

# A RETENÇÃO DO PASSAPORTE COMO MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA À PRISÃO PROVISÓRIA

André Pires de Andrade Kehdi

André Pires de Andrade Kehdi

A RETENÇÃO DO PASSAPORTE COMO MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA À PRISÃO PROVISÓRIA

Ao julgar o HC n° 86.916, o STF, em decisão relatada pelo o min. **Sepúlveda Pertence** (1ª T., j. 02.05.06, m.v., DJU 08.09.06), cassou a ordem de prisão preventiva existente contra os pacientes. Condição suas solturas, contudo, ao depósito dos passaportes em juízo.

Agora tomada pela nossa Suprema Corte, essa medida há tempos é adotada nos mais variados processos como forma de cautela, a fim de impedir que, viajando para o exterior, possam os acusados furtar-se à eventual aplicação da lei penal.

Por imbricar com a liberdade individual, entretanto, a (i)legalidade dessa prática está a merecer maior reflexão.

Como enfatiza **José Cretella Júnior**,<sup>(1)</sup> o “*Preâmbulo costuma dar a altura ideológica, numa fórmula imperativa, à Constituição.*” Exprime, por outras palavras, os propósitos a que a Carta se presta.

Não é por acaso, portanto, que Textos Constitucionais outorgados no Brasil por regimes autoritários como os de 1937, 1967 e 1969 (EC n° 1) não dirigiram uma palavra sequer nos seus prefácios à aspiração de se garantir, ao povo, a liberdade.

Nessa linha, revela-se muito significativa a abertura da Constituição Federal de 1988. Nela, registrou-se que intenção do povo brasileiro foi instituir “*um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.*”

A nação, traumatizada com a repressão imposta pela ditadura militar, buscou dar redobrada atenção à liberdade. Mesmo consciente de que ela está incluída no “*exercício dos direitos sociais e individuais*”, houve por bem o Constituinte Originário referi-la separadamente. E mais: mencionou-a como o primeiro dos direitos individuais, de modo a deixar inequívoca a sua relevância para a ordem normativa hoje imperante.

Num Estado Democrático de Direito, que se traduz na “*experiência imemorial de que o poder tende ao abuso, e que este só é evitado, ou, ao menos, dificultado, quando o próprio Estado obedece à lei e está enquadrado num estatuto jurídico a ele superior*”,<sup>(2)</sup> é imprescindível, como enfatiza **Canotilho**,<sup>(3)</sup> o princípio da legalidade, “*instrumento mais apropriado e seguro para definir os regimes de certas matérias, sobretudo dos direitos fundamentais e da vertebração democrática do Estado (daí a reserva de lei)*”.

Nesse sentido, não espanta que à li-

berdade, decorrência direta do basililar princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), tenha dedicado a Carta de 1988, em várias de suas facetas, diversos e específicos dispositivos, a começar por aquele que prevê que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” (art. 5º, II).

O princípio da legalidade ali instituído implica, entre outras imposições, que “*nenhuma autoridade pode tomar decisão individual, obrigando alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, que não se contenha nos limites fixados por uma disposição ou regra geral, ou seja, por uma lei formal ou material*”.<sup>(4)</sup>

Embora seja sabido que “*só a lei pode restringir direitos, liberdades e garantias*”,<sup>(5)</sup> há casos específicos nos quais a Constituição Federal, demonstrando zelo redobrado por determinado tema, impôs expressamente o princípio da *reserva de lei*.

É a hipótese da liberdade de locomoção (art. 5º, XV, CF), uma das vertentes da liberdade amplamente assegurada a todos os que estejam no nosso país: “*É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens*”.

Determinou o Constituinte, assim, que só a lei, “*entendida como decisão emergente de um procedimento onde participaram forças sociais e políticas, maioritárias e minoritárias, representadas no parlamento, e a idéia de lei como acto de consentimento (auto-ordenação) dos cidadãos relativamente às medidas nela previstas*”,<sup>(6)</sup> pode estabelecer restrições à entrada e saída do país.

Nesse caso, fora das hipóteses expressamente nela previstas, a liberdade de locomoção — parcela desse direito fundamental que, como se viu, é consagrado como um dos mais relevantes pela Carta — não pode ser de forma alguma cerceada, sob pena de inconstitucionalidade.

