

Mensagem nº 248

Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal:

Para instruir o julgamento do Habeas Corpus nº 117905, tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência as informações em anexo, elaboradas pela Advocacia-Geral da União.

Brasília, 31 de maio de 2013.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Joaquim Barbosa", is written over a diagonal line. Below the signature, there is a stylized, swooping flourish.

**A Sua Excelência o Senhor
Ministro JOAQUIM BARBOSA
Presidente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

PROCESSO Nº 00400.005733/2013-51

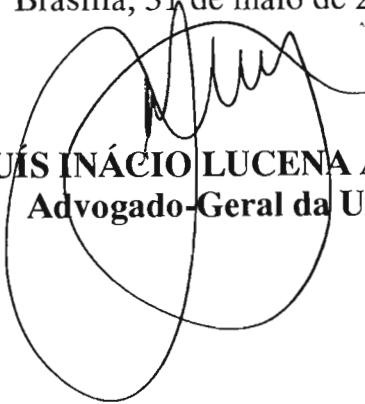
ORIGEM: STF – Ofício nº 2334, de 24 de maio de 2013.

ASSUNTO: Habeas Corpus nº 117.905

Despacho do Advogado-Geral da União

Adoto, para os fins e efeitos do art. 4º, inciso V, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, as anexas INFORMAÇÕES Nº **03** /2013/ASG/CGU/AGU, elaboradas pelo Consultor-Geral União Dr. **ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY**.

Brasília, 31 de maio de 2013.


LUIS INÁCIO LUCENA ADAMS
Advogado-Geral da União



**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

INFORMAÇÕES AG/AGU/CGU nº 03/2013

Processo nº 00400.005733/2013-51

Procedência: Supremo Tribunal Federal

Interessado: Roger Pinto Molina

Assunto: Informações no *Habeas Corpus* nº 117.905

- 1. *Habeas Corpus Extraterritorial.***
- 2. Senador boliviano asilado na Embaixada brasileira de La Paz.**
- 3. Convenção sobre Asilo Diplomático assinada em Caracas a 28 de março de 1954.**
- 4. Não ratificação por parte do Governo da Bolívia.**
- 5. Impossibilidade de constrangimento para confecção e entrega de salvo-conduto.**
- 6. Obrigação impossível.**
- 7. A soberania na ordem internacional contemporânea.**
- 8. Obrigações internacionais.**
- 9. Impossibilidade de aferição de provas na via estreita do *writ*.**
- 10. Necessidade de continuidade de discussões com o Governo da Bolívia.**

Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado Advogado-Geral da União,

I) Introdução e Contornos do problema:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado junto ao Supremo Tribunal Federal por Fernando Tibúrcio Pena, brasileiro, advogado, de Uberlândia, estado de Minas Gerais, em favor de Roger Pinto Molina, boliviano, advogado e senador na República da Bolívia, presentemente asilado na

Embaixada brasileira em La Paz. Cuida-se de assunto de ampla repercussão na imprensa.

II) Características e fundamentos do pedido:

2. O impetrante requer que seja determinada a Excelentíssima Senhora Presidenta da República Federativa do Brasil que disponibilize, no prazo de 30 (trinta) dias, um veículo de Corpo Diplomático acreditado junto ao Governo da Bolívia, para que seja o paciente retirado do território boliviano, restabelecendo-se, de tal modo, sua liberdade de locomoção.
3. O paciente encontra-se asilado na Embaixada brasileira em La Paz, lá permanecendo sob a proteção brasileira. E porque se encontra asilado em Embaixada brasileira invoca que sofre restrições e impedimentos em relação à sua liberdade de locomoção. Como se verá, a invocada limitação da libertação de locomoção é hoje resultado da proteção que o Brasil outorga ao paciente, e não um constrangimento que justifique o uso do *habeas corpus*. Não se vislumbra, na tradição conceitual do *habeas*, o sofrimento ou a iminência de violência, bem como a coação ilegal na liberdade de ir e vir, na dicção do art. 647 do Código de Processo Penal.
4. Alternativamente, o que revela a pouca credulidade na possibilidade jurídica do pedido, requer ampliação de prazo de disponibilidade do veículo, de modo que o seja alargado para seis meses, ao longo do qual deverá a autoridade impetrada valer-se de métodos pacíficos para solução da controvérsia, no contexto do Pacto de Bogotá ou, então, provocar o Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos.

