

Fernando Tibúrcio

A · D · V · O · G · A · D · O · S

Excelentíssimos Senhores Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Supremo Tribunal Federal

HC 0117905 - 17/05/2013 18:46

9988483-79.2013.1.00.0000



FERNANDO TIBÚRCIO PEÑA, brasileiro, nascido em Uberlândia, Estado de Minas Gerais, em 21 de julho de 1967, casado, advogado inscrito sob o nº 10.873 no Conselho Seccional de Goiás da Ordem dos Advogados do Brasil e inscrito suplementarmente sob o nº 20.417 no Conselho Seccional do Distrito Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com escritório no SAUS, quadra 1, bloco N, Edifício Terra Brasilis, salas 1306 e 1307, Asa Sul, CEP 70070-010, Brasília, Distrito Federal, telefone (61)3325-8757, e-mail fernando@tiburcio.com.br, residente e domiciliado também em Brasília, portador da cédula de identidade com Registro Geral nº 1.637.278, expedida pela Divisão de Identificação da Secretaria da Segurança Pública do Estado de Goiás, e do Cartão de Identificação de Contribuinte com inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas de nº 423.232.311-20, vem, respeitosamente, perante Vossas Excelências, com base no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil e no artigo 7, inciso 6, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica),¹ impetrar **HABEAS CORPUS EXTRATERRITORIAL** em favor do paciente **ROGER PINTO MOLINA**, boliviano, nascido em Santa Rosa, Departamento de Beni, em 23 de abril de 1960, casado, advogado e senador da República da Bolívia, abrigado temporariamente na Embaixada do Brasil em La Paz, com endereço na Avenida Arce, esquina com Calle Rosendo Gutierrez, Edifício Multicentro, torre B, piso M, Socopachi, La Paz, Bolívia, contra ato da Excelentíssima Senhora **PRESIDENTE DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**, Dilma Vana Rousseff, em razão dos fatos e fundamentos elencados no presente *writ*.

Antes de passar aos fatos, o impetrante pede vênias para se dirigir a Vossas Excelências na primeira pessoa. Uma espécie de licença poética que imagina se ajustar à informalidade do remédio heroico. Além disso, mais importante, acredita que desta forma – se valendo de um proceder caro aos sistemas de *common law*, mas pouco usado na prática forense brasileira – poderá emprestar um pouco mais de humanidade ao já tão humano *instituto do habeas corpus*. Roga, em razão disso, que Vossas Excelências relevem este princípio de ousadia e reconheçam nele a tentativa do impetrante de fazê-los ver, menos com os olhos e mais com o coração, que as próximas linhas podem decidir o destino de um homem.

¹ Promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

1. Delimitando a discussão

Pretendo demonstrar, Senhores Ministros, que o direito assegurado na Constituição de impetrar o *great writ* a todo aquele que sofrer ou que se ache ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, se estende a um cidadão estrangeiro que, tendo recebido asilo diplomático do Governo brasileiro, se encontra privado do seu direito à liberdade de ir e vir em sede de Missão Diplomática do Brasil. Em resumo, pretendo provar que a hipótese da impetração de *habeas corpus* extraterritorial no caso concreto é perfeitamente compatível com o Sistema Jurídico Pátrio, posto que, embora tecnicamente – segundo posicionamento majoritário na doutrina – o paciente esteja fora do território brasileiro, está este indubitavelmente baixo a jurisdição do Brasil.

Pretendo demonstrar que proibir o asilado de conceder entrevistas e dele exigir que faça um requerimento escrito toda a vez que sua saúde precise ser avaliada por um médico são imposições abusivas, que produzem desdobramentos no direito de liberdade, o que por si só justifica o emprego do *habeas corpus* para corrigir o abuso.

Pretendo demonstrar que a delegação da competência constitucional para manter relações com Estados estrangeiros em favor do Ministro de Estado das Relações Exteriores não importa na disposição da competência por parte da Presidente da República. Em razão disso, é correto reputar a máxima mandatária da Nação, para os fins do presente *habeas corpus*, como autoridade coatora.

Pretendo demonstrar, mais, que a inércia do Itamaraty, contrariando tratados internacionais firmados pelo Brasil, faz com que o paciente esteja sendo injustamente privado de sua liberdade e que tal inércia implica em abuso de poder, por omissão, da parte da autoridade reputada coatora.

Pretendo demonstrar, ainda, que a discricionariedade conferida à Presidente da República não vai ao ponto de permitir que direitos individuais garantidos na Constituição Federal sejam menosprezados e que a violação desses direitos, tomando como base a melhor doutrina e jurisprudência, impõe e justifica a intervenção do Poder Judiciário.

Pretendo demonstrar, por fim, que a negativa do Governo estrangeiro de expedir em favor do paciente um salvo-conduto para que este deixe a Bolívia com as garantias formais previstas no artigo V da Convenção sobre asilo Diplomático (Convenção de Caracas)² não é obstáculo para que seja encontrada uma solução prática para o caso, da alçada deste Supremo Tribunal Federal, que torne factível o exercício, pelo paciente, do seu direito constitucional à liberdade de locomoção.

2. Um comovente relato

Em 24 de abril passado, falei por primeira vez ao telefone com o senador da República da Bolívia Roger Pinto Molina, que se encontra abrigado desde o dia 28 de maio de 2012 na Embaixada do Brasil em La Paz e para quem o Governo brasileiro concedeu asilo

² Promulgada pelo Decreto nº 42.628, de 13 de novembro de 1957.

diplomático onze dias depois, em 8 de junho de 2012.³ Naquela ocasião, o senador me fez um comovente relato, que foi complementado pelo correio eletrônico que recebi dois dias depois. Sendo mais preciso, o que o senador me fez foi, na minha opinião, um verdadeiro pedido de socorro, dividido em dois atos. Permito-me, Excelências, transcrever *ipsis litteris* o e-mail que recebi, no afã de recuperar, antes que se perca, a emoção dos nossos contatos iniciais:

La toma del poder de Evo Morales a través de los procesos democráticos se tradujeron con el tiempo en una constante violación de los derechos humanos, destrucción de las instituciones del estado y por consecuencia una violencia política y la inevitable carrera a la corrupción y el narcotráfico. Mi tarea fue una lucha constante a fin que se puedan mantener los equilibrios democráticos y luchar contra la corrupción y el narcotráfico. En regímenes como el que se ha implantado en nuestro país eso es poco menos que un suicidio, pero lo hice a pesar de los riesgos y los costos que he tenido que asumir. Hoy, después de mucha lucha, mis denuncias ya son hechos comprobados y no queda ninguna duda sobre ellos. Corrupción en yacimientos y caminos, narcotráfico y protección por el ministro de la presidencia a los carteles colombianos, mexicanos y al PCC del Brasil, además de una red de extorsión que tenía por objetivo perseguir a los opositores y extorsionar a los presos extranjeros, son algunas de las denuncias que tuve que hacer como senador y jefe de la oposición. Por ello he tenido que soportar más de veinte procesos políticos de todo tipo y cada uno más descabellado que otro y en diferentes estados a fin de garantizar la imposibilidad de que me defiendan. Procesos constantes, amenazas a mi familia e intentos de asesinato a mi persona, hicieron imposible poder permanecer en mi país y por ello tomé la decisión de solicitar refugio político en la embajada del Brasil en La Paz, ingresando el día 28 de mayo del 2012 y luego de un amplio análisis Itamaraty, apegado a los tratados internacionales, a los derechos humanos y en base a documentos que presenté, me otorgo el refugio en fecha 8 de Junio del 2012.

El trabajo profesional de la Embajada y el trato humano del personal ha hecho soportable las condiciones difíciles que son las de estar preso sin sentencia y alejado de la familia; ellos también tuvieron que dejar el país por amenazas de secuestro por parte de la gente del gobierno. Después de un año me encuentro sin poder expresar mis ideas, comunicarme públicamente, aislado, con visitas restringidas a un abogado y dos familiares y durante todo este tiempo sin haber podido acceder a una sola hora de sol por las condiciones del espacio donde me encuentro. La intolerancia y la falta de respeto por la vida y los derechos humanos por parte de nuestro gobierno se ha traducido en más de seiscientos refugiados en varios países, un centenar de procesados, adversarios políticos y más de cincuenta presos políticos que después de cuatro años permanecen en las cárceles sin ningún tipo de sentencia. Si bien esto es conocido y tal vez asunto interno de los bolivianos, no es menos cierto que mi detención en la embajada del Brasil, narcotráfico hacia el Brasil, robo de carros, xenofobia y persecución a empresas y productores agropecuarios sí afecta a vuestro país y hemos notado una especie de tolerancia, consideramos nosotros por afinidad política con la conducta de Don Evo Morales, pero que al final afecta a muchos y de manera común a los dos lados de la frontera.

Mi lucha casi solitaria, pero por principios y valores cada vez más esta siendo entendida por la sociedad boliviana y es mi interés que con su colaboración podamos hacer un trabajo por el cual y siempre dentro del derecho y las instituciones se pueda ayudar a que gobiernos como el nuestro, que desprecian las instituciones y los derechos humanos, puedan enmarcarse en el cumplimiento de los tratados internacionales.⁴

³ MINISTÉRIO das Relações Exteriores. Nota nº 141: Concessão de Asilo. Assessoria de Imprensa. Brasília, 8 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/concessao-de-asilo>>. Acesso em: 7 mai. 2013. A nota informa que “O Governo brasileiro decidiu conceder asilo ao nacional boliviano Roger Pinto Molina, à luz das normas e da prática do Direito Internacional Latino-Americano e com base no artigo 4º, inciso X, da Constituição Federal”.

⁴ Deixo de traduzir propositalmente as citações em espanhol, a uma porque se o fizesse estaria subestimando a erudição de Vossas Excelências e a duas porque o próprio STF vem procedendo dessa maneira (ver, por

Quem sabe pelo fato de ser um homem crédulo e acreditar que a mão salvadora de Deus não deixará um fiel ao relento, o senador encerrou o seu relato citando o primeiro versículo do Livro do Gênesis:

En el principio creó Dios los cielos y la tierra.

Da minha parte – como impetrante e principalmente como um advogado preocupado com o destino do seu constituinte – espero que não seja necessário apelar, como último recurso, à fé do senador. Dadas as particularidades do caso em tela, este Egrégio Tribunal é, antes de recorrer aos céus, a última instância terrena de que dispõe o senador.

Não tomem essa afirmação como galhofa, Senhores Ministros. É que o Governo boliviano vem anunciando aos quatro ventos a intenção de denunciar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na esteira da decisão tomada nesse mesmo sentido pela Venezuela, com quem a Bolívia se alinha politicamente. Juan Evo Morales Ayma declarou recentemente, fazendo menção à Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

Yo considero a la CIDH como otra base militar.⁵

Se a Bolívia denunciar a Convenção, a última oportunidade para se tentar obter um salvo-conduto para que o senador possa deixar a Embaixada do Brasil em La Paz amparado por garantias formais do Estado boliviano estará perdida.⁶ E aí, dada a patente falta de estratégia do Ministério das Relações Exteriores do Brasil no caso – essa circunstância será discutida em um tópico próprio – só restará mesmo recorrer à Providência Divina.

Três dos mais célebres Pais Fundadores dos Estados Unidos, ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON e JOHN JAY, mostraram o quanto são conhecedores dos vícios que contaminam a nossa natureza humana quando afirmaram que

O ambicioso que se achar colocado no cume das grandezas do seu país, encarando a época em que lhe será forçoso descer do posto elevado a que subiu, pensando que nenhum gênero de merecimento poderá salvá-lo do revés que o ameaça, terá muito mais forte tentação de aproveitar uma ocasião favorável, ainda que perigosa, de segurar a prolongação do seu poder, do que se pudesse chegar ao mesmo fim pelo exato cumprimento das suas obrigações.⁷

exemplo, STF, Ext 1.085/República Italiana, Rel. Min. CEZAR PELUSO, j. em 16 dez. 2009, Plenário, DJe de 16 abr. 2010).

⁵ BOLÍVIA quiere salir de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Venezolana de Televisión*, Caracas, 18 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.vtv.gob.ve/articulos/2013/03/18/bolivia-quiere-salir-de-la-comision-interamericana-de-derechos-humanos-1735.html>>. Acesso em: 7 mai. 2013.

⁶ Em tese, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pode solicitar à Corte Interamericana de Direitos Humanos que adote uma medida provisória com o fim de obrigar a Bolívia a expedir um salvo-conduto em favor do senador (artigo 27, 2, do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos). Independente dessa possibilidade, a Comissão poderá solicitar a Bolívia que adote medidas cautelares no sentido de garantir que o senador deixe o País em segurança (artigo 25 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos). Ainda que qualquer caso de violação de direitos humanos ocorrido antes da data em que a denúncia produzir efeito deva ser conhecido (artigo 78, 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), a questão é saber se a Bolívia cumpriria um tipo de decisão como essa ou acataria uma recomendação nesse sentido.

