

Parte substantiva e parte adjetiva na caução a delinquente

CLODOALDO PINTO

A caução delitual, a civil e a comercial têm — como todo e qualquer instituto de Direito — a sua parte substantiva e a sua parte processual. Assim, quanto á primeira, a fiança civil é tratada nos artigos 1481 a 1504 do Cod. Civil, e a fiança comercial nos arts. 256 a 263 e outros do Cod. Comercial; e, quanto á segunda parte, ambas nos arts. 674 a 686 do Cod. do Proc. Civil e Comercial do Ceará e nas Leis processuais dos outros Estados, da União ou do Distrito Federal.

Tambem a fiança criminal, na sua parte substantiva, é regulada por Leis federais (Cod. Penal, arts. 406, 59, § unico, 401 e § unico, 73, letra b; Lei de Segurança Nacional, art. 40; Novo Cod. Eleitoral, art. 184; e inumeras outras, citadas todas em minha tese "Inafiançabilidade em Direito Punitivo", pags. 127 a 141, desde a Lei 515, de 1898, até o Cod. Eleitoral, de 1934). E da sua parte adjetiva tratam o Cod. do Processo Criminal do Ceará, arts. 121 a 150, e as Leis semelhantes dos outros Estados, da União e do Distrito Federal.

A tese referida distingue os dois aspectos do instituto, e — afóra uma ou outra idéia de processo — trata somente da sua parte substantiva, ou material. (Vejam-se quanto á distinção os ns. 2, 6, 7, 45, 52, 66 e 67, a pags. 13, 18, 19, 104, 105, 130, 148 e 150). Segundo expús, a fiança criminal "pertence ao Direito Punitivo quanto á sua competencia, isto é — quanto aos casos em que se dispensa, se admite ou se recusa; e faz parte do Direito Processual no que tange ás fórmulas e ao modo de existir" (pag. 13). E repito o primeiro conceito a pags. 19, 104 e 148. A tese trata especial e principalmente dos casos em que se admite ou se recusa a fiança criminal; e, portanto, contém assunto de Direito material, ou substantivo.

E' certo que GALDINO SIQUEIRA (*Direito Penal Brasileiro*, vol. 2, pags. 930 e 931) considera de Direito Judiciario o art. 406 do Cod. Penal, embora não negue que se trate do Direito Substantivo, e não Formal; e diz que melhor estaria em Lei especial, tambem da competencia da União. Mas o proprio GALDINO SIQUEIRA — no seu projeto de Cod. Penal — escreveu:

"Art. 292 — A fiança não será concedida nos crimes cujo maximo da pena fôr reclusão por 4 anos ou detenção por 5 anos, nem nos crimes cometidos por reincidente que tenha cumprido a pena suplementar na forma do art. 48." (*Apud Piragibe — Legislação Penal*, vol. 2, pag. 342).

E, portanto, considerou de Direito Substantivo a competencia da fiança, porque do contrario não incluiria no seu projeto esse dispositivo. Noutro livro, doutrina o mesmo Autor:

"Constituindo assim estes casos (de fiança) materia de garantia constitucional, só á União compete legislar a respeito, determinando-os exclusivamente, bem como os efeitos e processo da fiança. Aos Estados cabe tão somente a atribuição supletiva de organizar a tabela ou o modo de arbitramento da fiança". Cita em nota a João Mendes e o acordam do Supremo Tribunal Federal de 19 de maio de 1900 (*Curso de Processo Criminal*, pagina 152).

E repete o asserto no *Direito Penal Brasileiro*, vol. 1, pag. 70.

Ora, tudo isso se escrevia na vigencia da Constituição Federal de 1891, segundo

a qual competia á União legislar sobre o Direito Penal (art. 34, § 23), e competia aos Estados legislar sobre o processo (art. 65, n. 2). Si, pois, somente á União cabia regular os casos de fiança, isto é — a competência desta, daí resulta claramente que a competência da fiança pertence e pertence ao Direito Substantivo, e não ao Direito Processual. E com isto se mostra, mais uma vez, que não é corrente a opinião de Galdino Siqueira sobre o assunto.