5. Como se demonstrará, não há possibilidade de provocação deste último órgão, bem como, como também se evidenciará, as autoridades brasileiras vêm sistematicamente buscando solução negociada, típica em âmbito de relações diplomáticas¹, e necessária num mundo de convergência, de paz, num contexto de solução pacífica dos conflitos².

6. Concomitantemente, e ainda no contexto do *habeas*, pretende o impetrante que ao paciente seja garantido o mais amplo direito de liberdade de expressão, propiciando-se realização de entrevistas, facilitando-se amplo contato com a imprensa. De igual modo, protesta pela possibilidade do paciente receber cuidados de saúde, mediante visita de médicos, independentemente de requerimento escrito.

7. Como também se alegará, há amplo acesso do paciente a meios midiáticos, bem como a serviços de saúde, decorrendo eventual restrição à concessão de entrevistas ao exato cumprimento de tratado internacional celebrado, ratificado e internalizado pelo Brasil. Ainda que, bem entendido, não seja o *habeas corpus* o procedimento que permita algum tipo de investigação probatória. Insista-se, no mérito, não há violência ou coação ilegal, por parte da autoridade designada de coatora, especialmente à luz das hipóteses de ilegalidade, todas indicadas no art. 648 do Código de Processo Penal³.

8. Ao que consta, trata-se do primeiro *habeas corpus extraterritorial* que se tem notícia na história de nossa jurisprudência. Ainda que, de modo

¹ Conferir, Mongiardim, Maria Regina, *Diplomacia*, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 134 e ss.

² Constituição Federal de 1988, inciso VII do art. 4º.

³ Nomeadamente, quando não houver justa causa, quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei, quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo, quando houver cessado o motivo que autorizou a coação, quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza, quando o processo for manifestamente nulo, quando extinta a punibilidade.

indireto, notícias haveria de dois processos, de feição e interesse absolutamente histórico, que guardam alguma relação com discussão atinente ao regime de competências em dimensão extraterritorial, em âmbito de *habeas corpus*.

9. Refiro-me ao *Habeas Corpus* nº 1.974, julgado em 14 de janeiro de 1903, bem como pelo *Habeas Corpus* nº 2.437, julgado em 11 e 29 de maio de 1907. Em ambos os casos, discutiu-se a possibilidade de membros da Família Real deixarem ou entrarem em território nacional. E ambos estão ligados à Constituição de 1891, especialmente no que se refere à extinção da odiosa pena de banimento.

10. Como se lê na petição inicial, invoca o impetrante que o *habeas corpus* extraterritorial seria *perfeitamente compatível* com nosso modelo jurídico⁴. Esforçou-se por demonstrar, ainda, que seria abusiva a exigência que o paciente requeresse por escrito a presença de um médico, sempre quando sua saúde necessitasse de avaliação. Ainda que a situação atenda à situação prevista no inciso I do art. 189 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, como se demonstrará, o feito deve ser arquivado de início, por força do art. 192 do mesmo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, por força de consolidada jurisprudência relativa à impossibilidade do exame de provas, no rito e procedimento escolhidos.

11. No mesmo tópico, o impetrante alega que o paciente encontra-se proibido de conceder entrevistas, na Embaixada brasileira, onde presentemente se encontra asilado. Deve-se observar essa passagem com muita cautela porquanto, como acima já indicado, eventual limitação ou

⁴ Cf. *Habeas Corpus* nº 117.905-DF, petição inicial, fls. 02.

restrição é resultado direto da aplicabilidade de tratado internacional que nos obriga.

12. Argumenta também o impetrante que haveria alguma inércia por parte de nosso Ministério das Relações Exteriores, *que estaria contrariando tratados internacionais assinados pelo Brasil*⁵, pelo que, como resultado, *o paciente esteja sendo injustamente privado de sua liberdade e que tal inércia implique em abuso do poder, por omissão, por parte da autoridade coatora*⁶. Essa imprecação demandaria exaustivo exame fático das circunstâncias que envolvem o asilo aqui discutido, de impossibilidade procedural em âmbito de *habeas corpus*, de acordo com consolidada jurisprudência de nosso Supremo Tribunal Federal. Defende-se aqui a aplicação do art. 192 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

13. Por fim, argumenta também 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) não é obstáculo para que seja encontrada uma solução prática para o caso, da alçada [do] Supremo Tribunal Federal, que torne factível o exercício, pelo paciente, do seu direito constitucional à liberdade de locomoção*⁷. A solução prática tem sido buscada por nossas autoridades, segundo relata servidor graduado do Ministério das Relações Exteriores, em documento que se reproduzirá parcialmente ao longo do presente expediente.