⁷ HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O Federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003.

Evo Morales deve ter em algum momento da sua vida lido *O Federalista* e ali pôde, tomando como mantra o que os seus autores condenavam, ter achado a inspiração para obter do Tribunal Constitucional Plurinacional o aval para disputar um terceiro mandato – não obstante a Constituição Política do Estado permitir que o supremo mandatário seja reeleito apenas uma vez –, o que possibilitará que permaneça no cargo até o ano de 2020.⁸ Isso se não ficar tentado a fazer uma nova manobra e assim alterar o texto constitucional.

3. Um breve perfil do senador Roger Pinto Molina

Imagino que alguns dos Senhores Ministros estejam neste momento se perguntando quem seria esse tal senador boliviano que vem bater agora, através dos nós dos meus dedos, na porta da Corte Suprema. Seria de fato um perseguido político, como ele próprio relatou no início? Ou, do contrário, seria apenas um daqueles caricaturais personagens de uma corrupta república das bananas, da fictícia Anchuria retratada por O. HENRY em seu clássico *Cabbages and Kings*?⁹

Para início de prosa, quero deixar bem claro que não me permitirei menosprezar a Bolívia, essa valorosa nação que foi outrora parte do grande Império Inca. Malgrado os esforços dos seus atuais governantes para tentar transformá-la numa cópia da indecente Anchuria. Ou pior, transformá-la, usando um neologismo, num *narco-estado*.

Sei que até pelo fato de terem chegado aonde chegaram, Vossas Excelências estão mais do que calejadas para se deixarem levar por fatores outros que não o bom direito. Nesse sentido, estou plenamente convencido de que o presente *writ* não prescindiria das notas que traçarei logo a seguir. É por isso que me confortam as palavras do às vezes incompreendido DAVID HUME, que atribui um merecido valor à “*influência benéfica da experiência adquirida por uma longa vida, pela variedade de ocupações e convivência*”, à essa experiência que nos instrui acerca “*dos princípios da natureza humana*” e regra “*tanto a nossa conduta como nossa especulação*”.¹⁰

Baseados na vivência, como motor da experiência, Vossas Excelências tomarão decisões que fizeram história. É igualmente com base na vivência que assumirão daqui para a frente pontos de vista que funcionarão como verdadeiros divisores de águas. A começar, espero, pelo presente *writ*, o primeiro caso de *habeas corpus* extraterritorial submetido à apreciação da Justiça brasileira. Um caso que, até onde sei, só tem como precedente

⁸ É o que diz o artigo 168 da Constituição Política do Estado. O Tribunal Constitucional Plurinacional, em polémica decisão, concedeu ao presidente Evo Morales a oportunidade de se candidatar a um terceiro mandato, sob o argumento de que “*es necesario recordar que la Asamblea Constituyente en Bolivia, cuyo proceso fue iniciado el 2006, concluyendo el 2009, tuvo inequívocamente un carácter originario, con origen en la voluntad democrática popular, característica a partir de la cual, se entiende su autonomía, en mérito de la cual, el nuevo orden es diferente al pre-existente, el nuevo orden implica una nueva era jurídico-política basada en la refundación del Estado, por ello se concluye que es absolutamente razonable y acorde con la Constitución, realizar el computo del plazo para el ejercicio de funciones tanto del Presidente como del Vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia, desde el momento en el cual la función constituyente refunda el Estado y por ende creo un nuevo orden jurídico-político*” (Declaración Constitucional Plurinacional 0003/2013, Sucre, 25 de abril de 2013).

⁹ HENRY, O. *Cabbages and Kings*. Charleston: BiblioBazaar, 2007.

¹⁰ HUME, David. *Investigação sobre o Entendimento Humano*. São Paulo: Escala. (Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, 25). p. 99.

a abertura que recentemente deu a Suprema Corte dos Estados Unidos aos prisioneiros de Guantánamo para manejarem o remédio heroico.

A vivência torna os vencedores mais humildes e os traz de volta para o mundo do homem médio. Os faz ver as coisas pelo jeito simples de olhar desse homem, pelo meu jeito de olhar. Para ilustrar o que estou dizendo, recorro a uma situação hipotética: se Vossas Excelências tivessem sobre a mesa dois *habeas corpus*, um impetrado por Rosa Louise McCauley, a costureira negra norte-americana que foi presa por ter se negado a ceder o lugar no ônibus a um homem branco, e outro por Ilse Koch, a esposa do comandante de um campo de extermínio que se celebrou por usar abajures feitos com a pele tatuada de prisioneiros judeus como peças de decoração – e fosse bom o direito em ambos os casos –, concederiam a ordem em favor da Cadela de Buchenwald, estou certo disso, um tanto resignados. Por outro lado, os corações de Vossas Excelências se encheriam de satisfação ao conceder a ordem para Rosa Parks.

E por saber que todos nós, humanos, estamos sujeitos a esses julgamentos da alma, reputo conveniente gastar umas poucas linhas a fim de que Vossas Excelências possam tentar, sem nunca tê-lo visto, olhar o nosso senador com bons olhos. Linhas breves que não são fruto de uma retórica de tribuna, mas sim que derivam de uma tentativa de sintetizar um bom número de informações que foram publicadas na mídia boliviana e internacional e que ainda continuam por aí, vagando soltas no ciberespaço.

Roger Pinto Molina exercia, como Chefe de Bancada da Convergência Nacional, a liderança da oposição quando decidiu buscar, em 28 de maio de 2012, proteção na Embaixada do Brasil em La Paz. Em seus dois mandatos como senador ocupou por duas vezes a vice-presidência da Câmara de Senadores da Assembléia Legislativa Plurinacional da Bolívia. Nos mais de vinte anos dedicados à política foi ainda deputado nacional e prefeito do Departamento de Pando, um cargo que equivale ao de governador de estado no Brasil.

Exercendo com determinação o seu papel de líder, fez acusações de corrupção contra autoridades do alto escalão do seu país. Em outras ocasiões denunciou a ligação de pessoas próximas do círculo presidencial com o narcotráfico. A situação na Bolívia era tão peculiar, que teve de assumir a desagradável tarefa de denunciar a Ministra de Transparência Institucional e Luta Contra a Corrupção, Nardi Suño Iturri, por desvio de recursos públicos.

Talvez o momento de inflexão, o instante em que o senador passou a ser tratado pelo Movimento para o Socialismo de Evo Morales como o inimigo a ser combatido, tenha se dado quando desconfiou da versão oficial dada para o rumoroso complô terrorista para assassinar o presidente. Para o senador Pinto, a história não estava bem contada e era provável que o Governo tivesse alterado os fatos como estratégia para minar o movimento autonomista cruzenho e recuperar os índices de popularidade que estavam em franco declínio em várias partes do País. Passados quatro anos da operação que deixou três nacionais europeus – segundo a versão do Governo, mercenários – mortos no Hotel Las Américas, em Santa Cruz de la Sierra, há fortes evidências a apontar que o senador estava com a razão. O juiz que cuidava do caso, Luiz Hernando Tapa Pachi, quando parecia se aproximar da verdade, viu o processo ser transferido para La Paz.

Criticou a mudança de foro, foi perseguido pelo Governo e não teve outro remédio senão buscar refúgio no Brasil.¹¹

Em abril de 2011, o senador Pinto, junto com outros dois colegas, entregou um disco compacto à Procuradoria-Geral do Estado contendo gravações de duas reuniões que teriam sido patrocinadas pelo então vice-ministro do Interior, Marcos Farfán, e pelo procurador Marcelo Soza, responsável por investigar a suposta tentativa de assassinato do presidente. Nas gravações, ouvem-se pessoas discutindo uma estratégia para arranjar o resultado de processos judiciais de interesse do Governo.

Um mês antes, em 9 de março, revelou publicamente que o ex-guerrilheiro de orientação maoísta e principal ideólogo do socialismo boliviano, Álvaro Marcelo García Linera – vice-presidente da República e presidente da Assembléia Legislativa Plurinacional – teria sido avisado pelo Ministro de Governo Sacha Llorenti do envolvimento do ex-diretor da Força Especial de Luta contra o Narcotráfico (FELCN), René Sanabria Oropesa, com o tráfico internacional de drogas. Como consequência da afirmação que fez, o vice-presidente processou o senador por desacato.¹² O que é certo é que, no mês seguinte, Sanabria foi preso no Aeroporto Internacional de Tocumen, na Cidade do Panamá, numa operação que contou com a participação da Drug Enforcement Administration (DEA), a agência do Departamento de Justiça dos Estados Unidos dedicada a combater o narcotráfico.

Como consequência direta do empenho em exercer com coragem o seu mandato parlamentar, o senador Pinto se sujeitou, desde que Evo Morales assumiu o poder, a mais de vinte processos, a maioria deles por desacato e sedição. Em decorrência de um desses processos, se viu obrigado a passar mais de cinquenta dias em prisão domiciliar – a ordem de arresto foi assinada pelo magistrado Ponciano Ruiz Quispe, que enxergou no episódio o capital político para colocar o seu nome na disputa de uma das vagas do Tribunal Supremo de Justiça –, numa clara afronta ao artigo 152 da Constituição Política do Estado, que veda textualmente a prisão preventiva de parlamentares que estejam no curso de seus mandatos, ressalvada a hipótese de flagrante delito. Não se sabe exatamente quantos mandados de prisão vigoram hoje contra o senador¹³, mas o certo é que se, por vontade própria, decidisse sair pela porta da Embaixada, engrossaria a lista de presos políticos da Bolívia.

¹¹ VARGAS, Rodrigo. Juiz refugiado no Brasil busca trabalho e fala em voltar à Bolívia. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 25 jan. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/865773-juiz-refugiado-no-brasil-busca-trabalho-e-fala-em-voltar-a-bolivia.shtml>>. Acesso em: 7 mai. 2013.

¹² VICEPRESIDENCIA se querella contra el senador Roger Pinto por el delito de desacato. **Vicepresidencia del Estado Plurinacional**: Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional, La Paz, 14 set. 2011. Disponível em: <<http://www.vicepresidencia.gob.bo/Vicepresidencia-se-querella-contra>>. Acesso em: 7 mai. 2013.

¹³ Como, por exemplo, o que foi expedido em 30 de maio de 2012 – quando o senador já se encontrava abrigado na Embaixada do Brasil em La Paz – pelo Tribunal de Sentença nº 1, do Tribunal Departamental de Justiça de Pando, a requerimento da Promotoria, que pugnou fosse declarada a *rebeldia* do senador (o equivalente a nossa *desobediência*) pelo fato deste não ter comparecido a uma audiência. Ambos os documentos acompanham o presente *writ*. Deixa-se de juntar a versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado, dos referidos documentos, em consonância com o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que decidiu que, “*Em se tratando de documento redigido em língua estrangeira, cuja validade não se contesta e cuja tradução não é indispensável para a sua compreensão, não é razoável negar-lhe eficácia de prova.*” (STJ, REsp 616.103/SC, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, j. em 14 set. 2004, DJ de 27 set. 2004). Se se leva em conta a informalidade que a lei atribuiu ao *habeas corpus*, essa discussão perde totalmente a relevância.

Recebeu ameaças de morte. Em uma ocasião, um homem chamado Blusher Niels Alpire deu a conhecer a diversos veículos de comunicação que um político local o teria tentado contratar com a missão de dar fim à vida do senador Pinto. O mesmo indivíduo revelou um suposto esquema que ligaria o então Ministro da Presidência Juan Ramón Quintana aos acontecimentos que resultaram no massacre de Porvenir (ou massacre de Pando), quando dezenove pessoas, a maioria camponeses, foram mortas e outras 53 ficaram feridas. Para piorar, o senador foi irresponsavelmente acusado por García Linera¹⁴, numa orquestrada inversão política dos fatos, de ter participado desse lamentável episódio da história recente do país andino.¹⁵

4. A atuação burocrática do Itamaraty

O Ministério das Relações Exteriores vem desempenhando um papel ambíguo no caso do senador Roger Pinto Molina. Embora tenha agido rápido em conceder o asilo – apenas onze dias se passaram entre o dia em que o senador buscou proteção na Embaixada em La Paz e o dia em que foi anunciada a concessão do asilo –, o Itamaraty, decorrido um ano inteiro, vem cuidando da questão de forma burocrática, em desacordo com a sua tradição e, mais importante, em franco desalinho com os tratados internacionais firmados pelo Brasil, sobretudo os tratados em matéria de direitos humanos. As palavras, quase em estado de júbilo, de García Linera dão uma boa medida da situação:¹⁶

¹⁴ No sítio oficial da Vice-Presidência do Estado Plurinacional na Internet, García Linera diz, sem medir palavras, que considera “*una decisión desatinada la que ha asumido el Gobierno de Brasil de otorgar asilo a una persona que aquí en Bolivia está acusada, no por su ideas, a una persona que está acusado por delito de asesinato, como en el caso de las muertes a dirigentes indígenas en Pando*”, responsabilizando expressamente o senador Roger Pinto Molina por mortes “*en la masacre del Porvenir*” (VICEPRESIDENTE Califica de desatinada decisión de Brasil al conceder asilo a Roger Pinto acusado de asesinato. **Vicepresidencia del Estado Plurinacional**, La Paz, 12 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.vicepresidencia.gob.bo/VICEPRESIDENTE-CALIFICA-DE,595>>. Acesso em: 7 mai. 2013.).