Existe ainda um acordam, mas revogado, que afirma de Direito Adjetivo a competência da fiança criminal e que com outros foi proferido sobre o “caso Mario de Miranda”.

Antes da Lei 628, de 28 de outubro de 1899, este senhor foi denunciado e preso preventivamente por apropriação indebita de grande quantidade de generos, existentes sob sua guarda no almoxarifado da Companhia de Bondes de S. Cristovam e avaliados em mais de 300 contos de reis. O acusado dizia que sua prisão era ilegal, porque — segundo alegava — o crime era afiançavel antes da Lei 628 e esta não se applicava, portanto, ao caso, mas a Lei anterior que autorizava a fiança, sendo por isto indevida a prisão preventiva, que então só existia em crimes inafiançaveis. Requereu *habeas-corpus* ao Supremo Conselho da Côrte de Apelação do Distrito Federal, que o denegou por acordam não fundamentado de 12 de junho de 1900, com um voto vencido (Guilherme Cintra) e dois vencedores (Fernandes Pinheiro e Espínola). — Veja-se esse acordam na *Revista de Jurisprudencia*, de Gabaglia, vol. 11, pagina 148, e OTAVIANO VIEIRA, *Fiança Criminal*, pag. 110.

Da denegação recorreu Mario de Miranda para o Supremo Tribunal Federal, que, em acordam de 23 de junho de 1900, a confirmou por 7 votos contra 6 (Aquino e Castro, João Barbalho, Lucio de Mendonça, Manuel Murtinho, G. de Carvalho, Pindaíba de Matos, Pisa e Almeida — vencedores, e vencidos — João Pedro, Pereira Franco, Bernardino Ferreira, Americo Lobo, André Cavalcante e Macêdo Soares) e sob o fundamento — entre outros — de que “por sua natureza e perante o Direito vigente entre nós o instituto da fiança criminal pertence á legislação adjetiva”.

O Ministro João Pedro, entretanto, no seu magnifico voto vencido, assentou a bóa doutrina:

“No meu conceito o art. 2 da Lei n. 628, de 28 de outubro de 1899, encerra disposição de direito penal material, e isto, 1.º porque a fiança é um instituto comum ao direito civil e ao criminal, e não ha absolutamente razão para que neste ultimo direito possa ou deva ser considerado como materia exclusivamente pertencente á legislação adjetiva, quando — no direito civil e no comercial — é a lei substantiva que a regula no que diz respeito á sua constituição, efeitos e extinção; — 2.º porque a fiança — no crime — não é outra coisa mais que o direito facultado ao réu de defender-se solto, mediante uma caução que garanta o seu comparecimento em juizo — e é á lei substantiva, e não á adjetiva, que cabe regular o direito, tocando apenas á 2.ª — dar a fórmula ou processo conducente á execução do Direito; — 3.º, finalmente, porque sendo a fiança criminal, no nosso direito, uma garantia outorgada pela Constituição (art. 72, § 14), e que não póde deixar de ser igual para todos a quem é assegurada, é bem de vêr que só poderá regulá-la, no que lhe constitue a essencia e de modo a manter sua igualdade, uma lei com força obrigatoria em todos os casos e em todo o territorio nacional, e só a lei penal substantiva reveste, entre nós, essa força. E’ certo que, nas leis do antigo regimen, e no direito francês, encontra-se a fiança criminal regulada entre os institutos pertencentes á legislação adjetiva. Não é esse, porém, o caracter que lhe assinalam as novas leis — e em apoio desse nosso asserto aí estão o art. 406 do Codigo Penal, e o proprio art. 2.º do Dec. n. 628, de 1899, o qual se acha incluído, não entre as disposições destinadas a serem observadas tão somente no Distrito Federal, e sim — entre as prescrições com força obrigatoria em toda a Republica”.