⁵ Cf. Habeas Corpus nº 117.905-DF, petição inicial, fls. 02.

⁶ Habeas Corpus nº 117.905-DF, petição inicial, fls. 02.

⁷ Habeas Corpus nº 117.905-DF, petição inicial, fls. 02.

14. A petição inicial trata também da trajetória do paciente, sob o título de *um comovente relato*, reproduzindo mensagem de correio eletrônico, que teria como autor o paciente, e como destinatário o impetrante⁸. Faz-se também um resumo biográfico do paciente, com indicação de seus traços pessoais, sob o título de *um breve perfil do senador Roger Pinto Molina*, com especial foco em estado de animosidade que haveria entre o paciente e o Presidente da Bolívia⁹.

15. Há nesse passo uma extensa narrativa fática, estranha ao presente procedimento de *habeas corpus*, que também depende de prova, e que não substancializaria eventual deferimento do *writ*, de acordo com robusta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

16. Há também uma crítica severa à atuação de nosso Ministério das Relações Exteriores, situação na qual, alega o impetrante, estariamos protagonizando *papel ambíguo*¹⁰:

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 sua tradição e, mais importante, em franco desalinho com os tratados internacionais firmados pelo Brasil, sobretudo os tratados em matéria de direitos humanos¹¹.

17. Nesse mesmo passo, o impetrante apresentou longa digressão sobre aspectos supostamente fáticos do caso, com menções a nosso Chanceler bem como ao Embaixador brasileiro que serve na Bolívia. Invocou suposto silêncio que o Brasil manteria em relação ao caso, reconhecendo, no

⁸ Habeas Corpus nº 117.905-DF, petição inicial, fls. 03.

⁹ Habeas Corpus nº 117.905-DF, petição inicial, fls. 08 e ss.

¹⁰ Habeas Corpus nº 117.905-DF, petição inicial, fls. 08.

¹¹ Habeas Corpus nº 117.905-DF, petição inicial, fls. 08.

entanto, que a Bolívia não é país que tenha ratificado a Convenção sobre Asilo Diplomático.

18. São alegações desprovidas de prova ou de fundamentação, que não devem ser conhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, por força de compreensão sedimentada ao longo dos anos, no sentido de que não se trata de matéria probatória na estrita via do *writ*. Há jurisprudência consolidada, o que justifica a aplicação imediata do art. 192 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

19. Insiste o impetrante que o paciente estaria sofrendo inúmeras restrições por parte das autoridades brasileiras, a propósito de eventuais limitações a entrevistas junto à imprensa e a visitas médicas. No entender do impetrante, as autoridades brasileiras teriam obstaculizado entrevista do paciente que seria concedida a cineasta o que, na concepção do autor da peça a qual se reporta, teria havido privação de liberdade sem o devido respeito à dignidade humana¹². Não se contextualizou a questão, e nem se observou que o Brasil cumpre determinação cogente decorrente de tratado internacional.

20. Colhe-se da inicial do *writ* tentativa de comparação do caso presente com os episódios que teriam marcado a presença do hondurenho José Manuel Zelaya Rosales asilado na Embaixada brasileira de Tegucigalpa. Nos termos colocados pelo impetrante, o ex-presidente hondurenho teria montado um *verdadeiro comitê político*, recebendo correligionários, falando com a imprensa, desfrutando do apoio e da simpatia das autoridades brasileiras¹³. A relação analógica também exige ampla

¹² Habeas Corpus nº 117.905-DF, petição inicial, fls. 15.

¹³ Habeas Corpus nº 117.905-DF, petição inicial, fls. 18.

investigação probatória, que não pode ser deduzida em âmbito de *habeas corpus*, de acordo com o que vem recorrentemente decidindo o Supremo Tribunal Federal.

21. O impetrante invoca também discussão em torno de prisioneiros do Governo norte-americano em Cuba (Guantamano) como precedente direto do *habeas corpus extraterritorial* na ordem internacional¹⁴. Nesse mesmo contexto, disserta sobre hipotética jurisdição extraterritorial, com fundamento em não menos hipotética soberania de fato, indicativa de alguma extraterritorialidade, arranjo institucional inexistente na ordem interna e internacional presente.