¹⁵ É interessante notar que o único vínculo estabelecido entre o senador Pinto e o massacre de Porvenir foi o alerta dado pelo próprio, senador ao grupo encarregado de mediar a situação, de que a violência havia estourado, conforme apontado no relatório especial produzido pela Defensoria do Povo da Bolívia. De acordo com o documento, “*Al promediar las 13:30, cuando el citado grupo de mediación se disponía a trasladarse al lugar de los hechos en vehículos de la Guarnición Militar, con banderas blancas, se apersona el senador Roger Pinto, quien recomienda abstenerse de efectuar el traslado porque la violencia se había desatado y existía un peligro inminente para ellos; inmediatamente el Comandante Pacheco recibe una llamada telefónica y ratifica la información del Senador, decidiendo no participar en la mediación en la localidad de Porvenir.*” (DEFENSORÍA del Pueblo. **Informe Defensorial de los hechos de violencia suscitados em el mes de septiembre de 2008 en el Departamento de Pando**. La Paz: Canasta de Fondos, 2009. p. 41. Disponível em: <<http://www.defensoria.gob.bo/filespublicaciones/flinfinforme%20pando.pdf>>. Acesso em: 7 mai. 2013.). Em outro relatório, desta vez produzido pela União de Nações Sul-Americanas (UNASUR. **Informe de la Comisión de UNASUR sobre los sucesos de Pando: hacia una alba de justicia para Bolívia**. Santiago, 2008. n.º 16.), a única referência ao senador Pinto é a notícia de uma reunião que manteve, na companhia de outros senadores de oposição, com membros da Comissão especialmente instituída pela organização para investigar o caso, reunião na qual fizeram os parlamentares oposicionistas severas críticas à frágil democracia boliviana. Acresça-se a isso o fato de que documentos vazados pelo WikiLeaks tornaram pública a insatisfação da Embaixada dos Estados Unidos em La Paz com o fato da UNASUL ter endossado a versão de Evo Morales para o massacre de Pando (WikiLeaks Cablegate. **UNASUR endorses Evo’s version of Pando “massacre”**. **Documentos del Departamento de Estado de Estados Unidos**. La Paz, 5 dez. 2008. Disponível em: <<http://wikileaks.vicepresidencia.gob.bo/UNASUR-ENDORSES-EVO-S-VERSION-OF>>. Acesso em: 7 mai. 2013.).

¹⁶ Parece haver um certo sentido nas afirmações do vice-presidente, já que se estivesse sendo pressionado o normal seria que reagisse de outra maneira, mais incisivamente, se voltando contra as pressões recebidas.

Le digo con honestidad que Brasil no está presionando por ese tema, es un tema que les preocupa y hay que hacer reuniones para abordarlo, pero en ningún momento lo han usado como mecanismo de presión o como exigencia para viabilizar otras cosas, para nada, al contrario en todo lo demás vamos muy bien y este [o caso do senador Pinto] es un lunar que tiene un tratamiento aparte y que en ningún momento lo que se decida ese tema este influyendo.¹⁷

Sem questionar a grandeza e a importância do instituto do asilo político, pode-se afirmar com uma boa margem de certeza que ao senador Pinto foi dispensado um tratamento pior do que aquele com que foram brindados personagens que ficaram marcados por terem colocado em risco ou mesmo solapado as instituições democráticas em seus respectivos países. Lucio Edwin Gutiérrez Borbúa, Raúl Cubas Grau e Alfredo Stroessner Mateda são bons exemplos.

Em 20 de abril de 2005, Lucio Gutiérrez, que participara ativamente no ano 2000 da derrubada do presidente Jamil Mahuad, ocupava a presidência do Equador quando foi deposto por um golpe de estado. O seu governo foi marcado por denúncias de nepotismo e corrupção e pelo enfrentamento com o Judiciário, que teve seu ápice com o afastamento da maioria dos membros da Corte Suprema de Justiça, do Tribunal Constitucional e do Tribunal Supremo Eleitoral. O presidente Luís Inácio Lula da Silva determinou que um dos aviões que serviam a Presidência da República decolasse imediatamente da Base Aérea de Brasília com a missão de resgatar Lucio Gutiérrez. A atitude causou irritação no governo recém instalado, fazendo com que a autorização para entrar no espaço aéreo equatoriano fosse, num primeiro momento, negada. O Governo brasileiro continuou pressionando o Equador e, passados alguns dias, o presidente deposto foi finalmente trazido para o Brasil.

Raúl Cubas governava o Paraguai no ano de 1999 quando foi forçado a renunciar em razão da crise que irrompera no País – o movimento político que a historiografia registrou como *Marzo Paraguayo* – em decorrência do assassinato do vice-presidente Luis Maria Argaña. O presidente Fernando Henrique Cardoso prontamente mandou um avião militar em socorro de Cubas, que foi levado para o seu aprazível destino no exílio, o Balneário Camboriú.

Uma década antes, Alfredo Stroessner, depois de governar com mão de ferro por quase 35 anos a nação do Chaco, foi deposto por um golpe de estado apoiado pelos Estados Unidos. O presidente José Sarney prontamente concedeu asilo ao ditador e ordenou que fosse providenciado o transporte dele e de sua família para Brasília, onde viveu tranquilamente até a morte, em 2006.

Em todos esses casos houve uma pronta intervenção do Brasil. No caso do senador Pinto, nem ao menos um carro da Missão Diplomática, que goza de proteção especial,¹⁸ foi colocado a sua disposição. Essa constituiria uma maneira prática para que pudesse deixar

¹⁷ GOBIERNO descarta salvo conducto [sic] para el senador Roger Pinto. *Radio Fides*, La Paz, 28 dez. 2012. Disponível em: <http://www.radiofides.com/noticia/Politica/Gobierno_descarta_salvo_conducto_para_el_senador_Roger_Pinto>. Acesso em: 7 mai. 2013.

¹⁸ De acordo com o que diz a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965). Segundo o artigo 22, 3, da citada Convenção “*Os locais da Missão, em [sic] mobiliário e demais bens nêles situados, assim como os meios de transporte da Missão, não poderão ser objeto de busca, requisição, embargo ou medida de execução*”.

o território boliviano. O senador seria, numa das alternativas possíveis, transportado em um curto percurso de pouco mais de cem quilômetros até a fronteira do Peru – muito mais próxima que a do Brasil – e ao adentrar no território peruano estaria munido de um salvo-conduto do Governo brasileiro, de forma a que pudesse chegar até uma aeronave comercial brasileira e embarcar com destino a São Paulo sem o risco de ser retido em razão de um pedido do Governo boliviano.

Dúvida não pode haver de que nenhuma imposição de ordem legal condiciona o Governo brasileiro a obter previamente um salvo-conduto para que o senador Pinto possa ser retirado do território boliviano. Essa obrigação não está prevista em qualquer tratado internacional assinado ou ratificado pelo Brasil ou pela Bolívia. Mesmo a Convenção sobre Asilo Diplomático, da qual só o Brasil é Parte – a Bolívia assinou a Convenção, mas não a ratificou –, em nenhum momento permite uma interpretação no sentido de que o salvo-conduto seja um instrumento mandatário para que o asilado deixe o estado territorial.

É óbvio que a obtenção de um salvo-conduto é sempre desejável nesses casos, assim como o é negociar as garantias para a saída do asilado do estado territorial. Mas o Brasil não pode, especialmente quando há uma questão de direitos humanos na equação, ser envolvido num jogo de toque de bola sem fim do Governo boliviano. Passado quase um ano do instante em que o senador Pinto entrou pela porta da Embaixada do Brasil em La Paz, o Itamaraty vem levando um verdadeiro drible da Chancelaria boliviana, assim como a Bolívia vem – trocadilhos à parte – driblando o Brasil no caso de muito maior repercussão dos doze torcedores do Sport Club Corinthians Paulista presos em Oruro. A propósito, na semana passada o ex-deputado Paulo Delgado, que já ocupou a vice-presidência da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional da Câmara dos Deputados, publicou em sua coluna dominical no Correio Braziliense:

Nada cômico é o caso de Roger Pinto Molina, o senador boliviano asilado desde maio do ano passado na embaixada do Brasil. Rumores da ligeireza provinciana de nossa América-latina dão conta que o Palácio Quemado em La Paz anda dizendo que 12 corinthianos valem um senador opositorista.¹⁹

Se isso for mesmo verdade, motivos há para nos preocuparmos. Ainda que eu particularmente não acredite que o Governo Brasileiro cometeria a insensatez de revogar o asilo²⁰ como um gesto de “boa vontade” que poderia influenciar no caso dos torcedores do Corinthians, se o Governo boliviano tiver mesmo em mente essa nauseabunda estratégia de barganha, é possível que a situação do senador se prolongue por um bom tempo.

O fato é que o Brasil passou a jogar o jogo da Bolívia. Segundo o ex-chanceler boliviano Armando Loaiza Mariaca, *“O caso criou um foco de tensão excessivo”*. Loaiza bem evidencia o absurdo da posição da Bolívia ao afirmar que

¹⁹ DELGADO, Paulo. Meios e Missões. *Correio Braziliense*, Brasília, 5 mai. 2013. p. 20.

²⁰ Segundo o artigo IV da Convenção sobre Asilo Diplomático, cabe ao estado asilante “a classificação da natureza do delito ou dos motivos da perseguição”. Não obstante isso, a Bolívia fez várias gestões para que o Brasil revogasse o asilo concedido ao senador Pinto, sobretudo nos primeiros dias do caso (BOLÍVIA envia ficha criminal de senador para que Brasil reconsidere asilo. *Opera Mundi*, São Paulo, 14 jun. 2012. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/22439/bolivia+envia+ficha+criminal+de+senador+para+que+brasil+reconsidere+asilo.shtml>>. Acesso em: 7 mai. 2013).

Por um assunto que seria facilmente resolvido, se está colocando em perigo a relação bilateral.²¹

O Ministro Antonio de Aguiar Patriota admitiu numa audiência na Comissão de Relações Exteriores do Senado realizada em 4 de abril último que o Brasil criou em março, depois de nove meses de clausura do senador, um grupo de trabalho bilateral para tratar do caso, em caráter confidencial,²² o que pode ser lido, penso, como a expressão da vontade de não endurecer o discurso com a Bolívia. O Brasil deveria ter se valido do Tratado Americano de Soluções Pacíficas (Pacto de Bogotá),²³ ao invés de esperar que o caso se resolva pela morte do senador. A afirmação quanto à morte é nitidamente exagerada, mas é certo que o Brasil há muito poderia ter feito uso de algum dos processos pacíficos para solução de controvérsias previstos no Pacto de Bogotá, agora que a Bolívia, depois de seis décadas, resolveu ratificar o tratado.²⁴ Poderia o Brasil ter, no intento de obter o salvo-conduto, submetido o assunto à Corte Internacional de Justiça,²⁵ como fez a Colômbia em 1950 no caso do político peruano Victor Raúl Haya de la Torre, asilado na sua embaixada em Lima.²⁶ Poderia, citando mais uma possibilidade, ter recorrido à ajuda do Conselho Permanente da OEA.²⁷ Mas o Brasil apenas deixou o tempo passar.

Não precisava, é óbvio, o Brasil ter recorrido a meios coercitivos para solução de controvérsias, como represálias, retorsão, boicotagem, embargo etc. Nem muito menos chegar ao ponto de romper relações diplomáticas ou de, permitam-me Vossas Excelências uma brincadeira, denunciar o Tratado de Comercio e Navegação Fluvial entre os Estados Unidos do Brasil e a Bolívia, firmado em 1911 e ainda vigente. Mas o fato é que, verdade seja dita, as tardias negociações diretas e os não menos tardios trâmites diplomáticos usuais mostraram-se tremendamente ineficazes.

Do ponto de vista pessoal acredito que o atual Embaixador do Brasil em La Paz, Marcel Biato, deve estar um tanto insatisfeito com o encaminhamento que foi dado ao caso a partir do momento em que a cúpula do Itamaraty chamou a responsabilidade do caso para si. O Embaixador vem recebendo ordens de Brasília no sentido de proibir o senador de conceder entrevistas. Também o acesso de visitantes ficou mais restrito, limitado hoje a duas filhas e seu advogado na Bolívia. Ainda que a minha opinião possa estar tomada por alguma especulação, tenho bons elementos para acreditar que estou com a razão, já que logo nos primeiros dias da crise o Embaixador Biato incomodou as autoridades bolivianas com a sua veemência em cobrar delas a concessão do salvo-

²¹ BOLÍVIA manobra para manter senador no país. *Estadão.com.br*, São Paulo, 26 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,bolivia-manobra-para-manter-senador-no-pais-,905637,0.htm>>. Acesso em: 7 mai. 2013.