E pouco adiante esse voto vencido alude á verdadeira distinção entre a fôrma ou processo e o fundo ou essencia do instituto da fiança criminal:

“Para se poder resolver se o artigo 2.º da Lei n. 628, de 28 de outubro de 1899, encerra ou não uma disposição de direito substantivo penal, o que cumprir em vista é tão somente — se esse artigo se refere á forma ou processo da fiança, ou ao fundo e essencia do instituto. Ora, dizer-se que deixam de ser afiançáveis certos crimes, nos quais era admitida a fiança, é tirar aos réus um direito que lhes era facultado. — Uma disposição desta natureza em nada afeta á forma ou processo, sinão ao fundo da fiança; logo, é, e nem pode deixar de ser, uma disposição de direito penal substantivo, e dar-lhe efeito retroativo é infringir não só o disposto no art. 3.º do Cod. Penal, como ainda o principio da irretroatividade das leis consagrado no art. 11, n. 3, da Constituição”. (Veja-se esse acordam na sua integra em *Revista de Jurisprudencia*, de GABAGLIA, vol. 11, pag. 150; OTAVIANO VIEIRA — obra citada, pag. 112; e em excerto em GALDINO SIQUEIRA — *Direito Penal Brasileiro*, vol. 1, pag. 68; JOÃO VIEIRA DE ARAUJO — *Cod. Penal Interpretado*, vol. 2, pag. 402; OTAVIANO VIEIRA — obra citada, pag. 44, nota 14; e GRACO CARDOSO, *Cod. Penal*, nota ao art. 406).

Mario de Miranda, porém, repetiu o pedido de *habeas-corporis* perante o Supremo Conselho da Córte de Apelação, que agora o indeferiu pelo unico motivo de ser reprodução do anterior. E da segunda denegação — houve tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal, que em julgado de 4 de julho de 1900 reformou o acordam da segunda denegação e concedeu a ordem solicitada, por 7 votos contra 6 (Aquino de Castro, Macêdo Soares, Pereira Franco, André Cavalcante, João Pedro, Bernardino Ferreira e Americo Lôbo — vencedores, e vencidos — Pisa e Almeida, Pindaíba de Matos, Lucio de

Mendonça, João Barbalho, Manuel Murinho e G. Carvalho). O Presidente Aquino e Castro passou-se de uma corrente para a outra, e deu a esta a vitoria. Já neste acordam não se afirma que a fiança criminal seja Direito Adjetivo, nem se assevera ainda que ela seja Direito Substantivo. Diz-se, porém, que cabia o *habeas-corporis*, quer a fiança pertencesse a um quer a outro Direito, pois se lê num dos considerandos:

“4.º — Que, se o instituto da fiança é lei fundamental, como julgou o Tribunal, no *habeas-corporis* n. 1370, impetrante o dr. José de Oliveira Coelho, paciente Martin Ehrlich, a irretroatividade da lei n. 628 de 1899 é absoluta, em face da Constituição Federal; e se é lei formal, a mesma conclusão decorre dos principios expostos, e é valida a fiança, sob a qual póde o paciente livrar-se solto” (Veja-se esse acordam na *Revista de Jurisprudencia*, de GABAGLIA, vol., 10, pag. 39; e em GALDINO SIQUEIRA — *Direito Penal Brasileiro*, vol. I, pag. 71).

Dos quatro acordams sobre o mesmo caso Mario de Miranda só o ultimo deve ser citado, porque revogou os demais.

O referido acordam de 23 de junho de 1900, do Supremo Tribunal Federal, que é o unico a afirmar aquela doutrina abstrusa, foi desfeito pelo de 4 de julho seguinte. E veremos que antes e depois de 23 de junho de 1900 — a jurisprudencia tranquila e mansa é justamente no sentido de se considerar a competencia da fiança criminal como assunto de Direito Substantivo. Citemos alguns julgados, dentre inumeros que existem.

ACORDAM da Relação do Estado do Rio, de 20 de julho de 1897:

“O maximo de pena que não admite a fiança nos termos do art. 406, do Codigo Penal, não pode como lei substantiva que é, vir a ser suprimido ou a ser essencialmente alterado por lei estadual (Apud João Vieira de Araujo, obra citada, vol. 2, pagina 408).