No âmbito do processo penal, essa norma deve emergir obrigatoriamente da Função Legislativa da União, nos termos do que dispõe o art. 22, inciso I, da Constituição. Lei Federal, portanto.

Analisando-se a legislação pátria, porém, verifica-se que a retenção do documento de identidade internacional não está prevista entre as medidas restritivas de liberdade aplicáveis contra o imputado.

De fato, considerando que a liberdade é a regra democrática, e como vige entre nós o princípio da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, CF), “*regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judi-*

*ciário*”,<sup>(7)</sup> se não for o caso de responder o réu ao processo preso por força das hipóteses excepcionais do art. 312 do CPP, qualquer restrição somente poderá ser-lhe imposta se estiver em liberdade provisória, com ou sem fiança. Ainda assim, dependerá de taxativa previsão legal.

E, nesses casos, quando concedida a *contracautela* nos termos do art. 310 do CPP, basta ao acusado comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação do benefício. Quando libertado mediante fiança — a forma mais intensa de vinculação do deficiente solto ao processo hoje existente em nosso ordenamento — prevê o art. 328 do CPP que não poderá o réu “*mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado*”.

Assim, só se exige autorização judicial para a mudança de residência. No mais, pode ausentar-se dela o réu (leia-se: ir a outro bairro, cidade, estado ou país...) por até oito dias sem nada comunicar ao juízo. Essa providência só se fará necessária se tal prazo for superado.

É por isso que o STJ, no julgamento do HC n° 42.994 (5ª T., rel. min. **José Arnaldo da Fonseca**, j. 18.10.05, v.u., DJU 21.11.05), deixou assentado que nem o acusado em liberdade provisória pode ser impedido de viajar ao exterior.

O que dizer, então, daquele que não foi preso em flagrante e que responde ao processo em liberdade plena?

O que dizer, então, se tivermos em conta que a vetusta previsão do art. 369 do CPP<sup>(8)</sup> — que impunha aos réus nessa situação o dever de comunicar ao juiz, caso fosse ausentar-se de sua residência por mais de 8 dias ou dela mudar-se, o local onde poderia ser encontrado ou o novo endereço — não mais vige entre nós?

Mesmo que referida norma não tivesse sido revogada pela Lei n° 9.271/96, ainda assim seria ilícita a retenção do passaporte!<sup>(9)</sup>

Nessa linha, tendo em mente que “*as hipóteses de cerceamento ao exercício do direito de liberdade são prefixadas em lei. Obedecem, ademais, ao critério numerus clausus*”<sup>(10)</sup> e, outrossim, a advertência de **Thornaghi**,<sup>(11)</sup> para quem a “*lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes*”, não tememos em dizer, com **Alberto Zacharias Toron**,<sup>(12)</sup> que “*revogado o art. 369 do CPP, soa odioso impor àquele que responde ao processo em liberdade e não está sob fian-*

➔ *ça, tratamento mais rigoroso do que o dispensado ao réu afiançado”.*

E nem se diga que seria possível, por força do art. 3º do CPP, impor tal medida com base no poder geral de cautela do juiz, previsto no art. 798 do Código de Processo Civil. Afinal, é “*inadmissível restrição ao direito de ir e vir por interpretação extensiva, ou aplicação analógica do dispositivo legal, bem como com base em princípios gerais do direito*”,<sup>(13)</sup> pelo que a “*autorização de restrição à liberdade individual tem que constar de texto expresso de lei. É o que deflui de diversos dispositivos da Carta Magna*”.<sup>(14)</sup>

Não por outra razão, está o Congresso Nacional preocupado em prever expressamente no Código de Processo Penal a medida em discussão.

De fato, consta da exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.208/01 (um daqueles que compõe o projeto de reforma do Código processual), após a afirmativa de que, entre as alterações pretendidas, está “*o aumento do rol das medidas cautelares, antes [atualmente] centradas essencialmente na prisão preventiva e na liberdade provisória sem fiança do artigo 310, parágrafo único*”, a conclusão de que o “*grande avanço pretendido no sistema resulta da ampliação do leque de medidas cautelares diversas da prisão cautelar, proporcionando-se ao juiz a escolha, dentro de critérios de legalidade e de proporcionalidade, da providência mais ajustada ao caso concreto (artigo 319)*”.