²² PATRIOTA diz haver “acompanhamento confidencial” sobre senador boliviano. *Terra*, São Paulo, 4 abr. 2013. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/patriota-diz-haver-acompanhamento-confidencial-sobre-senador-boliviano,e59b0ef44d4dd310VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>>. Acesso em: 7 mai. 2013.

²³ Promulgada pelo Decreto nº 57.785, de 11 de fevereiro de 1966.

²⁴ E só o fez porque tinha em mente levar o Chile à Corte Internacional de Justiça, por conta da questão do acesso ao mar perdido na Guerra do Pacífico. Em 24 de abril de 2013 a Bolívia, de fato, submeteu o assunto à CIJ, com o fim de obter “*The Sovereign Access of Bolivia to the Sea*” [“*O acesso soberano da Bolívia ao mar*”].

²⁵ A possibilidade está disciplinada nos artigos 31 a 37 do Pacto de Bogotá.

²⁶ O caso foi identificado na Corte como *Haya de la Torre (Colombia v. Peru)* ou *Haya de la Torre (Colombie c. Pérou)*.

²⁷ A possibilidade está disciplinada nos artigos 84 a 90 da Carta da Organização dos Estados Americanos.

conduto.²⁸ O experiente diplomata é um velho conhecedor do *modus operandi* de Evo Morales, tendo acompanhado, quando esteve vinculado à Assessoria Especial da Presidência da República para Assuntos Internacionais, o imbróglio da nacionalização dos campos de petróleo e gás da Petrobrás na Bolívia, ocasião em que houve, como está havendo hoje no caso do senador Pinto, enorme complacência da parte de determinadas autoridades brasileiras.²⁹

O que não faz qualquer sentido é o silêncio que o Brasil vem impondo ao caso, a sua reticência em agir. Isso contraria as convenções de direitos humanos que o País se obrigou a cumprir. Não faz parte da tradição da diplomacia brasileira. Nos remete a um dos seus momentos ruins, quando, durante o regime militar, o Ministério das Relações Exteriores demorou mais de quatro anos para rever um odioso parecer externo que desaconselhava a assinatura da Convenção Americana de Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Coube ao jurista CANÇADO TRINDADE, que hoje nos honra no Tribunal de Haia e que à época era funcionário do Itamaraty, corrigir a distorção.³⁰ É nele que nos socorremos para abordar a questão da solução pacífica de controvérsias:

A própria "solução amistosa" de casos de direitos humanos, consagrada nos tratados de proteção, requer uma diferenciação da solução pacífica das controvérsias internacionais, – para invocar outro exemplo no plano operacional. Enquanto, por um lado, o capítulo tradicional do direito internacional sobre solução pacífica das controvérsias internacionais (no contencioso puramente interestatal) tem-se deixado marcar pela ambivalência entre o dever geral de solução pacífica e a liberdade de escolha dos meios pelas partes litigantes, mostrando-se assim particularmente vulnerável a manifestações do voluntarismo estatal, – por outro lado resulta claro que não podem os Estados razoavelmente esperar o mesmo grau ou latitude de liberdade de ação na solução de "casos de direitos humanos". Os próprios tratados de direitos humanos que prevêm a "solução amistosa" (*friendly settlement/règlement amiable*) de casos no âmbito de sua aplicação estipulam que deve esta *basear-se no respeito aos direitos humanos neles consagrados*.³¹

Em suma, o Brasil deveria ter se esforçado mais para solucionar o caso do senador Pinto. Em outras palavras, deveria ter atuado com a maior diligência que requerem os "casos de direitos humanos".

O fato da Bolívia não figurar entre os Estados Partes da Convenção sobre Asilo Diplomático, aliado ao fato de não ter ratificado nenhum tratado que a obrigue a conceder um salvo-conduto, me leva a acreditar que é esse tipo de desculpa que o Governo boliviano

²⁸ BOLÍVIA reclama de pressão do Brasil para conceder salvo-conduto a senador. *Opera Mundi*, São Paulo, 19 jul. 2012. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/23118/bolivia+reclama+de+pressao+do+brasil+para+conceder+salvo-conduto+a+senador+.html>>. Acesso em: 7 mai. 2013.

²⁹ A posição de Marcel Biato foi tornada pública por documentos vazados pelo WikiLeaks. É interessante notar o papel que Biato atribui ao então presidente venezuelano Hugo Chávez no episódio da nacionalização dos ativos da Petrobrás na Bolívia (BRAZIL: additional developments on bolivian nationalization of energy installations. *Documentos del Departamento de Estado de Estados Unidos*. La Paz, 5 mai. 2006. Disponível em: <<http://wikileaks.vicepresidencia.gob.bo/BRAZIL-ADDITIONAL-DEVELOPMENTS-ON>>. Acesso em: 7 mai. 2013).

³⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v. III. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999. p. 618-619.

³¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op. cit.*, v. II, p. 45.

vai usar, ao menos num primeiro momento, quando o Brasil efetivamente voltar a pressionar o país vizinho.³²

Foi o que fizeram, não sem uma boa dose de hipocrisia, as autoridades diplomáticas britânicas, que vem seguidamente se negando a expedir um salvo-conduto em favor de Julian Assange.³³ Sustenta a diplomacia britânica que a figura do asilo diplomático é estranha ao seu ordenamento legal, já que essa é uma instituição aplicável apenas aos Estados Membros da OEA. Ainda que o uso do salvo-conduto seja aceito costumeiramente pelo direito internacional, a rigor Londres está com a razão, já que, em adição ao que mencionei antes, a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas em nenhum momento se refere à figura do salvo-conduto e a Convenção sobre Asilo Diplomático, de fato, tem abrangência somente no âmbito da OEA.³⁴ Mais precisamente, o tratado regional é afeto unicamente à nações latino-americanas, visto que apenas países que se situam abaixo do rio Grande o ratificaram.

Sempre tendo em conta que a Bolívia não ratificou a Convenção sobre Asilo Diplomático, é interessante mencionar que o artigo XIII do referido tratado regional apenas condiciona taxativamente a obtenção do salvo-conduto aos casos em que “*o asilo se verificar a bordo de navio de guerra ou aeronave militar*”. Uma vez concedido o asilo, o estado asilante pode pedir a saída do asilado para território estrangeiro, ficando obrigado o estado territorial, além de garantir a segurança do asilado, a conceder “*imediatamente*”, ressalvada a hipótese de força maior, garantias de que sua vida, sua liberdade e a sua integridade pessoal não sejam colocadas em perigo e a expedir o correspondente salvo-conduto, fazendo uma leitura combinada dos artigos V e XII.

O fato do artigo XII da Convenção sobre Asilo Diplomático obrigar ao estado territorial a conceder o salvo-conduto para a saída segura do asilado não legitima que esse mesmo estado territorial possa usar a postergação infinita da expedição do salvo-conduto como moeda de troca para pressionar o estado asilante a rever o asilo. Portanto, o que a Bolívia vem fazendo quanto à concessão do salvo-conduto – embora tecnicamente não esteja obrigada a concedê-lo, já que não ratificou a Convenção – não está de acordo com o espírito da Convenção que apenas assinou. A questão ganha ares de esterilidade, no entanto, quando se tem em conta que o Brasil poderia, independentemente da obtenção do salvo-conduto, ter colocado a disposição do senador Pinto um veículo da Missão Diplomática para que este, como já comentei, fosse conduzido até o território peruano.³⁵

³² A demora na solução do problema interessa a Evo Morales, já que o pleito presidencial na Bolívia acontecerá no próximo ano e o senador Pinto vinha sendo cotado em todas as listas para compor a chapa oposicionista que tentará barrar o terceiro mandato do atual presidente boliviano.

³³ É curioso notar que a hipótese de Assange se valer de um veículo diplomático para deixar o Reino Unido e atravessar num *ferryboat* o canal Saint-Georges rumo à Irlanda (o Eurotúnel não é uma opção viável), vem sendo bastante discutida na imprensa britânica. O problema, no caso de Assange, é que a Embaixada do Equador em Londres, diferente da nossa embaixada em La Paz, não possui garagem, ficando o veículo daquela Missão Diplomática estacionado na rua. Prevenidas, as autoridades britânicas mantêm durante as 24 horas do dia, o que chega a ser cômico, um cordão de policiais entre o veículo e o prédio da Embaixada. Comentaristas de televisão chegaram a sugerir que Assange tivesse acesso ao carro a partir de um cabo (uma tirolesa) ligado a uma das janelas da Embaixada!

³⁴ A Bolívia, a exemplo do Brasil, também ratificou a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas.

³⁵ De acordo com o artigo XIII da citada Convenção, cabe ao estado asilante “*conduzir o asilado para fora do país*”, podendo o estado territorial “*escolher o itinerário preferido para a saída do asilado, sem que isso implique determinar o país de destino*”.

5. Direito a conceder entrevistas e a receber a visita de um médico

Além de não pressionar com a ênfase que uma questão em matéria de direitos humanos exige, o Ministério das Relações Exteriores vem, como já se mencionou *en passant*, restringindo o acesso de visitantes e a liberdade de expressão do paciente a um ponto intolerável, contribuindo para que o caso passe, não obstante a sua natural importância, um tanto despercebido pela grande mídia e, conseqüentemente, que não haja pressão internacional para solucioná-lo.³⁶ Foi o que ficou claro quando o cineasta Dado Galvão,³⁷ interessado em fazer um documentário contando o drama do senador, solicitou formalmente ao Ministro Patriota e ao Embaixador Biato autorização para entrevistá-lo.³⁸ O Ministério das Relações Exteriores invocou expressamente a Convenção de Caracas como justificativa para não permitir a entrevista, sob o argumento de que poderia haver prejuízo a tranquilidade pública ou intervenção na política interna do Estado Boliviano.³⁹ Embora tecnicamente tenha sido concedido ao senador Pinto asilo diplomático – sob os auspícios, portanto, da Convenção de Caracas – esta não se aprofunda no tema da liberdade de expressão como o faz a Convenção sobre Asilo Territorial, ratificada pelo Brasil em 1965.⁴⁰ E é nesta que devemos, por analogia, buscar a solução do problema. De acordo com o artigo VII da Convenção sobre Asilo Territorial,

A liberdade de expressão do pensamento, que o direito interno reconhece a todos os habitantes de um Estado, não pode ser motivo de reclamação por outro Estado, baseada em conceitos que contra este ou seu governo expressem publicamente os asilados ou refugiados, salvo no caso de tais conceitos constituírem propaganda sistemática por meio da qual se incite ao emprego da força ou da violência contra o governo do Estado reclamante.

Aqui cabe fazer uma pausa: inclusive o direito do senador de conceder entrevistas, estou convencido, pode ser discutido no presente *habeas corpus*, na medida em que esse direito pode ser visto como um desdobramento do direito de liberdade. Foi nesse sentido, em relação ao direito de visitas, que decidiu esta Suprema Corte:

Em linhas gerais, o direito de visitas nada mais é que um desdobramento do direito de liberdade. De fato, só há falar de direito de visitas porque a liberdade do apenado encontra-se tolhida. Dessarte, tenho para mim que a decisão do juízo das execuções que indeferiu o pedido de visitas formulado teve diretamente o condão de repercutir na esfera de liberdade, na medida em que agrava, ainda mais, o grau de restrição da liberdade do paciente. Ademais, levando em conta que uma das finalidades da pena é a ressocialização, eventuais erros por parte do Estado ao promover a execução podem e devem ser sanados via *habeas corpus*, sob pena de, ao fim do cumprimento da pena, não restar alcançado o objetivo de reinserção eficaz do apenado em seu seio familiar e social.

³⁶ O mesmo tipo de pressão que fez com que o caso da iraniana Sakineh Ashtiani, condenada à morte por apedrejamento e a quem o Brasil ofereceu asilo, tivesse um final feliz.

³⁷ Dado Galvão foi responsável por recentemente trazer a jornalista cubana Yoani Sánchez ao Brasil.

³⁸ Acompanham cópias do requerimento feito ao Ministro Antonio Patriota e ao Embaixador Marcel Biato por Claudio Galvão da Silva (Dado Galvão), pelo fotógrafo Arlen Cezar Tavares de Oliveira e pela jornalista peruana Pilar Celi Frías.

³⁹ Acompanha cópia da resposta dada em 5 de abril último pelo Diretor do Departamento de América do Sul I do Ministério das Relações Exteriores, João Luiz Pereira Pinto.

⁴⁰ Promulgada pelo Decreto nº 55.929, de 19 de abril de 1965. A Convenção sobre Asilo Territorial e a Convenção sobre Asilo Diplomático são convenções gêmeas, uma vez que foram assinadas na mesma data, em 28 de março de 1954, e no mesmo lugar, Caracas.