ACORDAM unanime do Conselho Supremo do Tribunal Civil e Criminal, do Rio de Janeiro, de 16 de agosto de 1900 (Relator — Muniz Barreto):

“que a doutrina legal consta do acordam n. 1370 em que o Supremo Tribunal Federal adotou o carater substantivo da fiança com o criterio diferencial para resolver o problema da afiançabilidade do crime do artigo 330, § 4.º, do Codigo Penal, praticado antes da lei n. 628, de 1899”;

“que pela nossa legislação o instituto juridico da fiança, como o da prescrição, é de Direito material ou substantivo, pois constitue parte integrante do Codigo Penal da Republica” (Apud *Revista de Jurisprudencia*, de Gabaglia, vol. 11, pag. 95; *O Direito*, vol. 85, pag. 109, e João Vieira de Araujo, obra citada, vol. 2, pagina 402).

ACORDAM da 1.ª Camara da Côte de Apelação, do Rio, de 4 de outubro de 1929:

“E' inconstitucional a disposição processual que torna inafiançavel o delicto dos que já houverem cumprido pena de prisão, por efeito de sentença, visto como uma lei adjetiva não póde revogar *uma disposição de direito substantivo e de carater geral qual seja a do art. 406 do Cod. Pen.* (Apud Piragibe — *Dicionario de Jurisprudencia Penal*, vol. 1, pag. 372).

ACORDAM do Supremo Tribunal Federal, de 19 de maio de 1900:

“Considerando que, no atual regimen politico, o favor outorgado ao réu, de, em certos e determinados crimes, conservar a liberdade, mediante fiança, para tratar de sua defesa, é *materia de direito substantivo*, pois que se acha expressamente regulada pelo Codigo Penal” (Apud *Revista de Jurisprudencia*, de Gabaglia, vol. 9, pagina 265; Otaviano Vieira — obra citada, pags. 44 e 107; João Mendes Ju-

nior — *Processo Criminal*, vol. 1, pagina 499; Edgar Costa — *Repertorio*, pag. 390; Helvecio de Gusmão, *Cod. do Processo Penal do Distrito Federal*, pag. 183).

ACORDAM unanime do Supremo Tribunal Federal, de 10 de abril de 1915 (Relator — Pedro Lessa):

“O preceito do art. 406 do Codigo Penal, garantindo aos autores de delictos, cujo maximo de pena precisa, a liberdade provisoria, que por um preceito geral já lhes assegurara, ou prometera, a Constituição Federal no art. 72, paragrafo 14, é *de direito substantivo*. Permitir que os Estados reduzam livremente o instituto da fiança fôra permitir a supressão do mesmo instituto; se os Estados tivessem competencia para legislar sobre a fiança, nada logicamente obstaría a que a abolissem, ou a desnaturassem, por meio de normas como a de que se dá noticia nestes autos”. (Apud Otaviano Vieira — obra citada, pag. 132; Piragibe — *Dicionario*, vol. 1, pag. 369; e *Revista do Direito*, vol. 39, pag. 514).

ACORDAM unanime do Supremo Tribunal Federal, de 6 de novembro de 1918 (Relator — João Mendes):

“A fiança criminal é uma caução da instancia, conferida constitucionalmente como um direito, nos termos do art. 72, § 14, da Const. da Republica, em casos que não podem deixar de ser definidos pela mesma lei que qualifica os crimes, de sorte que os atos do processo da fiança já supõem a determinação dos crimes afiançaveis pela lei criminal. Os Estados não podem, portanto, em leis de processo ampliar ou restringir os casos de fiança; e por conseguinte é inconstitucional o art. 230, letra a, do Cod. do Proc. Penal do R. G. do Sul, dispondo que não se admite fiança nos crimes de resistencia” (Apud *Revista do Direito*, vol. 57, pag. 285).

