réu não é culpado pelo crime cometido, só sendo então admissível a manutenção da prisão de quem foi pego em flagrante quando presentes os requisitos da preventiva e outras alternativas cautelares mostrarem-se inadequadas para substituí-la (princípio da adequação e proporcionalidade e princípio da presunção da não culpabilidade).

A liberdade provisória sem fiança pode acontecer com maiores ou menores vínculos do que a liberdade provisória com fiança, como mostram os sistemas estrangeiros já mencionados. Em obediência ao princípio da gradualidade ou proporcionalidade não é possível, então, imaginar que se a Constituição declarou certos crimes inafiançáveis possa o legislador ordinário, esvaziando a vedação constitucional, permitir hipóteses de liberdade provisória em que os vínculos sejam menos gravosos do que a fiança. Não é, assim, possível aceitar que possa a lei ordinária admitir, por exemplo, para os crimes inafiançáveis da Constituição Federal a liberdade provisória sem fiança nos termos do artigo 310, parágrafo único, do CPP, que traz como único vínculo para o réu o comparecimento aos atos do processo.<sup>28</sup> Poderá, isso sim, admitir liberdade provisória, sem pagamento de caução, desde que imponha ao réu maiores ônus ou obrigações, como por exemplo o recolhimento domiciliar noturno e nos fins-de-semana. Poderá, também, admitir a prisão domiciliar durante o processo.

Na Lei 8.072, de 25.7.90, foram impedidas para os crimes hediondos e outros previstos no inc. XLIII, do art. 5.º, da Constituição Federal, a fiança e a liberdade provisória, sendo tal vedação considerada inconstitucional por Odone Sanguiné e César de Faria Júnior.<sup>29</sup> O assunto merece grande reflexão, sendo possíveis interpretações diversas. Como acima foi acentuado, no nosso entendimento o inciso XLIII, do art. 5.º, não impede liberdade provisória sem fiança, desde que sejam estabelecidos vínculos mais graves do que a atual liberdade provisória do art. 310, parágrafo único, do CPP. Poderia, assim, o legislador ter regulado melhor a matéria. A afirmação da inconstitucionalidade esbarra, contudo, em dificuldade decorrente do fato de, em nenhum dispositivo, ter a Constituição Federal impedido o legislador ordinário de vedar a liberdade provisória, com ou sem fiança. A interpretação sistemática, seguida pelos que clamam pela inconstitucionalidade da lei, acaba valorizando os preceitos garantidores da liberdade processual, e olvidando outros que mencionam a prisão processual, rompendo o equilíbrio a ser buscado pelo intérprete.

Possível a prisão domiciliar durante o processo aos agentes acusados de crime

28 . O problema foi referido por PAULO CLÁUDIO TOVO e JOÃO BATISTA TOVO, nas Primeiras linhas sobre o processo penal em face da nova Constituição, págs. 19-20, sendo que o entendimento dos autores é no sentido da possibilidade de aplicação do art. 310, parágrafo único, do CPP, aos crimes inafiançáveis. Anota, contudo, opinião contrária de Weber Martins Batista, manifestada em conferência. Vicente Grecco Filho, Tutela constitucional das liberdades, pág. 135-6, também entende ser possível a aplicação do art. 310, parágrafo único do CPP.

29 . Os dois escreveram a respeito do tema no v.3 n.4, out-dez. 1990, dos Fascículos de Ciências Penais, respectivamente nas páginas 15-23 e 24-28.

definido na Lei 8.072, de 25.7.90. É medida cautelar substitutiva mais grave do que a fiança. Não foi vedada pela lei.

Os crimes resultantes do preconceito de raça ou de cor, definidos nas Leis 7.716, de 5.1.89, e 8.081, de 21.9.90, são, em face do inciso XLII, do art. 5.º, da Constituição Federal, inafiançáveis. As Leis 7.716 e 8.081 nada falam sobre liberdade provisória. Não cabe a liberdade provisória nos termos do art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que representaria esvaziamento do texto constitucional, mas deve a jurisprudência buscar atenuar o rigor do preceito, admitindo, por exemplo, prisão domiciliar para os casos em que é cabível a suspensão condicional da pena. Não tem sentido manter encarcerado aquele que, depois de condenado, for colocado em liberdade.

A inafiançabilidade prevista nos incisos XLII, XLIII e XLIV, do artigo 5.º, só atinge réus presos em flagrante. Não abrange hipóteses em que o agente está solto.

## 7. Bibliografia

BATISTA, Weber Martins — **Liberdade provisória**. Rio de Janeiro, Forense, 1981.

CAMPOS BARROS, Romeu Pires — **Processo penal cautelar**. Rio de Janeiro, Forense, 1982.

DUARTE NAZARETH, Francisco F. — *bedbase*

**Elementos do processo criminal**, 4.ª ed., Coimbra, 1861.

FARIA JÚNIOR, César de — Crimes hediondos, a nova lei. In: **Crimes hediondos e violência. Fascículos de Ciências Penais**. Rio Grande do Sul, Fabris, ano 3, v. 3 n.º 4, out-dez. 1990, págs. 24-28.

FREDERICO MARQUES, José — **Elementos de direito processual penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1965, v. 4.

GALDINO SIQUEIRA, **Curso de processo criminal**. Rio de Janeiro, Livraria Magalhães, 1937.

GRECCO FILHO, Vicente — **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo, Saraiva, 1989.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio — **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo, Saraiva, 1990.

MAIER, Julio — **La Ordenanza Procesal Penal Alemana**. Buenos Aires, Depalma, 1982, v.2.

MENDES DE ALMEIDA JUNIOR, João — **Processo criminal brasileiro**, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1920, v. 1.

PIMENTA BUENO — **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. Anotado e complementado por FREDERICO MARQUES. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1959.

PONTES DE MIRANDA — **Comentários à Constituição de 1946**, 3.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1960, v. 4. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968, v. 5.

SAMPAIO DÓRIA — **Comentários à Constituição de 1946**. São Paulo, Max Limonad, 1960, v. 4.

SANGUINÉ, Odone — Inconstitucionalidade da proibição da liberdade provisória (inciso II, do art. 2.º, da Lei n. 8.072, de 25.07.90). In: **Crimes hediondos e violência**. Porto Alegre, Fabris, ano 3, v. 3 n. 4, out-dez, 1990, págs. 15-23.

SCARANCE FERNANDES, Antonio — **Considerações sobre a Lei 8.072, de 25.7.90 — Crimes hediondos**. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 660, out.90, págs. 261-6.

THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI — **A Constituição Federal comentada**, 3.ª ed., Rio de Janeiro, José Konfino, 1959, v. 3.

TORNAGHI, Hélio — **Manual de processo penal**, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1963, v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, 12.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990, v. 3.

TOVO, Paulo Cláudio e TOVO, João Batista — **Primeiras linhas sobre o processo penal em face da nova Constituição**, Rio Grande do Sul, Fabris, 1989.

VIEIRA, Octaviano — **Fiança criminal**, 3.ª ed., São Paulo, Livraria Acadêmica — Saraiva, 1924.