22. O exemplo colhido na jurisprudência norte-americana em tema de competência extraterritorial é impróprio. De fato, amplio a informação constatando que há também notícias de que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América deferira um *writ of certiorari* que garantiu a oitiva de dois cidadãos norte-americanos: Shawqi Omar (que também detém nacionalidade jordaniana) e Mohammad Munaf (que também é de nacionalidade iraquiana) que estavam detidos no Iraque, e que seriam julgados pelas autoridades iraquianas por suposta prática do crime de terrorismo. Pretendiam ser julgados por autoridades norte-americanas. No mérito, indeferiu-se o pedido dos interessados, por unanimidade.

23. No referido caso, os pacientes insistiam que tinham direito a provimento liminar em *habeas corpus* porque havia expectativa justa de não serem entregues às autoridades iraquianas para julgamento de crimes que supostamente teriam cometido. Lembravam que eram civis, que tinham nacionalidade norte-americana e que eram inocentes. Eram norte-

¹⁴ Habeas Corpus nº 117.905-DF, petição inicial, fls. 15 e ss.



americanos injustamente detidos por autoridades hostis, naquele momento. E queriam se submeter ao julgamento das autoridades norte-americanas.

24. O *habeas* pretendia que se obstaculizasse a transferência dos pacientes para a jurisdição do Iraque. E porque o pedido interferia na soberania iraquiana, que detém competência para julgar crimes cometidos em seu território, não poderia prosperar a tese dos pacientes, no entender da Suprema Corte dos Estados Unidos. De tal modo, não se poderia amparar a pretensão dos pacientes. E foi exatamente o que e como se decidiu.

25. A novidade decorre do fato de que até a mencionada decisão a Suprema Corte dos Estados Unidos não admitia que a justiça norte-americana apreciasse e julgassem questões relativas a prisões nas quais se encontrassem acusados de terrorismo, ou de colaboração com terroristas, a exemplo de Guantámano, em Cuba¹⁵.

26. Isto é, ainda que Guantámano se localize em território cubano, a administração da prisão é do Governo norte-americano. Porém, e é justamente o que interessa para o desate do presente caso, para todos e quaisquer e imaginários efeitos não se pode comparar as instalações de uma penitenciária - - Guantámano - - com uma Embaixada. Fazê-lo, seria desrespeitoso e realisticamente inverossímil.

27. Persiste o problema do alcance da jurisdição da justiça norte-americana ou, num contexto mais amplo, da extensão da jurisdição territorial, a brasileira, inclusive. Em princípio, no caso aqui noticiado,

¹⁵ A jurisprudência e os arranjos institucionais norte-americanos em tema de combate ao terrorismo são estudados, entre outros, por Berman, Morris, *Dark Ages America- The Final Phase of Empire*, New York and London: W. W. Norton & Companny, 2006, pp. 113 e ss.

decidiu-se que o *habeas corpus* poderia ser remédio que se presta nessa situação, de tutela de direito de cidadão norte-americano fora do país.

28. Porém, insista-se, é precedente que não se assemelha ao caso presente, no qual cidadão não brasileiro, asilado em Embaixada brasileira, em seu próprio país, a Bolívia, do qual está proibido de sair, por força de ordens judiciais, pretende *habeas corpus* com vistas a obtenção de veículo que o conduza ao Brasil. E ainda que se dispusesse o veículo ao paciente, a inexistência de salvo-conduto, que não pode ser confeccionado e entregue por nosso Supremo Tribunal Federal, impediria qualquer movimentação, em ruas e rodovias bolivianas. Seria providência inócuia, vazia de sentido, inservível no mundo fático, e que apenas fragilizaria a situação do paciente. Trata-se de ordem que não pode ser dada, justamente porque seu cumprimento em nada aproveita ao paciente.

29. Não há similitudes entre casos norte-americanos e o caso presente, quanto à *racio decidenti* (razão de decidir) ou mesmo no que se refere a qualquer *obiter dictum* (dito de passagem)¹⁶. A Suprema Corte reconheceu apenas que apreciaria o caso. Não se decidiu no mérito; é que não detém os Estados Unidos competência para decidir tema afeto a corte de justiça de outro país.

30. O signatário do *habeas* aqui tratado dissertou ainda a propósito do direito à liberdade pessoal, como consignada no Pacto de San José de Costa Rica, estratégia discursiva que avança com digressões a propósito da posição hierárquica do tratado internacional no planisférico jurídico

¹⁶ O uso do precedente exige identificação de uma mesma *razão de decidir*. Conferir, entre outros, Duxbury, Neil, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, e Gerhardt, Michael J., *The Power of Precedent*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

brasileiro¹⁷. Nesse momento, percebe-se incongruência entre o caso presente e o conjunto normativo que rege o problema, especialmente no que se refere à regra do inciso LXVIII, do art. 5º da Constituição, que faculta o *habeas* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. O Governo brasileiro não ameaça, violenta ou coage o paciente.