O ACORDAM do Supremo Tribunal Federal, de 24 de maio de 1921, "declarou inconstitucional um dispositivo da Lei processual do Estado da Baía que considerou inafiançável um crime que era afiançável pelo Cod. Penal, firmando ainda o mesmo principio, por demais sabido, que o instituto da fiança não é suscetível de modificação em Lei estadual" (Apud Parecer de André de Faria Pereira — Procurador Geral do Distrito Federal, de 5 de outubro de 1927, no Arquivo Judiciario, vol. 4, pag. 262).

ACORDAM do Supremo Tribunal Federal, de 21 de junho de 1930:

"O instituto da fiança é de direito substantivo e só por Lei Federal pode ser regulado. Assim sendo, o dispositivo do art. 125 do Cod. do Proc. Penal do Distr. Federal, que proíbe de prestar fiança ao vadio ou sem domicilio certo, é inconstitucional e não pode ter aplicação" (Apud Piragibe — Dicionario, v. 1, pag. 372).

ACORDAM unanime do Supremo Tribunal Federal, de 21 de julho de 1930 (Relator — F. Whitaker):

"A fiança, porém, é materia de Direito substantivo, e a disposição que a rege até agora é a do art. 406 do Cod. Penal, que diz só não poder ser concedida fiança nos delitos de mais de quatro anos. Esta é a regra geral" (Apud Revista do Direito, vol. 99, pag. 124; e Piragibe — Dicionario, 1.º Suplemento, pag. 371).

Vejamos agora a doutrina dos juriconsultos:

PARECER de André de Faria Pereira, de 5 de outubro de 1927:

"Para que citar opiniões em cousa tão sabida e repetida? Mas como o patrono dos recorridos se escora em um acordam do Supremo Tribunal do ano de 1900, eu lhe apontarei o proprio Supremo, de épocas muito posteriores, afirmando a verdadeira doutrina, sustentada sempre pela opinião

unanime dos nossos mais autorizados mestres, de que o instituto da fiança é de direito substantivo" (Apud Arquivo Judiciario, vol. 4, pag. 261).

BÊNTO DE FARIA:

"A fiança é de direito substantivo.

Assim, aos Estados não é permitido legislar sobre os casos em que pôde ela ser ou não concedida, nem tão pouco alterar o maximo da fiança". (Anotações ao Cod. Penal, vol. 2, nota ao art. 406).

MACEDO SOARES:

"O instituto juridico da fiança, como o da prescrição, é de direito substantivo". (Cod. Penal, nota ao artigo 406).

JOÃO MONTEIRO:

"O direito subjetivo de prestar fiança, nos casos admitidos em lei, é um preceito constitucional — art. 72, § 14. Nenhuma lei estadual o poderá abolir. Nem tão pouco definir os casos em que a fiança possa ser admitida, pois isso respeita, não ao modo do exercicio do direito á fiança, mas ás condições ou requisitos da existencia do mesmo direito. E' materia ou substantivo do direito". (Unidade do Direito, pag. 97).

HELVECIO DE GUSMÃO:

"A disposição é inconstitucional, pois a materia concernente á fiança é de direito substantivo e, como tal, não pode ser regulada pelo direito adjetivo". (Cod. Processo Penal do Distrito Federal, pag. 185).

OTAVIANO VIEIRA:

"A fiança é materia de direito substantivo e compete ao Congresso Nacional legislar sobre ela; portanto, não podem as leis dos Estados alterá-

la ou modificá-la” (*Fiança Criminal*, pagina 26).

JOÃO MENDES:

“Por ultimo, ha a considerar que, no atual regimen, a determinação dos casos, dos efeitos, e mesmo do processo da fiança, constitue materia de natureza federal: aos Estados ficou, tão somente, a atribuição supletiva de organizar a tabela ou o modo de arbitramento da fiança” (*Proc. Criminal*, 3.^a edição, pags. 496 e 497, do vol. 1).