(...) a diretriz traçada pelo Pacto de São José da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos, ao dispor que *toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral (Art. 5o, 1) e ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano (Art. 5o, 2).*⁴¹

É interessante como o julgado ora transcrito guarda relação com o caso em comento. Ao proibir o senador de conceder a entrevista ao cineasta Dado Galvão, o Itamaraty tratou alguém que está privado da liberdade sem o devido “*respeito à dignidade humana*”, de que fala o artigo 5, inciso 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Quando se compara a situação do senador Pinto com a de Julian Assange, asilado na Embaixada do Equador em Londres, as restrições a que está sujeito o parlamentar boliviano saltam aos olhos. Assange recebe visitas de celebridades (até a cantora Lady Gaga foi visitá-lo!), fala livremente com uma multidão de repórteres da sacada da Embaixada do Equador e em nenhum momento Quito ou Londres entenderam que o ciberativista perturbou a tranquilidade pública, não obstante ter o seu caso enorme repercussão midiática.

Essa diferença de tratamento também se percebe quando se compara o caso do senador com o caso de José Manuel Zelaya Rosales, o presidente de Honduras que foi deposto por um golpe militar em 2009 e que, depois de abandonar o País, reingressou no território hondurenho e foi buscar abrigo na Embaixada do Brasil em Tegucigalpa, montando ali, por assim dizer, um verdadeiro comitê político. Manuel Zelaya recebia correligionários, falava com a imprensa, desfrutava do apoio e da simpatia das autoridades brasileiras. A situação incomodou tanto o governo recém instalado, que este resolveu mover uma demanda contra o Brasil na Corte Internacional de Justiça.⁴²

O isolamento vem minando as condições físicas e psicológicas do senador Pinto. Por falar em saúde, penso ser oportuno levar ao conhecimento de Vossas Excelências uma situação um tanto inusitada: o senador, que já é paciente no presente *habeas corpus*, precisou, como paciente, recorrer a um médico. Não bastasse estar, por assim dizer, amordaçado, o seu acesso aos profissionais de saúde vem estando sujeito a uma burocracia completamente despropositada. Na última semana, o duas vezes paciente se sentiu um pouco indisposto e pediu que fosse submetido a uma avaliação médica. Como resposta, o funcionário da Embaixada do Brasil em La Paz com quem conversou sugeriu que fizesse, pasme-se, um requerimento por escrito.

6. Guantánamo e o precedente de *habeas corpus* extraterritorial

Anos se passaram desde os terríveis acontecimentos de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos e a Nação ainda continuava entorpecida. Estava criado o substrato para que o Congresso aprovasse o Detainee Treatment Act of 2005 (DTA) e, posteriormente, o

⁴¹ STF, HC 107.171, Rel. Min. GILMAR MENDES, j. em 13 set. 2011, DJe de 26 mar. 2012.

⁴² O caso foi identificado na Corte como *Certain questions concerning diplomatic relations (Honduras v. Brazil)/Certaines questions en matière de relations diplomatiques (Honduras c. Brésil)*.

Military Commissions Act of 2006 (MCA), que trouxe à luz a figura singular do *enemy combatant*” [“combatente inimigo”].⁴³

Essa lei excepcional retirou dos prisioneiros da Guerra ao Terror do presidente George W. Bush direitos que eram comumente assegurados aos prisioneiros de guerra pela Convenção de Genebra. Com isso, ficaram impossibilitados de recorrer às cortes americanas, sendo-lhes negado o direito de impetrar *habeas corpus* por conta de uma construção jurídica abominável. Ainda que estivessem obviamente sob a jurisdição *de fato* dos Estados Unidos, a United States District Court for the District of Columbia havia decidido que a base naval de Guantánamo Bay era uma zona isenta de jurisdição.

Os prisioneiros de Guantánamo Bay ficaram então literalmente no limbo. Não podiam recorrer à Justiça americana, porque os tribunais daquele País entendiam que os Estados Unidos não tinham jurisdição sobre a base naval em que se encontravam detidos. Mesmo levando-se em conta o fato de Guantánamo estar encravado em território cubano, não podiam recorrer à Justiça cubana, por questões que dispensam comentários. A situação foi se arrastando até que Lakhdar Boumediene, um prisioneiro de origem bósnia, conseguiu levar o seu caso até a Suprema Corte dos Estados Unidos, que considerou inconstitucional as disposições da MCA que vedavam o exercício do direito de impetrar um *habeas corpus*.⁴⁴ O juiz ANTHONY KENNEDY sintetizou bem a questão, ao afirmar que

We have no reason to believe an order from a federal court would be disobeyed at Guantanamo. No Cuban court has jurisdiction to hear these petitioners' claims, and no law other than the laws of the United States applies at the naval station.

[Nós não temos nenhuma razão para acreditar que uma ordem de um tribunal federal seria desobedecida em Guantánamo. Nenhum tribunal cubano tem competência para ouvir reivindicações destes petionários, e nenhuma lei outra que as leis dos Estados Unidos se aplicam na estação naval.]⁴⁵

KENNEDY lembrou que a Suprema Corte já decidira no caso Rasul⁴⁶ que era óbvio e incontestável que os Estados Unidos mantinham a soberania *de fato* sobre a base naval de Guantánamo. Mas talvez a mais emblemática citação tenha saído da petição de intervenção, como *amicus curiae*, da American Bar Association, para a qual a exclusão da proteção do *habeas corpus* sob o argumento de que Guantánamo não é um território soberano,

(...) would permit the creation of a law-free zone where individuals could be deprived of their liberty without adequate judicial review. This is incompatible with the rule of law.

[...] permitiria a criação de uma zona sem lei, onde os indivíduos poderiam ser privados de sua liberdade sem o controle judicial adequado. Isso é incompatível com o Estado de Direito.]⁴⁷

⁴³ LUCHETE, Felipe. Embaixada do Brasil em La Paz adapta espaço para senador boliviano. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 3 set. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/1147463-embaixada-do-brasil-em-la-paz-adapta-espaco-para-senador-boliviano.shtml>>. Acesso em: 7 mai. 2013.

⁴⁴ Boumediene v. Bush, 128 S. Ct. 2229, 2240 (2008).

⁴⁵ Boumediene v. Bush, Opinion of the Court, p. 21.

⁴⁶ Rasul v. Bush, 542 U.S. 466, 481 (2004).

⁴⁷ Boumediene v. Bush, Brief Amicus Curiae of the American Bar Association in Support of Petitioners, p. 6.

7. Jurisdição extraterritorial

Trazendo esses interessantíssimos precedentes do cabimento de *habeas corpus* extraterritorial para o nosso caso, não há qualquer justificativa em deixar o senador Pinto preso em uma armadilha jurídica, deixando-o ao Deus dar, como por algum tempo ficaram os prisioneiros de Guantánamo antes que a Suprema Corte dos Estados Unidos entrasse em cena. É inexorável a constatação de que o senador – particularmente depois da concessão do asilo político – está sob a égide da jurisdição brasileira.

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO definem jurisdição como

(...) uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.⁴⁸

Por essa razão, por estar sob a jurisdição do Brasil, este Supremo Tribunal Federal, como a *longa manus* do Estado, tem a obrigação de encontrar uma solução justa para o conflito ora submetido à apreciação. É uma simples decorrência da aplicação do *princípio da indeclinabilidade* da jurisdição, cujos fundamentos nos foram ensinados logo nas primeiras aulas dos nossos cursos de Direito.

Ainda que o artigo 2º da Lei nº 8.617, de 4 de janeiro de 1993, no tocante à soberania, não se refira às embaixadas, não seria incorreto dizer que o Brasil detém, reprimando o exemplo de Guantánamo, a soberania *de fato* sobre estas pequenas parcelas de território. PAULO BONAVIDES, para explicar a teoria da extraterritorialidade, nos lembra que coisa existe que esteja situada no território de um Estado, mas que seja

(...) de direito considerada como se estivesse situada no território de outro Estado.⁴⁹

É o caso das Missões Diplomáticas do Brasil, embora haja quem sustente que as embaixadas são extensões do território nacional. Esta não é, entretanto, a posição dominante, o que é de somenos importância, uma vez que a discussão sobre se pertencem ou não as embaixadas ao território do estado que representam perde toda a relevância, no caso em comento, na medida em que, como lembram LUIZ LENIO STRECK e JOSÉ LUIS BOLZAN

O território de embaixadas e representações diplomáticas em geral também estão sob a jurisdição dos Estados que representam.⁵⁰

A bem dizer, no nosso caso, a discussão ainda é mais singela, pois passa ao largo da noção de território. A única questão que está em debate aqui e que já foi suficientemente respondida é se o senador Roger Pinto Molina está ou não baixo à jurisdição brasileira, cabendo aqui um parêntesis para mencionar que a legislação penal brasileira contempla a possibilidade da jurisdição ser exercida fora do território brasileiro. De fato, o artigo 7º do Código Penal disciplina os casos de aplicação da lei brasileira a crimes cometidos no estrangeiro.

⁴⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 19 ed., 2003, p. 131.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁵⁰ STRECK, Luiz Lenio; BOLZAN, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral Estado*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Fiz esse comentário, porque é oportuno neste momento fazer uma comparação: se a jurisdição brasileira se estende inequivocamente a alguém que fora do território nacional atente contra a vida ou a liberdade do Presidente da República (artigo 7º, I, *a*, do Código Penal), como não haveria de se estender a alguém que detém a condição de asilado e que se encontra no interior de Missão Diplomática do Brasil? Para encerrar de vez a questão, para que nenhuma dúvida reste no sentido de que a jurisdição brasileira se estende a pessoas em tais circunstâncias, recorro mais uma vez à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo artigo 1 é taxativo:

Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a **toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição**, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. [Grifei]

8. O direito à liberdade pessoal no Pacto de San José da Costa Rica

O artigo 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – ou Pacto de San José da Costa Rica – trata do “Direito à liberdade pessoal”. Adotando um princípio que havia sido externado no artigo III da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o inciso 1 do citado dispositivo da Convenção assevera que

Toda pessoa tem direito à liberdade e a segurança pessoais.

Porém, é o inciso 6 do mesmo artigo 7 que faz referência ao *habeas corpus*:

Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

A propósito da posição hierárquica da Convenção no ordenamento jurídico Pátrio, vale transcrever parte da ementa do julgamento realizado em 3 de dezembro de 2008, ocasião em que esta Suprema Corte decidiu sobre um dos temas mais relevantes colocados em discussão nos últimos anos, qual seja o do cabimento da prisão civil do depositário infiel:

Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, **estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna**. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. [Grifei]⁵¹

⁵¹ STF, RE 349.703/RS, voto do Rel. Min. GILMAR MENDES, j. em 3 dez. 2008, Plenário, DJe de 5 jun. 2009.

9. O *habeas corpus* e o direito à liberdade de locomoção

Em nenhum momento o presente *habeas corpus* se desvia de seu propósito finalístico de restabelecer a liberdade de locomoção de um cidadão estrangeiro que recebeu asilo do Governo brasileiro e que se encontra indubitavelmente sob a jurisdição do nosso País.

O direito à liberdade de locomoção está expressamente previsto no artigo 5º, XV, da Constituição Federal, para o qual

(...) 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;

É com base nesse dispositivo que se impetra o presente *writ*. O senador Pinto, tendo recebido asilo do Brasil, não pode ser privado pelo abuso de poder omissivo das autoridades brasileiras de entrar livremente no território nacional, não havendo guerra e nem lei que estejam a obstaculizar o exercício do seu direito à livre locomoção.

Para tornar factível o exercício desse direito fundamental, no caso de violência ou coação, a possibilidade de manejar o *habeas corpus* foi explicitada pelo legislador no texto constitucional, algo que só não ocorreu na nossa primeira constituição, a Constituição Imperial de 1824. Segundo o inciso LXVIII, do mesmo artigo 5º:

(...) conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

A legitimidade para um súdito estrangeiro impetrar *habeas corpus* ou para figurar como paciente no *writ*, é inquestionável. Esta Suprema Corte já decidiu que

O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do *habeas corpus*, em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. [Grifei]⁵²

Isto porque

Para que o *habeas corpus* mostre-se adequado, basta alegar-se prática de ato, a alcançar a liberdade de ir e vir do paciente, à margem da ordem jurídica e existir órgão capaz de aferir o merecimento do que decidido. A procedência da causa de pedir pressupõe demonstração do vício.⁵³

Muito se discutiu nos primórdios da teoria brasileira do *habeas corpus* se o instituto dava amparo a todos os direitos fundamentais que estavam relacionados à liberdade individual. A reforma constitucional promovida em 1926 pelo então presidente

⁵² STF, HC 94.016, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 16 set. 2008, DJ de 27 fev. 2009.

⁵³ STF, HC 95.431, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. em 27 abr. 2010, DJ de 14 mai. 2010.