31. O impetrante dá continuidade com reflexões com foco no *habeas corpus* e na liberdade de locomoção¹⁸, especialmente no que se refere à competência do Supremo Tribunal Federal para tratar da matéria¹⁹, especialmente porque entende que a Excelentíssima Senhora Presidenta da República seria a autoridade coatora. Na hipótese, prejudicado também o cumprimento do art. 194 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, porquanto não se identifica a autoridade a quem incumbiria cumprir a ordem, dado que o problema encontra-se na confecção e oferecimento de salvo-conduto, e não na proteção ao paciente. A autoridade coatora e o Governo brasileiro, ao contrário do alegado pelo impetrante, protegem o paciente. Se restrições há, estas decorrem da recusa do Governo boliviano em conceder ao paciente o necessário salvo-conduto, sem o qual o interessado não consegue deixar o território do País vizinho.

32. Insiste no papel do Supremo Tribunal Federal, circunstância que parece mitigar o conteúdo político e jurídico da soberania em face da dimensão objetiva dos direitos individuais²⁰, revelando não estar a par do

¹⁷ Habeas Corpus nº 117.905-DF, petição inicial, fls. 18.

¹⁸ Habeas Corpus nº 117.905-DF, petição inicial, fls. 19.

¹⁹ Habeas Corpus nº 117.905-DF, petição inicial, fls. 20.

²⁰ Na expressão do impetrante: (...) 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

papel que nosso Pretório Excelso desempenha na conflitualidade de fundo internacional²¹. No entanto, se há também limites ao Direito Internacional²², há ainda limites para a atuação do Supremo Tribunal Federal, no que se refere a outras jurisdições, a outros territórios e a outros tribunais.

33. No passo seguinte, o impetrante alegar que *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*²³. E com base em opinião centrada em juízo particular sobre os fatos, o impetrante alega:

*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 de Direitos Humanos. 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 indubitablemente melhor do que a de ficar confinado sem um horizonte de tempo e um horizonte de fato, num espaço de 20m², não podendo receber visitas, nem dar entrevistas e precisando fazer um requerimento por escrito sempre que precisar ver um médico*²⁴.

for o remédio para o restabelecimento de uma garantia fundamental que estiver sendo violada. Habeas Corpus nº 117.905-DF, petição inicial, fls. 21.

²¹ Conferir, por todos, Magalhães, José Carlos de, *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional - uma Análise Crítica*, Porto Alegre: Livraria do ADVOGADO, 2000.

²² Conferir, por todos, no assunto, Goldsmith, Jack L. e Posner, Eric A., *The Limits of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2005.

²³ Habeas Corpus nº 117.905-DF, petição inicial, fls. 21.

²⁴ Habeas Corpus nº 117.905-DF, petição inicial, fls. 23.

34. Invoca, quase no fim, que as autoridades brasileiras teriam tratado a questão em atuação meramente burocrática, isto é, que *adotar medidas firmes de pressão em relação à Bolívia, o nosso chanceler – e por extensão a Presidente da República – acabou fazendo pouco caso de um direito fundamental do ora paciente: o direito à liberdade*²⁵. Não se levou em conta que há Grupo de Trabalho que vem tratando a questão, com diligência.

III) O Ofício nº 173/CONJUR/JURI do Exmo. Senhor Consultor-Jurídico do Ministério das Relações Exteriores

35. O ilustre Consultor-Geral do Ministério das Relações Exteriores, Professor Doutor Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, que dá continuidade a linha de atuação internacional da mais alta e reconhecida qualidade, que remonta a Clóvis Beviláqua, jurista cearense que esteve a frente Consultoria-Jurídica do Itamaraty de 1906-1934, reuniu informações, que encaminhou à Secretaria-Geral do Contencioso da Advocacia-Geral da União, por intermédio do Ofício nº 173/CONJUR/JURI, datado de 29 de maio de 2013.