E depois de transcrever o acordam do Supremo, de 19 de maio de 1900, acrescenta:

“Excetuando esse descuido, o Acordam estabelece a verdadeira doutrina, principalmente quando declara que “a liberdade, mediante fiança, para tratar da defesa, é materia de direito substantivo”, isto é, constitue materia de competencia do poder legislativo federal. Por outra: o Supremo Tribunal Federal não se mostra disposto, ao menos neste assunto, a facilitar ás legislaturas estaduais a determinação, quer dos casos, quer dos efeitos e da forma da prestação da fiança no Juizo criminal.

Felizmente, o Supremo Tribunal Federal, invariavelmente, vem mantendo esta verdadeira doutrina” (pagina 501).

JOÃO VIEIRA DE ARAUJO:

“O instituto da fiança é de direito substantivo, mas entenda-se bem, do mesmo modo, e como quando se trata da ação, também de direito substantivo, — a forma, as condições, os meios de fazer valer o exercicio dum e doutro direito são de direito adjetivo.

Esta doutrina teve recente confirmação do Poder Legislativo na lei n. 628, de 28 de outubro de 1899, que, tratando da fiança, separou bem nas suas disposições as de carater substantivo, das de carater processual ou adjetivo.

Assim o art. 2.^o é de carater substantivo e por isso o inserimos no texto; e o art. 5.^o, §§ 4.^o e 5.^o, e letras a e b, é de carater processual”.

“A disposição do art. 406, á qual vamos passar agora, é de direito substantivo e, pois, tem este carater o preceito estabelecido no citado artigo”. (*Cod. Penal Interpretado*, vol. 2, pags. 402 e 406).

J. M. de AZEVEDO MARQUES:

“A determinação dos crimes, para os quais é concedida a fiança, é materia de direito substantivo?

Penso que sim”.

“A fiança é, portanto, um instituto de direito criminal, que relaciona-se com o direito das obrigações. Não é de processo”.

“E’ uma adaptação no direito criminal dos preceitos de direito civil material ou substantivo; e, pois, um direito e não uma formula de processo, muito embora (o que aliás não tem significação de ordem elevada) seja costume achar-se ela colocada nos codigos de processo.

Dizer que alguém tem fiança é criar um direito, é criar uma lei substantiva; crêa um direito, não crêa, porém, uma forma de processo, não trata de direito adjetivo; encerra materia de direito substantivo”.

“A Constituição Federal, art. 72, § 14, dispõe que a fiança será prestada “nos casos em que a lei a admitir”.

Qual a lei que a admite? E’, certamente, a lei criminal que poderá ser o código penal, como atualmente acontece, ou, qualquer outra lei federal, unica competente para legislar sobre o direito civil, comercial e criminal (*Const.*, art. 34, n. 23).

Donde se conclue que será sempre uma lei substantiva”.

“Objeta-se: — Porque nenhum código penal regula a fiança?

Mas, regulamentar a fiança, isto é, estabelecer o seu processo, as formas de sua atividade, os meios praticos de sua execução é materia de pro-

cesso, razão pela qual nenhum Código Penal a consigna; mas, estabelecer os casos em que pode ser concedida a fiança, é *materia de direito substantivo*, sobre a qual os Estados não podem legislar, porque é criar um direito e os Estados podem simplesmente regulamentar, isto é, criar o processo para o desenvolvimento dos direitos anteriormente criados pelo congresso federal". (Apud. João Vieira de Araujo — obra citada, vol. 2, pag. 405; e Revista de Jurisprudencia, de Gabaglia, vol. 4.º, pags. 371 e 372).

CANDIDO DE OLIVEIRA FILHO:

"As questões sobre caução criminal são da esfera do direito penal e do processo penal.

O direito penal regula: a) a forma de constituição da caução criminal; b) os casos em que ela é admitida; c) os efeitos e a extinção da caução; d) a tabela da prestação da caução; e) os casos e consequências do quebramento da caução". (*Venenos Sociais*, pag. 278; e *Pratica do Processo*, vol. 2, pags. 398 e 455).

Os nossos Projetos de Cod. Penal também têm considerado a competência da fiança criminal como *materia de Direito Substantivo*. Assim, o Projeto da Camara, de 1899, dispõe no art. 412:

"A fiança não será concedida nos crimes, cujo maximo da pena fôr de quatro anos de prisão com trabalho" (Apud Piragibe — *Legislação Penal*, vol. 2, pag. 249).