Arthur da Silva Bernardes reduziu o *writ* àqueles casos em que a liberdade de locomoção estivesse em jogo, posição que foi mantida nas Constituições seguintes. Mas, nem por isso o instituto perdeu o seu amplo espectro. Nesse sentido, o *habeas corpus* já foi usado, a meu ver corretamente, até contra atos de particulares, em casos, por exemplo, de internação involuntária em clínicas psiquiátricas.⁵⁴ Serviu, num outro exemplo, de remédio para forçar a colocar um outro *habeas corpus* em pauta, que demorava a ser julgado.⁵⁵ Em inúmeras ocasiões os nossos tribunais entenderam que o remédio heroico é apropriado para transferir um preso para uma instituição penal mais próxima do seu núcleo familiar.

Nada obsta, na medida que a questão está intimamente ligada à liberdade de ir e vir do paciente, que o *habeas corpus* seja usado no presente caso para compelir a autoridade coatora a colocar um veículo diplomático a disposição do senador, para que assim possa deixar o território boliviano e veja restabelecido o seu direito à locomoção.

10. A competência do STF para processar e julgar o presente habeas corpus

Tendo-se em conta que o presente *habeas corpus* extraterritorial é manejado contra ato da Excelentíssima Senhora Presidente da República, não há dúvida quanto à competência desta Suprema Corte para analisar o *writ*, conforme se infere claramente da leitura do artigo 6º, I, *a*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. De acordo com o citado dispositivo, compete ao Plenário do STF processar e julgar originariamente o *habeas corpus*, na parte que nos interessa, “quando for coator ou paciente o Presidente da República”.

11. A questão da não disposição da competência da Presidente da República

Mesmo levando em conta que a política internacional e as relações diplomáticas constituem assuntos da área de competência do Ministério das Relações Exteriores – segundo o artigo 27, XIX, *a* e *b*, da Lei n 10.683, de 28 de maio de 2003 – e ainda tendo em conta que em tese o asilo diplomático pode ser concedido pelo próprio chefe da Missão Diplomática, tais fatos por si só não são suficientes para levar a intuir que, no caso concreto, haveria disposição da competência exclusiva da Presidente da República, delimitada pelo artigo 84, VII, da Constituição, para “manter relações com Estados estrangeiros”. A questão está bem assentada no STF. Senão vejamos:

(...) competência desta Suprema Corte para julgamento do presente *habeas corpus*. Isso porque a competência da expulsão é exclusiva do presidente da República (Lei 6.815/1980, art. 66), com delegação desses poderes ao ministro de Estado da Justiça, a partir do Decreto 3.447/2000 (art. 1º). O fato de o presidente da República delegar ao ministro de Estado da Justiça, mediante ato administrativo por ele próprio assinado, o exercício da competência legal de expulsão de estrangeiro não implica disposição da própria competência.⁵⁶

⁵⁴ STJ, HC 35.301/RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. em 3 ago. 2004, DJ de 13 set. 2004.

⁵⁵ STF, HC 91.041, Rel. p/ o ac. Min. AYRES BRITTO, j. em 5 jun. 2007, DJ de 17 ago. 2007.

⁵⁶ STF, HC 101.528, voto do Rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. em 9 dez. 2010, Plenário, DJe de 22 mar. 2011. (Ver também HC 101.269, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 3 ago. 2010, Primeira Turma, DJe de 20 ago. 2010).

12. Soberania internacional e direitos individuais

Uma decisão favorável no presente *writ* submeteria esta Suprema Corte, no bom sentido, ao escrutínio dos operadores do direito. Haveria aqueles que certamente taxariam o *decisum* como legitimador do inconveniente exercício de *soberania internacional* por parte do Poder Judiciário, assunto que produziu recentemente imenso debate no polêmico caso Cesare Battisti. Seria também criticada, porque olhos mais apressados viriam nela que o Judiciário estaria a “*adotar decisões políticas na esfera internacional*”.⁵⁷

Não consigo ver com tanta clareza, no caso em comento, o STF exercendo soberania internacional caso venha a tomar uma decisão que compila a autoridade coatora a empreender ações no sentido de efetivamente pressionar a Bolívia ou imponha a ela colocar um veículo diplomático à disposição do senador, já que essas são questões que se restringem ao direito interno, ao direito de uma pessoa que está sob a jurisdição extraterritorial brasileira, independentemente do fato dessas questões de alguma forma reverberarem na esfera internacional. Exageros à parte, o Supremo Tribunal Federal não estaria obrigando o Governo brasileiro a declarar guerra à Bolívia; estaria simplesmente dizendo que a Justiça brasileira tem o dever de e o poder para intervir e assim pode e deve conceder uma ordem de *habeas corpus* sempre que este for o remédio para o restabelecimento de uma garantia fundamental que estiver sendo violada.

E é nesse ponto que devemos nos fixar, no papel do Judiciário no restabelecimento de uma garantia fundamental. Então, vamos por um momento admitir que uma decisão concessiva no presente *habeas corpus* fosse sim uma decisão política na esfera internacional, um caso típico de exercício de soberania internacional. Isso não tiraria a legitimidade do STF para intervir, uma vez que a discricionariedade conferida ao Presidente da República não pode ir ao ponto de permitir que direitos individuais previstos na Constituição e nos tratados de direitos humanos firmados pelo Brasil sejam, por omissão voluntária, simplesmente *ignorados* ou, na melhor das hipóteses, *menosprezados* pelo Poder Público.

13. Coação e abuso de poder

A falta de empenho no sentido de prover meios para que o senador possa tentar dar por encerrado o seu confinamento de quase um ano na Embaixada do Brasil em La Paz implica em coação ilegal. É na legislação processual penal que encontramos a hipótese que melhor se aplica ao caso em comento. Para o artigo 648, I, do Código de Processo Penal, a coação – no sentido de coercibilidade – será considerada ilegal quando “*não houver justa causa*”. Nas palavras de OLIVEIRA MACHADO,

Justa causa não pôde ser definida em absoluto. Depende da inteligente e escrupulosa apreciação do juiz...⁵⁸

⁵⁷ STF, Rcl 11.243, Rel. p/ o ac. Min. LUIZ FUX, j. em 8 jun. 2011, Plenário, DJe de 5 out. 2011. As circunstâncias da Reclamação 11.243, que tinha como interessado Cesare Battisti, eram bastante diferentes do caso ora em apreço, já que nela se buscava, como deixou claro o STF, impor a vontade da República Italiana ao chefe de Estado brasileiro.

⁵⁸ MACHADO, Joaquim de Oliveira. *O habeas-corpus no Brasil: recurso popular e protector à liberdade individual*. Rio de Janeiro: Casa dos Editores Proprietários Eduardo & Henrique Laemmert, 1878.

Cabe então a Vossas Excelências dizer se há justa causa para que o senador permaneça confinado por tempo indefinido na Embaixada do Brasil em La Paz. Deve ser ressalvado, no entanto, apenas título de argumentação, que o Itamaraty não pode invocar como justa causa o fato da Bolívia se recusar a conceder um salvo-conduto, simplesmente porque a justa causa não pode ser invocada por meios transversos. Seria como dizer que, num exemplo hipotético, o fato das ruas serem mais violentas que o presídio, configuraria a justa causa para manter presa uma pessoa.

Também, *ad argumentandum*, esse mesmo tipo de raciocínio enviesado não pode ser usado pelo Itamaraty para dizer que o pedido seria juridicamente impossível, na medida em que o senador não estaria privado do seu direito de ir e vir, uma vez que, se quiser, pode sair livremente pela porta da Embaixada. Uma argumentação dessa natureza, caso venha a ser feita, equivaleria a referendar uma ou mais das condenáveis técnicas do discurso que Arthur Schopenhauer tão bem denunciou em seu clássico *Como Vencer um Debate sem Precisar ter Razão*. Ora, se o senador puser os pés na Avenida Arce, onde fica a Embaixada, muito provavelmente será de imediato preso, uma vez que existem ordens de detenção expedidas contra ele, para não mencionar que relatos aparentemente fidedignos dão conta de que a Embaixada estaria sendo constantemente monitorada pelas forças de segurança do Governo boliviano. Seja como for, qualquer argumentação nessa direção, além de casuística, colidiria com o propósito do próprio instituto do asilo político, já que ao conceder o asilo o Governo brasileiro reconheceu que os crimes dos quais o senador é acusado têm natureza política.

Ainda que o exemplo abaixo não trate de um caso de omissão administrativa – do mesmo tipo da que imputamos à Presidente da República –, é relevante trazer à baila a informação de que este Supremo Tribunal Federal decidiu que,

Se estiver presente ilegalidade, o *habeas corpus* é remédio próprio a atacar ato tanto comissivo quanto omissivo (...)⁵⁹

De fato a coação ilegal pode se materializar por omissão do agente, como parece ser o caso. Também o abuso de poder pode ter na omissão o seu elemento caracterizador. No caso concreto, importa saber se, no exercício da delegação que lhe foi dada pela Presidente da República, o Ministro das Relações Exteriores cumpriu com as obrigações impostas pela Constituição e pelas leis do País. Em outras palavras, a questão é saber se o Itamaraty, ao prolongar burocraticamente as negociações com a Bolívia, sem tomar uma atitude efetiva que pudesse levar à solução do problema, se desviou do curso da lei.

O ministro Antonio Patriota e, por extensão, a presidente Dilma Rousseff não estavam vinculados a um prazo pré-estabelecido em lei para pôr fim ao problema diplomático gerado pela negativa do Governo Evo Morales de conceder um salvo-conduto. Mas isso não quer dizer que não estivessem obrigados a fazer todos os esforços para que a importante questão de direitos humanos que tinham e têm pela frente fosse resolvida no lapso temporal que a doutrina convencionou chamar *prazo razoável*.

É na doutrina processual penal que busco a definição de prazo razoável. Para GIORGIS, o magistrado deverá atribuir à expressão um conceito valorativo – no campo ético ou moral, por exemplo –, cuja delimitação deverá ser feita no momento em que for

⁵⁹ STF, HC 95.563, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. em 23 jun. 2009, DJEde de 21 ago. 2009.

julgar o caso que foi submetido ao seu apreço.⁶⁰ E nada impede que o juiz venha a fixar, no caso posto à sua apreciação, um prazo que considerar razoável para que uma determinada providência seja tomada.⁶¹

Como destaquei em outro momento – lembrando sempre que, fazendo minhas as palavras de CANÇADO TRINDADE, a limitação ao voluntarismo estatal deve prevalecer nos “*casos de direitos humanos*” – o Brasil poderia, por exemplo, ter buscado socorro no Conselho Permanente da OEA ou se valer do Pacto de Bogotá, fazendo uso de algum dos processos pacíficos para solução de controvérsias ali previstos que fosse compatível com a importante questão de violação de garantias fundamentais que tinha de enfrentar. Nas observações registradas pelo então Secretário-Geral da OEA, Doutor ALBERTO LLERAS, no ano em que o Convenção veio à lume,

(...) o Tratado prevê um sistema lógico de medidas pacíficas entre as quais os Estados podem optar, mas se sua aplicação não for suficiente e a fase de conciliação fracassar e se as partes não se puserem de acordo para submeter a questão à arbitragem, qualquer delas terá direito a recorrer à Corte Internacional de Justiça, cuja jurisdição ficará, obrigatoriamente, aberta, conforme o inciso 2 do artigo 36 de seu Estatuto. A medida, que parece dramaticamente radical, não é mais do que a consequência lógica da declaração reiterada dos Estados americanos de sua disposição de resolver todo conflito por procedimentos pacíficos.⁶²

O Ministro de Estado das Relações Exteriores – e por extensão a Presidente da República – tinha claramente um poder-dever de agir, principalmente levando-se em conta ser este um caso típico de violação de direitos individuais garantidos pela nossa Constituição e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos.⁶³ Deveria o Itamaraty ter atuado com determinação para tentar chegar a um acordo com a Bolívia. E se não conseguisse entabular esse acordo num prazo razoável, a solução mais sensata dentre as poucas opções disponíveis seria perguntar ao senador se está disposto a entrar em um veículo da Missão Diplomática e partir em direção a uma das fronteiras do Estado boliviano.

É claro que essa estratégia comportaria riscos, mas a quem cabe decidir se está disposto ou não a corrê-los – e desde já informo a este Tribunal que o que não falta é disposição para tanto – é o próprio senador. Trata-se, em que pesem os riscos envolvidos, de uma opção indubitavelmente melhor do que a de ficar confinado sem um horizonte de tempo e um horizonte de fato, num espaço de 20 m², não podendo receber visitas, nem dar entrevistas⁶⁴ e precisando fazer um requerimento por escrito sempre que precisar ver um médico.

⁶⁰ GIORGIS, José Carlos Teixeira. O Prazo razoável como conceito indeterminado no Processo Penal. In: JÚNIOR FAYET, Ney; WEDY, Miguel Tedesco (org.). *Estudos Críticos de Direito e Processo Penal: em homenagem ao Des. Garibaldi Almeida Wedy*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 119.