36. Nos termos do referido documento, o impetrante e o paciente carecem de ação, pelo que se defende que o *habeas* não deva ser apreciado, devendo ser extinto, sem a resolução do mérito. Como se argumentará, está com toda razão, o Exmo. Senhor Consultor-Jurídico do Itamaraty. De fato, é disposição do Código de Processo Civil (art. 267, VI) que o processo que deve ser extinto sem resolução de mérito, quando não concorrer qualquer

²⁵ Habeas Corpus nº 117.905-DF, petição inicial, fls. 29.

das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

37. Pontua, em primeiro lugar, que falta ao impetrante a demonstração das condições da ação, isto é, a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade da parte²⁶. Nesse sentido, quanto à impossibilidade jurídica do pedido, observa:

Com efeito, os pedidos formulados pelo impetrante não são juridicamente possíveis, pois pretendem obrigar a Excelentíssima Senhora Presidenta da República a tomar atitude que implicaria violar normas de Direito Internacional e decisões judiciais bolivianas. Isso porque, de acordo com as informações prestadas pela Administração, existem ordens judiciais da Bolívia que impedem a saída do Senador Roger Pinto Molina do território boliviano, de maneira que não é possível garantir a segurança do paciente sem a concessão do salvo-conduto pelo Estado territorial²⁷.

38. Quanto à falta de interesse de agir, o Senhor Consultor-Jurídico do Ministério das Relações Exteriores colecionou julgados do Supremo Tribunal Federal, de ambas as turmas daquele Sodalício, que não admite dilação probatória ou exame aprofundado de fatos e provas, em sede de *habeas corpus*. A jurisprudência, no caso, não socorre ao paciente.

39. Há referência ao HC 100104/RJ, relatado pela Ministra Ellen Gracie, julgado em 18 de agosto de 2009, bem como ao HC 80944/SP, relatado pelo Ministro Moreira Alves, cujo julgamento fora prolatado em 26 de janeiro de 2001²⁸. Como se demonstrará, há miríade outra de julgados do STF, nesse mesmo sentido.

²⁶ Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, Ofício nº 173/CONJUR/JURI, item 2.

²⁷ Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, Ofício nº 173/CONJUR/JURI, item 3.

²⁸ Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, Ofício nº 173/CONJUR/JURI, item 4.



40. No que faz pertinência ao argumento da ilegitimidade da parte, o Senhor Consultor-Jurídico do Ministério das Relações Exteriores realisticamente observou que a denominada autoridade coatora não coage, não impede, e não restringe a liberdade de locomoção do paciente, da forma que segue:

A ilegitimidade da parte, por sua vez, também é evidente, tendo em vista que a Excelentíssima Senhora Presidenta da República não está impedindo nem restringindo a liberdade de locomoção do paciente. O Senador Roger Pinto Molina tem a liberdade de sair da embaixada quando quiser. A propósito, é importante lembrar que o asilo diplomático foi concedido, a pedido do paciente, justamente pela Excelentíssima Senhor Presidenta da República, pessoa agora a quem se imputa, indevidamente, estar agindo como coatora da liberdade de locomoção do Senador. Assim, se eventual abuso ou ilegalidade está sendo cometido contra a liberdade de locomoção do paciente, certamente não é por parte da impetrada²⁹.

41. E quanto aos desdobramentos de eventual deferimento do pedido, e seus reflexos na ordem prática, o Consultor-Jurídico do Ministério das Relações Exteriores ponderou que a falta do salvo-conduto (cuja confecção e entrega é responsabilidade do Governo da Bolívia) neutraliza e impede qualquer providência, relativa à disponibilização de veículo diplomático para o paciente. E assim,

O impetrante pede seja a autoridade coatora compelida a colocar à disposição do paciente, no prazo de trinta dias contado da intimação do deferimento do habeas corpus e independentemente da concessão de salvo-conduto, um veículo do corpo diplomático brasileiro acreditado junto ao governo da Bolívia, para que possa deixar o território boliviano e ver restabelecida sua liberdade de locomoção. Entretanto, o veículo não é o meio adequado de se retirar o paciente da Embaixada do Brasil em La Paz, enquanto não se obtém o salvo-conduto das autoridades locais³⁰.

²⁹ Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, Ofício nº 173/CONJUR/JURI, item 5.

³⁰ Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, Ofício nº 173/CONJUR/JURI, item 6.