Se e quando aprovado o projeto, a teor dos seus arts. 319, IV e 320,<sup>(15)</sup> será lícita a medida. Por ora, todavia, afigura-se manifestamente ilegal, sendo passível de correção pela via do *habeas corpus*, já que cerceia nitidamente o direito de locomoção daquele a ela submetido.

Bem por isso, nossos Sodalícios têm repellido reiteradamente tal constrangimento ilegal. A propósito, ao julgar o HC nº 2006.03.00.047907-0 (j. 15.08.06, v.u., DJ 05.09.06), tratou o relator do sensível tema da fuga do paciente que, na hipótese apreciada, afirmou expressamente seu intuito de voltar a residir no seu país de origem, a Suíça. Após mencionar copiosa jurisprudência em seu respaldo, pontuou o relator, juiz convocado **Luciano Godoy**, uma das expressões do TRF da 3ª Região:

*“Deixo consignado que não escapa a este relator a suposição de o paciente, cidadão suíço, não mais retornar ao Brasil, o que ensejaria a frustração de eventual persecução penal.*

*Contudo, tal hipótese não se mostra bastante para a limitação ao direito de ir e vir de cidadão estrangeiro. Se assim o fosse, todo estrangeiro suspeito de envolvimento com crime estaria fadado a aguardar no Brasil o encerramento tanto de inquérito policial como de processo-crime.*

*A medida, ainda, acaba por gerar situa-*

*ções díspares, em evidente afronta ao princípio da igualdade insculpido no artigo 5º, da Constituição Federal. Os brasileiros investidos no mesmo procedimento administrativo detêm seus passaportes, podendo sair do país a qualquer momento.*

*Como mais um elemento de convicção, leva-se em conta que o Estado brasileiro poderá ser responsabilizado na hipótese de retenção de estrangeiro em seu território se o mesmo não for nem indiciado nem denunciado criminalmente.*

*Por fim, impõe-se considerar que o paciente encontra-se em liberdade e, independentemente da necessidade de autorização judicial para viajar, se assim quisesse, poderia empreender fuga.”*

Nessa ordem de idéias, não obstante a recente decisão do STF mencionada no início deste artigo, é de se frisar que tanto o STJ<sup>(16)</sup> como as demais Cortes pátrias,<sup>(17)</sup> têm entendido de forma diversa — a nosso ver, com toda razão.

Além disso, também no Excelso Pretório o min. **Marco Aurélio** — que, não obstante tenha ficado vencido para soltar também outro paciente naquela ordem de *habeas corpus* (86.916), acabou por acompanhar o voto do min. **Sepúlveda Pertence** quanto ao tema aqui tratado —, já manifestou posicionamento diametralmente oposto nos autos do Inquérito nº 1.959 (decisão monocrática de 08.06.03, DJU 01.08.03).

Nessa medida, até que entre em vigor o projeto de Reforma do CPP — que é salutar em todos os sentidos, e reflete as tendências mais modernas do direito processual penal, em consonância com legislações estrangeiras — afigura-se ilegal a medida tomada nos autos do HC nº 86.916 pela Suprema Corte,<sup>(18)</sup> como também o é a costumeira imposição de proibição de viajar sem autorização judicial, substancialmente análoga à retenção do passaporte.<sup>(19)</sup> ●

## Notas

- (1) *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, v. 1, p. 75.
- (2) **FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves**. *A Democracia Possível*, São Paulo: Saraiva, 1972, p. 34.
- (3) **CANOTILHO, José Joaquim Gomes**. *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 371.
- (4) **CRETELLA JÚNIOR, José**. *Comentários...*, op. cit., p. 196.
- (5) **CANOTILHO, José Joaquim Gomes**. *Direito Constitucional...*, op. cit., p. 793.
- (6) *Ibid.*, pp. 790/791.
- (7) STF, HC nº 80.719, 2ª T., rel. min. **Celso de Mello**, j. 26.06.01, v.u., DJU 28.09.01.
- (8) “Art. 369. Ressalvado o disposto no art. 328 [hipótese de fiança], o réu, depois de citado, não poderá, sob pena de prosseguir o processo à sua revelia, mudar de residência ou dela ausentar-se, por mais de oito dias, sem comunicar à autoridade proces-

sante o lugar onde passará a ser encontrado.”