O Projeto Galdino Siqueira:

Art. 292 — A fiança não será concedida nos crimes cujo maximo da pena fôr reclusão por 4 anos ou detenção por 5 anos, nem nos crimes cometidos por reincidente que tenha cumprido a pena suplementar na forma do art. 48" (Apud Piragibe, obra citada, pag. 342).

O Projeto Sá Pereira:

"Da fiança

Art. 168 — Regular-se-á pela prisão a fiança, ainda que outra pena também possa ser aplicada.

Se uma certa modalidade, de que se revista o crime punido com prisão, determinar a aplicação de pena mais branda, ainda por aquela se regulará a fiança, se somente afinal se puder verificar a condição.

Art. 169 — Não se admitirá fiança:

I — nos crimes cuja pena tiver por minimo especifico três anos ou mais;

II — nos em que o maximo generico puder ser atingido;

III — em todos os crimes punidos com prisão, tratando-se de habituais ou reincidentes;

IV — nos casos em que alguma medida de defesa social fôr applicavel.

Art. 170 — Arbitrar-se-á a fiança como se fixa a multa, tomando-se, porém, por minimo um conto de reis e, por maximo, dez.

Somente ás pessoas que absolutamente não possam prestar fiança real se permitirá a fidejussoria, por fiadores solidarios, cuja solvencia fique comprovada nos autos" (Apud Piragibe — obra citada, pags. 391 e 392).

O Projeto da Comissão Legislativa regula, por sua vez, a caução de bom comportamento (arts. 154, 163 e 164). E da mesma forma o Projeto Alcantara Machado (artigo 100).

Por outro lado, os livros didaticos de Direito Penal tratam da fiança criminal, certamente porque seus autores a consideram como parte do Direito Substantivo (Fernando Nere — *Lições* — 2.ª edição, vol. 2, pag. 613; Pimentel do Monte — *Ensaio de Direito Penal*, pag. 371; Aderbal de Carvalho — *Preleções*, pag. 265; e Filinto Bastos — *Lições*, vol. 1, pag. 295).

Depois dessa longa demonstração, podemos concluir: 1) que a fiança criminal, como a civil e a comercial, tem sua parte

substantiva e sua parte processual; 2) que a competência da fiança criminal, isto é — a especificação dos casos em que ela é admitida ou recusada, pertence á esfera do Direito Substantivo. Minha tése “Inafiançabilidade em Direito Punitivo” trata especial e principalmente da parte substantiva da fiança criminal, pois estuda justamente os casos em que se recusa a fiança ao indiciado, e em correspondencia os casos em que se lhe concede a faculdade de afiançar-se.

Pouco importa que em regra os Cods. Estaduais de Proc. Penal repitam os casos de recusa de fiança: fazem-no para maior vulgarização e melhor aplicação das Leis federais. O fato, entretanto, não tem força para mudar a natureza dos dispositivos reproduzidos. A legislação federal é que — mesmo na vigencia da Constituição de 1891 — ha regulado validamente a competência da fiança criminal; e os poucos dispositivos

estaduais contrarios — nessa materia — á legislação federal foram todos julgados irritos e nulos pela jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal. Si fosse de Direito adjetivo, tal legislação — sob a Const. de 1891 — teria pertencido aos Estados, e não á União. O correto é que a parte substantiva da fiança criminal pertence ao Direito Penal e competia á União, enquanto a sua parte adjetiva pertence ao Direito Processual e competia aos Estados.

O argumento de ter sido a fiança criminal regulada em Leis adjetivas do Imperio — não colhe, porque prova demais: a prescrição da ação tambem o era, e nem por isso ninguem a considerou nunca assunto de Direito Adjetivo. A classificação de um dispositivo como de Direito Material ou de Direito Processual não é ditada pela sua inserção em tal ou qual Lei, mas pela natureza mesma do seu conteúdo.