IV) Os subsídios do Exmo. Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores

42. Há pormenorizado conjunto de informações confeccionado pelo Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores, endereçado ao Senhor Consultor-Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, aquela primeira autoridade oferece amplo relato dos fatos, esclarecendo, à saciedade, os contornos do problema. Reproduzo, em seguida, os pontos principais do documento, com ênfases minhas:

- 1. O Senador Roger Pinto Molina é membro da bancada parlamentar de oposição no Poder Legislativo da Bolívia, eleito pelo Distrito boliviano de Pando, que faz fronteira com o Acre. Em suas atividades políticas, efetuou denúncias contra membros do atual Governo boliviano.*
- 2. Em 28 de maio de 2012, o Senador ingressou na Embaixada do Brasil em La Paz e solicitou a concessão de asilo.*
- 3. Para justificar seu pedido, o Senador Roger Pinto Molina afirmou ser réu em mais de vinte processos perante o Judiciário boliviano, que qualificou de “politicamente motivados”, no âmbito dos quais haviam sido expedidos mandados de prisão e “arraigos” que o impediam de deixar o território boliviano. Igualmente, afirmou serem ele e sua família alvo de constantes ameaças de morte. Referiu-se a perseguições por parte de “grupos paramilitares”, que estariam na iminência de assassiná-lo, e afirmou que, por essa razão, já teria enviado membros de sua família para viverem temporariamente no território brasileiro.*

(...)

- 6. Após a análise de todas as circunstâncias do caso, o Governo brasileiro avaliou que o pedido do Senador enquadrava-se no disposto na Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 42.628, de 13 de Novembro de 1957. Considerou que as ameaças de morte narradas*

pelo Senador Roger Pinto Molina caracterizavam o caso como sendo “de urgência”, nos termos do Art. VI da citada Convenção.

7. Diante desses elementos, e em consideração ao Art. 4º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, que enumera a “concessão de asilo político” como um dos princípios que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil, a Presidenta da República concedeu, em 6 de junho de 2012, asilo diplomático na Embaixada do Brasil em La Paz ao Senador Roger Pinto Molina.

8. No mesmo dia da concessão do asilo diplomático, a Embaixada do Brasil em La Paz enviou a Nota nº 361 ao Ministério das Relações Exteriores do Estado Plurinacional da Bolívia, dando ciência da concessão do asilo diplomático, como determinado pelo Art. VIII da Convenção de Caracas, bem como solicitando salvo-conduto e garantias de segurança até a saída do Senador do território boliviano, nos termos do Art. XII da citada Convenção. Tiveram início, então, as negociações entre o Brasil e a Bolívia para possibilitar as garantias e as condições de segurança para a saída do Senador Roger Pinto Molina da Embaixada em La Paz.

(...)

10. Desde o início das tratativas, as autoridades bolivianas, ademais de razões de ordem política, indicaram não estarem obrigadas, do ponto de vista jurídico, a conceder o salvo-conduto e as garantias ao trânsito do Senador Roger Pinto Molina ao Brasil, uma vez que a Bolívia não ratificou Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático.

11. Essa circunstância implica que, na ausência de um instrumento normativo compartilhado entre o Brasil e a Bolívia sobre a concessão de asilo diplomático, a concessão do salvo-conduto e das garantias de segurança ao Senador Roger Pinto não são juridicamente exigíveis, dependendo, portanto, de decisão política soberana do Estado boliviano, que só pode ser obtida, evidentemente, por meio de negociações diplomáticas com o Brasil.

12. Ocorre que a Bolívia indica que óbices jurídicos internos a impedem, no momento, de conceder o salvo-conduto ou as garantias correspondentes ao Senador Roger Pinto Molina: há ordens expedidas pelo Poder Judiciário boliviano, denominadas

“arraigos”, que proíbem a saída do Senador do território da Bolívia.

(...)

14. Em 2 de março de 2013, diante da complexidade do caso e do impasse nas negociações até aquele momento, o Ministro das Relações Exteriores reuniu-se em Cochabamba com seu homólogo boliviano, David Coquehuanca. Nesse encontro, foi criado um Grupo de Trabalho bilateral ad hoc para analisar o caso e para tentar encontrar solução e, ao mesmo tempo, juridicamente viável, considerando as posições do Brasil, da Bolívia e do próprio Senador Roger Pinto Molina na questão.

15. Esse Grupo de Trabalho tem-se reunido desde então. Tendo em vista a alta sensibilidade do tema, as tratativas do Grupo de Trabalho são mantidas em sigilo, a fim de não prejudicar o andamento das negociações. Pode-se reportar que já foi possível obter avanços nesse âmbito de negociações, mas que ainda persistem questões em aberto, que impedem uma solução imediata para o caso.