⁶¹ Um posicionamento bastante interessante foi tomado pelo STJ no caso da demarcação das terras dos índios Guarani. O Tribunal entendeu, confirmando o aresto atacado, que é possível a fixação de prazo pelo Poder Judiciário para que a Administração cumpra obrigação de fazer – naquele caso, proceder a demarcação em vinte e quatro meses (STJ, REsp 1.114.012/SC, Rel. Min. DENISE ARRUDA, j. em 10 nov. 2009, DJe de 1 dez. 2009).

⁶² Organização dos Estados Americanos. *Anais da Organização dos Estados Americanos*. v. I. n. 1. Washington, 3 nov. 1948. p. 48.

⁶³ Se não levarmos em conta o fato do presente caso remeter-nos à discussão de violação de direitos individuais, o que em princípio deveria exigir mais pressa, o artigo XXV do Pacto de Bogotá nos dá uma pista do que teria sido um prazo razoável para a tentativa de acordo: 6 meses.

⁶⁴ RIDDHI, Dasgupta. *Boumediene v. Bush and Extraterritorial Habeas Corpus in Wartime*. *Hastings Constitutional Law Quarterly*. v. 36: 3. San Francisco, 2009. p. 425-456.

Um desses riscos é as autoridades bolivianas optarem por bloquear o veículo ou mesmo retirar à força o senador do veículo. Mas em ambos os casos isso seria uma agressão ao Estado brasileiro, tão grave quanto retirar o senador à força da própria Embaixada. A solução de colocar o senador Pinto em um veículo que conta com a proteção da Convenção de Viena pode parecer uma solução extrema, eu sei, mas dada a demora e a falta de empenho do Itamaraty em resolver o caso essa passa a ser uma solução plausível. De qualquer forma, parece ser um risco mais palatável do que o de quebrar o recorde do cardeal húngaro József Mindszenty, que, durante a Guerra Fria, passou quinze anos enclausurado na Embaixada dos Estados Unidos em Budapeste.

Se o confinamento se prolongar indefinidamente, estar-se-ia legitimando a possibilidade de uma pessoa submetida à jurisdição brasileira ficar retida perpetuamente, sem julgamento e sem pena. Isso num País em que mesmo os loucos já se livraram do sacrilégio, do horror, das internações de longa permanência. O simples fato de existir essa possibilidade – da retenção prolongar-se indefinidamente – justifica a concessão da ordem de *habeas corpus*.

É a possibilidade de ver seus nacionais ilegal e indefinidamente retidos no exterior que faz com que certas nações cheguem ao extremo de deflagrar operações militares de resgate. Foi o que, por exemplo, fez os Estados Unidos na crise dos reféns no Irã. Obviamente não estou aqui tecendo loas para esse tipo de ação. Trouxe o exemplo apenas para demonstrar que determinados países não se sentem à vontade com joguetes. O que a Bolívia vem fazendo é uma provocação e o Brasil não está respondendo a altura dessa provocação. É claro que o Brasil não precisa, como já disse em outra passagem, declarar guerra à Bolívia ou resgatar militarmente o senador. Nem precisa colocar o avião presidencial a sua disposição, como fez Lula em relação a Lucio Gutiérrez. O Brasil precisa apenas endurecer o discurso, passando a se portar a altura da situação.

Faz-se necessário encontrar urgentemente uma solução diplomática para o caso do senador Roger Pinto Molina. Na ausência de uma ação efetiva do Itamaraty num prazo razoável, o fato de garantias fundamentais protegidas pela nossa Constituição e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos terem sido e continuarem a ser violadas por si só justifica a intervenção deste Supremo Tribunal Federal.

A discricionariedade garantida ao Executivo para tratar dos temas de relações exteriores não pode ser ilimitada ao ponto de arruinar direitos individuais previstos na lei e, pior, na Carta Magna. O senador não pode continuar no estado de indefinição e incerteza que se encontra, no mesmo tipo de limbo que se encontravam os prisioneiros de Guantánamo antes que a Suprema Corte dos Estados Unidos lhes reconhecesse o direito de impetrar um *habeas corpus*.

14. Discricionariedade e controle da discricionariedade pelo Judiciário

A decisão de usar este ou aquele caminho para lidar com o caso do senador Pinto deve estar submetida única e exclusivamente ao arbítrio do Ministro de Estado das Relações Exteriores ou da Presidente da República?

A resposta é não. BANDEIRA DE MELLO lembra que,

(...) embora seja comum falar-se em 'ato discricionário', a expressão deve ser recebida apenas como uma maneira elíptica de dizer 'ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou compõem'.⁶⁵

Nas palavras do professor e procurador da República JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA, autor de excelente trabalho⁶⁶ no qual me socorrerei daqui em diante,⁶⁷

(...) a margem de estimativa subjetiva quanto à oportunidade, conveniência, forma, e conteúdo do provimento administrativo será delimitada pela conformação objetiva da realidade que justifica a sua emanção, na medida adequada, necessária e proporcional à proteção do bem jurídico posto à cura administrativa. Em outras palavras, haverá casos em que aquela liberdade de decisão se transformará em dever de adoção ou não de certa conduta, tendo em conta todos os princípios aplicáveis ao exercício da função administrativa *in concreto*.

É que, acolhendo a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, "a discricionariedade existe, por definição, única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público alvejado pela lei aplicanda"⁶⁸, em integral obediência ao regime jurídico-administrativo.

Essa *margem de estimativa* deve ser mais estreita, imagino – e CANÇADO TRINDADE, como vimos, o diz expressamente –, quando estiverem em jogo direitos individuais garantidos na Constituição. Ao meu ver esta Suprema Corte pensa exatamente da mesma maneira. Assim,

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, 'Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976', p. 207, item n. 05, 1987, Alameda, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, **vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional**, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [Grifei]⁶⁹

Interessantíssima a construção de que haveria em determinados casos, tese com a qual estou inteiramente de acordo, um afunilamento do grau de liberdade inicialmente conferido ao administrador em abstrato pela norma:

(...) O grau de liberdade inicialmente conferido em abstrato pela norma pode afunilar-se diante do caso concreto, ou até mesmo desaparecer, de modo que o ato adminis-

⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 18.

⁶⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Discricionariedade e razoabilidade**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP. São Paulo, 2008. 54 p.

⁶⁷ OLIVEIRA, Op. cit., p. 10.

⁶⁸ Apud BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 254.

⁶⁹ STF, ADPF 45, Rel. Min. CELSO DE MELLO, decisão monocrática em 29 abr. 2004, DJ de 4 mai. 2004.

trativo, que inicialmente demandaria um juízo discricionário, pode se reverter em ato cuja atuação do administrador esteja vinculada. Neste caso, a interferência do Poder Judiciário não resultará em ofensa ao princípio da separação dos Poderes, mas restauração da ordem jurídica.⁷⁰

PIMENTA OLIVEIRA destaca que a *razoabilidade*, como “*elemento de controle da legalidade*”,⁷¹ vem recebendo da doutrina e jurisprudência, sobretudo estrangeiras, grande desenvolvimento teórico, mas ainda é pouco utilizada no controle jurisdicional do ato discricionário no direito Pátrio. O exemplo colhido pelo autor na doutrina de direito público da Alemanha é particularmente interessante:⁷²

Somente no quadro do Estado de Direito, em cujo seio a ordem jurídica, por um lado, assegura direitos fundamentais aos cidadãos, e, por outro, delimita rigorosamente o exercício das funções estatais, justifica-se a exigência de que a atuação administrativa discricionária é legítima quando se revelar necessária, adequada e proporcional à realização da atividade, cuja tutela é imposta pelo Direito. Daí porque não há “poder discricionário livre, mas somente um poder discricionário exercido em conformidade com os deveres da função”⁷³

Para a doutrina publicista alemã, a proporcionalidade demanda a investigação de três elementos: a adequação, a necessidade e a “proporcionalidade em sentido estrito”. Restringindo-se ao direito administrativo, a adequação significa que a medida restritiva deve revestir-se de idoneidade para a realização da finalidade a que a regra de competência serve. Verifica-se na situação concreta se o meio utilizado tem aptidão jurídica para alcançar, adequadamente, o resultado pretendido. Em outras palavras, verifica-se, em primeiro lugar, se o conteúdo do provimento administrativo mantém relação com o atendimento do fim.

Todavia, não basta a adequação, reclama-se a necessidade ou exigibilidade da conduta administrativa, que sustenta sua adoção como indispensável à tutela do bem jurídico posto à guarda da Administração, que não tem outro meio menos oneroso para definir o conteúdo da medida restritiva da esfera jurídica de outrem. Em face da margem de decisão ou eleição observável a nível de sistema positivo, examina-se se a realidade permite a adoção de medida dotada de menor restrição que se revele, concomitantemente, meio de similar ou maior idoneidade para o atendimento da finalidade.

A última fase do controle da legitimidade da atuação discricionária, assentes sua adequação e necessidade, passa pela sua “proporcionalidade em sentido estrito”, isto é, pela verificação da justa medida da prescrição veiculada no ato administrativo. É que, mesmo inexistindo outro meio menos gravoso, o exercício da competência pode-se ir além ou aquém da proporção exigida para dar cabal cumprimento ao dever da Administração.

Hartmut Maurer, tratando dos diferentes vícios que afetam o exercício do poder discricionário – transgressão dos limites assinalados, não-utilização ou subutilização do referido poder, exercício defeituoso ou abuso do poder – enquadra a obediência à proporcionalidade na “violação de direitos fundamentais e dos princípios gerais do direito administrativo (...), que constituem limites objetivos ao seu exercício”, podendo-se nela assentar uma hipótese “de redução ou de atrofia do poder discricionário”, em

⁷⁰ STJ, REsp 879.188/RS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, j. em 21 mai. 2009, DJe de 2 jun. 2009.

⁷¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Op. cit., p. 14.

⁷² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Op. cit., p. 17-18.

⁷³ Apud MAURER, Hartmut. *Droit Administratif Allemand*. Paris: L.G.D.J., 1994.

que a Administração está obrigada a “escolher” a única decisão que lhe resta em razão das circunstâncias concretas⁷⁴.

Em suma, a atuação do administrador, para ser reputada como legítima, deverá passar pelo crivo da *razoabilidade*. E é nesse sentido que devemos, coisa que não é fácil, tentar buscar uma definição para o vocábulo.⁷⁵

Não há como esgotar numa definição o conteúdo da razoabilidade, o que não lhe retira a densidade significativa necessária para operar sua positivação, como elemento vinculante da atuação administrativa. Há um padrão de “conduta razoável” para cada atuação discricionária da Administração. É que a razoabilidade responde à tendência no direito administrativo de configurar materialmente a noção de competência, emergente tão-somente com a compostura que lhe der o caso concreto. Logo, somente perante a fisionomia objetiva deste é possível examinar se a atividade administrativa, a título de perseguir o interesse público concreto, afasta-se do *standard* de razoabilidade imposto pelo direito positivo.

Assim, podemos apenas pontuar o seu conteúdo, como o faz o jurista espanhol M. Atienza, para quem uma decisão é razoável “quando aparece devidamente justificada”, “quando se sustenta em razões” (nas “razões do Direito”), “quando esteja precedida de argumentação que a fundamente”, de modo que “se possa comprovar que a solução dada é conseqüência de uma exegese racional do ordenamento e não o fruto da arbitrariedade”, quando “responde a uma determinada interpretação do Direito”, “quando logra um equilíbrio ótimo entre as distintas exigências que são postas na decisão”, ou “quando obtém um máximo de consenso”.⁷⁶

Conquanto não se consiga esgotar objetiva e positivamente a significação do conceito da razoabilidade, esta não deixará de ser aferida objetivamente, porquanto o Administrador não está autorizado a defini-la com critérios pessoais. O exercício da discricção, quer resultante do suposto normativo, quer do conseqüente, quer da finalidade, exige que o agir administrativo sopesse as circunstâncias a lume de critérios objetivos recolhidos no direito positivo. O sistema oferece os parâmetros para verificar a existência de relação objetiva entre os pressupostos e o conteúdo do ato no cumprimento do “dever discricionário”.

Dependendo do caso concreto, a razoabilidade pode ou não se converter em fonte positiva e legitimadora da única solução a ser adotada. Em regra, “o juízo de razoabilidade não pode ser por definição um juízo de otimização da medida”⁷⁷, pois dentro do seu marco (zona de incerteza) todas as soluções “são válidas, porque todas são objetivamente não arbitrarias. (...) Se um e outro se identificassem, acarretaria um controle valorativo dos atos do poder”.⁷⁸ Em outros termos, utilizados os critérios objetivos no sistema para o exercício da discricção, quando a compostura da situação concreta permitir a adoção de mais de uma providência, a eleita pela Administração é, de direito, dotada de legitimidade.

⁷⁴ Apud BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 254.

⁷⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Op. cit., p. 31-33.

⁷⁶ Apud ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho*. (Apud FERNANDES, Tomás Ramon. *De la Arbitrariedad de la Administración*. Madri: Civitas, 1997. p. 221-222).

⁷⁷ Apud PERERA, Angel Carrasco. *El “Juicio de Razonabilidad” en la Justicia Constitucional*. In *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, mai.-ago. 1984, ano 4, n. 11, p. 53.