- (9) [13] Como se vê pela sua redação, não se tratava de um **pedido de autorização** sujeito ou não ao deferimento, mas sim de uma simples **comunicação**, o que demonstra que estava **plenamente assegurado** o direito subjetivo à **locomoção**.
- (10) STJ, HC nº 4.252, 6ª T., rel. p/acórdão min. **Luiz Vicente Cernicchiaro**, j. 05.03.96, v.m., DJU 24.02.97.
- (11) *Instituições do Processo Penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1977, v. 1, p. 75.
- (12) “Retenção do passaporte do acusado : constrangimento ilegal”, in *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, nº 88, mar. 2000, p. 15. Tanto o julgado a que se refere a nota de rodapé nº 14, quanto a citação a que alude a de nº 15 foram também tirados deste artigo de **Toron**.
- (13) TRF2, HC nº 97.02.41744-9, 3ª T., rel. juiz **Valmir Peçanha**, j. 11.02.98, v.u., DJU 31.03.98.
- (14) *Idem*.
- (15) “**Capítulo V - Das Outras Medidas Cautelares**. Art. 319. As medidas cautelares diversas da prisão serão as seguintes: ... IV - proibição de ausentar-se do país em autoridades encarregadas para evitar fuga, ou quando a permanência seja necessária para a investigação ou instrução;” “Art. 320. A proibição de ausentar-se do país será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de vinte e quatro horas.”
- (16) *Verbi gratia*: RHC nº 12.575, 5ª T., rel. min. **Jorge Scartezzini**, j. 12.11.02, v.u., DJU 16.12.02 e RHC nº 1.944, 6ª T., rel. min. **Pedro Acioli**, j. 09.06.92, v.u., DJU 24.08.92.
- (17) No **TJSP**: HC nº 289.581-3/0-00, 6ª Câmara. Crim., rel. des. **Barbosa Pereira**, j. 05.08.99, v.u. No **TRF1**: RHC nº 94.01.29169-1/GO, 3ª T., rel. des. fed. **Fernando Gonçalves**, v.u., DJ 19.12.94. No **TRF2**, entre muitos outros: HC nº 97.02.18978-0, 4ª T., rel. juíza conv. **Simone Schreiber**, j. 24.09.97, v.u., DJU 13.11.97; HC nº 97.02.41744-9, 3ª T., rel. des. fed. **Valmir Peçanha**, j. 11.02.98, v.u., DJU 31.03.98; HC nº 98.02.09314-9, 2ª T., rel. des. fed. **Paulo Espírito Santo**, j. 02.06.98, v.u., DJU 15.09.98; HC nº 98.02.46106-7, 2ª T., rel. juiz conv. **Luiz Antônio**, j. 03.03.99, v.u., DJU 29.07.99; HC nº 1999.02.01.058420-4, 3ª T., rel. des. fed. **Maria Helena Cisne**, j. 25.04.00, v.u., DJU 04.07.00.
- (18) É digno de nota que esse acórdão parece só tê-la imposto porque sua concessão se deu para estender os efeitos de HC que, julgado no TRF da 4ª Região, libertou acusados no mesmo processo sob a condição de entrega dos passaportes. Não entrou o STF, portanto, na discussão sobre o tema. Não nos parece, contudo, que, a teor do art. 654, § 2º, do CPP, não pudesse (na verdade *devesse*) o Tribunal Constitucional, tomando com ela contato, extirpá-la do cenário jurídico.
- (19) Por essas e por outras, aquele que tem apego à liberdade, apego, enfim, à nossa Carta Maior, deve aplaudir em pé decisões como a do TRF da 1ª Região que, no notório caso relativo ao acidente com o Boeing da GOL, que custou a vida de 154 pessoas, reafirmou seu firme posicionamento sobre o tema (HC nº 2006.01.00.043351-1, 3ª T., rel. des. fed. **Cândido Ribeiro**, j. 05.12.06, v.u., pendente de publicação).

**André Pires de Andrade Kehdi**

Advogado em São Paulo, especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/IBCCRIM e membro do IDDD - Instituto de Defesa do Direito de Defesa