⁷⁸ Apud PERERA, Angel Carrasco. Op. cit., loc. cit.

E mais:⁷⁹

A outorga legal de discricção não retira, mas ao contrário intensifica o dever da Administração agir de forma razoável, inerente ao propósito legal de deixar uma margem de liberdade para a ótima satisfação do interesse público nos casos concretos que justificam o uso da competência.

Não se pode mais considerar a discricção como um "bastião irredutível"⁸⁰ que resguarda um espaço de arbitrariedade, por conseguinte, intocável por parte de uma jurisdição independente, elemento fundamental da estrutura de um Estado de Direito. De "irredutível" nada tem, posto que limitada na sua existência legal ao que estabelece o sistema para o *quantum* necessário e suficiente ao cumprimento da função. Somente destoando de seus parâmetros legais de adequação, de necessidade e de proporcionalidade, a "liberdade" transforma-se em arbitrariedade, antítese da discricção.

Caberá, por conseguinte, à jurisdição afirmar que a Administração, ao sopesar as circunstâncias concretas (os motivos), decidindo pela emanação de certa prescrição jurídica (o conteúdo), manteve-se serviente às finalidades postas à sua cura, por ter obedecido o *standard* de razoabilidade inerente ao juízo de ponderação que, objetivamente, é idôneo para desincumbir-se do seu dever.

O juiz não poderá substituir pela própria a decisão administrativa que permanecer dentro da zona de incerteza do conceito, mesmo que igualmente admissível e razoável, por dever respeito à titularidade assegurada pelo direito à Administração, e não se ter concretizada ofensa ao sistema jurídico, já que a atividade administrativa permaneceu nos "limites de significação objetivamente desentranháveis da norma legal"⁸¹.

Alertando para o risco dessa substituição, afirma Perera que "os problemas do juízo de razoabilidade radicam quase exclusivamente na possibilidade de manter-se um conceito de razoabilidade que não esconda um juízo subjacente a respeito da 'correção' valorativa da medida".⁸² Dentro de seu limite positivado, não há como 'corrigir' (invalidar) a decisão administrativa razoável.

(...) Posta a decisão na zona de certeza negativa, o juiz deverá afirmar a invalidade do ato administrativo, pois o critério ou opção do administrador configuram-se "logicamente insustentáveis, desarrazoados, manifestamente impróprios ante o plexo de circunstâncias reais envolvidas, resultando por isso na eleição da providência desencontrada com a finalidade legal a que o ato deveria servir".⁸³

É nesse ponto que me afasto da teoria e me ateno novamente ao caso concreto. O problema é saber se o Ministro das Relações Exteriores se manteve dentro da *zona de incerteza*, ao optar por dar um encaminhamento puramente burocrático à questão que envolve o senador Pinto. É óbvio que não. Nem é preciso gastar mais palavras. Salta aos olhos no decorrer da leitura da presente peça, Excelências, que a fronteira da zona da incerteza foi em muito ultrapassada, na medida que, ao não adotar medidas firmes de pressão em relação à Bolívia, o nosso chanceler – e por extensão a Presidente da República – aca-

⁷⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Op. cit., p. 44-46.

⁸⁰ Apud QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A teoria do desvio de poder em direito administrativo*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV. v. 6. p. 43. A expressão foi inspirada originalmente no administrativista austriaco FRIEDRICH TEZNER.

⁸¹ Apud BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 567.

⁸² Apud PERERA, Angel Carrasco. Op. cit., p. 57.

⁸³ Apud BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Controle Judicial dos Atos Administrativos*. In Revista de Direito Público. São Paulo, jan.-mar. 1983, ano 4, Rcl 11.243n. XVI, p. 37.

bou fazendo pouco caso de um direito fundamental do ora paciente: o direito à liberdade.⁸⁴ E aí cabe a intervenção do Poder Judiciário, uma vez que,⁸⁵

Leciona, com propriedade, Chaïm Perelman que "todo poder legalmente instituído é conferido em vista de certa finalidade: o detentor deste direito tem um poder de apreciação quanto à maneira que o exerce. Mas nenhum direito pode ser exercido de forma irrazoável, pois o irrazoável não é direito".

E talvez o que seja a pedra de toque para testar a aplicação do conceito:⁸⁶

(...) "a idéia do irrazoável, vaga mas indispensável, não pode ser determinada independentemente do meio e daquilo que neste se considere como inaceitável"⁸⁷.

E de fato é inaceitável que, mais uma vez recordando CANÇADO TRINDADE⁸⁸, que o caso de direitos humanos do senador Roger Pinto Molina receba o tratamento que vem recebendo por parte da diplomacia brasileira. O Presidente da República tem liberdade sim de agir, porém tal liberdade, por óbvio, não pode chegar ao ponto de violar disposições dos tratados internacionais celebrados pelo Brasil. Não foi o que ocorreu no caso. Por tudo o que se viu, ficou claro que a falta de empenho em buscar uma solução rápida para o problema do senador Pinto afrontou o direito deste à liberdade pessoal consagrado no artigo 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. E, nesse particular, por vez última resolvo pinçar um texto da Reclamação 11.243, julgada por esta Corte, já que o excerto se encaixa como uma luva no caso do nosso senador:

(...) O respeito aos direitos humanos deve constituir vetor interpretativo a orientar o Supremo Tribunal Federal nos processos de extradição passiva. Cabe advertir que o dever de cooperação internacional na repressão às infrações penais comuns **não exime o Supremo Tribunal Federal de velar pela intangibilidade dos direitos básicos da pessoa humana, fazendo prevalecer, sempre, as prerrogativas fundamentais do extraditando, que ostenta a condição indisponível de sujeito de direitos**, impedindo, desse modo, que o súdito estrangeiro venha a ser entregue a um Estado cujo ordenamento jurídico não se revele capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, a garantia plena de um julgamento imparcial, justo, regular e independente (*fair trial*), com todas as prerrogativas inerentes à cláusula do *due process of law*. [Grifei]⁸⁹

15. Comentários finais

Não faz sentido deixar no limbo uma pessoa que se encontra sob o manto da jurisdição brasileira, impedindo-a de exercitar um dos mais elementares direitos garantidos na nossa Constituição Cidadã: o direito à liberdade de locomoção. Essa é a verdade que extravasa do presente caso.

⁸⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Op. cit., p. 44-46.

⁸⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Op. cit., p. 29-30.

⁸⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Op. cit., p. 29-30.

⁸⁷ Apud PERELMAN, Chaïm. **Le Raisonnable et Le Déraisonnable en Droit: Au-delà du positivisme juridique**. Paris: L.G.D.J., 1984. p. 19.

⁸⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Op. cit., v. II, loc. cit.

⁸⁹ STF, Rel 11.243 (fazendo referência à Ext 811/República do Peru, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 4 set. 2002, Plenário, DJe de 28 fev. 2003).

Mas, Excelências, se por acaso me tiverem faltado o conhecimento e a argumentação necessários para demonstrar como pude chegar a essa verdade – embora talvez o mais certo seja partir dela para encontrar a solução para o problema –, nem por isso ignorem a sua existência, tomando-a como falsa. Deem um passo adiante e participem da construção de tais argumentos. Busquem inspiração se for preciso, Senhores Ministros, na filosofia muçulmana andaluz de AVERRÓIS:

Quien haya elegido buscar la verdad, y considere que una teoría es reprehensible, y no encuentre premisas plausibles que despejen sus dudas, no deberá creer por ello que dicha teoría es falsa. Por el contrario, deberá preguntarse por el camino que condujo a sus defensores hasta ella, y emplear en esto cuanto tiempo y orden sistemático exija la naturaleza de dicha teoría.⁹⁰

Seja como for, confio plenamente que Vossas Excelências oferecerão o melhor julgamento ao presente caso e que aqui teremos sim uma *landmark court decision*. Por isso, pouca ou nenhuma preocupação me dá o alerta de PIERO CALAMANDREI:

O risco das causas costuma estar neste antagonismo: entre o juiz lógico e o juiz sensível; entre o juiz consequencial e o juiz precursor; entre o juiz que para não cometer uma injustiça está disposto a se rebelar contra a tirania da jurisprudência e o juiz que, para salvar a jurisprudência, está disposto a deixar esmagar nas inexoráveis engrenagens da sua lógica um homem vivo.⁹¹

De qualquer forma, Senhores Ministros, não custa lembrá-los que, confinado num edifício de concreto e vidro erguido na cidade de Nossa Senhora de La Paz, privado há quase um ano do mais frugal prazer concedido ao mais humilde pacenho – o de ver os últimos raios de sol do dia refletindo no majestoso Illimani –, vive e morre um pouco a cada dia um homem.

16. O pedido

Ante tudo o que aqui se expôs e dadas as circunstancias particulares do presente caso, requer o impetrante seja deferida a ordem constitucional de habeas corpus – cabendo a este Supremo Tribunal Federal, dentre as que abaixo se relacionam, contemplar a solução que reputar mais justa para a efetiva prestação jurisdicional – para,

a) determinar que a autoridade dita coatora seja compelida a colocar a disposição do paciente no prazo de trinta dias, contado da intimação do deferimento da ordem de *habeas corpus* e independentemente da concessão de salvo conduto e das garantias de praxe por parte das autoridades bolivianas, um veículo do Corpo Diplomático acreditado junto ao Governo da Bolívia, para que o paciente possa deixar o território boliviano e ver restabelecida sua liberdade de locomoção;

⁹⁰ YABRI, Mohamed Ábed. *El legado filosófico árabe*: Alfarabi, Avicena, Avempace, Averroes, Abenjaldún. 2 ed. Madri: Trotta, 2006. p. 303. A citação foi originalmente extraída da obra *Tahafut al-Tahafut*, sem edição em língua portuguesa, e que aqui é conhecida como *A refutação da refutação* ou então como *A incoerência da incoerência*.

⁹¹ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, visto por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 185.

b) no caso de Vossas Excelências não considerarem factível o pedido de letra *a*, determinar que a autoridade dita coatora seja desde já compelida a colocar o veículo diplomático de que trata a letra *a* a disposição do paciente num prazo mais dilatado de seis meses, contado da intimação do deferimento da ordem, se nesse prazo não se chegar a uma solução para a controvérsia gerada pela negativa das autoridades bolivianas de conceder o salvo-conduto e as garantias de praxe, ficando obrigada a autoridade coatora, por intermédio da autoridade delegada, a empregar no decorrer desse prazo um dos processos pacíficos para a solução de controvérsias previstos no Pacto de Bogotá ou então recorrer ao Conselho Permanente da OEA;

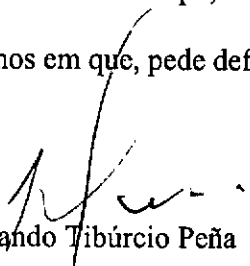
c) no caso de Vossas Excelências não considerarem factível os pedidos de letras *a* e *b*, determinar que a autoridade dita coatora seja desde já compelida a colocar o veículo diplomático de que trata a letra *a* a disposição do paciente num prazo mais dilatado de seis meses, contado da intimação do deferimento da ordem, se nesse prazo não se chegar a uma solução para a controvérsia gerada pela negativa das autoridades bolivianas de conceder o salvo-conduto e as garantias de praxe, sendo facultada a autoridade coatora, por intermédio da autoridade delegada, a continuar a resolver a controvérsia por negociações diretas, através dos trâmites diplomáticos usuais ou pelos meios que reputar conveniente;

d) no caso de Vossas Excelências não considerarem factível os pedidos de letras *a*, *b* e *c*, determinar que a autoridade dita coatora seja tão somente obrigada a tomar a iniciativa de empregar no prazo de trinta dias, contado da intimação do deferimento da ordem, um dos processos pacíficos para a solução de controvérsias previstos no Pacto de Bogotá ou então recorrer ao Conselho Permanente da OEA.

Por produzir desdobramentos no direito de liberdade, à parte do pedido alternativo feito nos parágrafos anteriores, requer que o paciente possa exercer livremente o seu direito de expressão e para tanto possa conceder entrevistas, requerendo mais que possa receber a visita de um médico sem a necessidade de fazer um requerimento escrito,

Requer, mais, entendendo o Senhor Ministro que for designado Relator que a matéria é objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, que a ordem seja concedida de plano, nos termos do artigo 192, *caput*, do Regimento Interno. Não entendo assim, requer seja ouvido o Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República no prazo de dois dias assinalado no § 1º do referido artigo, prazo que se obedecido possibilitará o julgamento do presente *writ* na sessão do Plenário do dia 29 próximo, no dia seguinte ao do que o senador Roger Pinto Molina terá completado um ano de confinamento, requerendo, por fim, que uma vez concedida a ordem, a autoridade coatora seja comunicada da decisão através do meio que dispender menos tempo, em atenção ao artigo 194, *caput*, do Regimento Interno.

Termos em que, pede deferimento.


Fernando Tibúrcio Peña