16. Assim, é preciso compreender que o prolongamento do asilo diplomático do Senador Roger Pinto Molina na Embaixada em La Paz não decorre de suposta inércia ou omissão por parte do Itamaraty, mas, sim, da complexidade política e jurídica inerente ao caso. Ressalte-se, inclusive, que a Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático reconhece que a obtenção das garantias necessárias à segurança do asilado em sua saída do Estado territorial pode ocasionar o prolongamento do asilo, tanto que, em seu Art. XIV, isenta de culpa o Estado asilante nesse tipo de situação.

17. É, portanto, tendo em mente o objetivo de encontrar uma solução para que a saída do Senador Roger Pinto Molina da Embaixada em La Paz possa ocorrer com segurança e com as necessárias garantias a sua vida, integridade física e liberdade, que o Governo brasileiro entende ser imprescindível dar continuidade às conversas bilaterais com as autoridades bolivianas sobre o assunto.

(...)

19. Sobre o assunto, deve-se destacar que, no período que se seguiu à concessão do asilo diplomático, não havia qualquer restrição às visitas. O Senador recebia, diariamente, quem desejasse vê-lo, o que incluía, além de sua família, advogados e médicos, vários políticos e correligionários partidários.

20. Ocorre que, com o passar do tempo, os encontros do Senador Roger Pinto Molina na Embaixada do Brasil em La Paz começaram a ser passíveis de caracterização como atividade política pelas autoridades bolivianas, tanto pela natureza das pessoas que o visitavam, como pelo teor das declarações públicas que concediam após as visitas.

21. Esse fator, além de dificultar as já complexas negociações com o Governo boliviano para a concessão do salvo-conduto e das garantias de segurança necessárias à retirada do Senador da Embaixada do Brasil em La Paz, poderia eventualmente ser tido como violatório de obrigação internacional assumida pelo País, no caso, o Art. XVIII da Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático, que claramente dispõe: “a autoridade asilante não permitirá aos asilados (...) intervir na política interna do Estado territorial.”

(...)

23. Desse modo, não restou alternativa ao Governo brasileiro, no dever de assegurar inequívoco cumprimento da Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático, senão a de disciplinar as visitas ao Senador Roger Pinto Molina na Embaixada do Brasil em La Paz. Decidiu-se, então, limitar as visitas, em princípio, aos familiares, aos advogados e aos médicos do Senador. Isso não significa, no entanto, que o Senador tenha que fazer pedidos “por escrito” quando deseje receber alguém na Embaixada, nem que as visitas estejam restritas de modo absoluto às categorias de pessoas mencionadas. Caso se verifique que determinado pedido é razoável e não ameaça o cumprimento do Art. XVIII da Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático, este Ministério nada teria a oportar-lhe, como, de fato, tem procedido regularmente.

(...)

26. Por fim, cabe esclarecer que o Senador Roger Pinto Molina não está isolado do mundo exterior na Embaixada do Brasil em La

Paz: há um telefone a sua disposição, além de computador e tablet, ambos com acesso à internet. As instalações físicas destinadas ao Senador no prédio da Embaixada são as melhores possíveis, considerando as circunstâncias limitadoras que a sua própria condição de asilado ocasiona, e incluem cama, televisão, um pequeno escritório e uma esteira ergométrica. Ademais, o Senador pode circular pelo prédio, salvo nos locais não acessíveis a estrangeiros por força da própria legislação brasileira, como é o caso da área destinada às comunicações do posto. Não se pode esquecer, contudo, que se trata de um indivíduo asilado na Embaixada, o que, por natureza, limita sua liberdade de locomoção e de contato com o exterior da sede da missão diplomática.

27. Desse modo, não há qualquer violação, por parte do Estado brasileiro, à liberdade física ou de expressão do Senador, mas, tão somente, a compatibilização desses direitos com a sua condição de asilado na Embaixada em La Paz e com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil a esse respeito.

28. Em adição a todos os fatos acima descritos, é preciso que se destaque que o Senador Roger Pinto Molina não é vítima de qualquer restrição ou coação por parte do Estado brasileiro. Muito pelo contrário: foi a Presidenta da República, autoridade agora apontada como coatora, quem concedeu asilo diplomático ao Senador, permitindo sua permanência na Embaixada do Brasil em La Paz enquanto as negociações para sua saída do território boliviano não se concluam. Essa concessão de asilo, ademais, foi efetuada mediante pedido do próprio Senador, que, na oportunidade, reitere-se, afirmou que sua vida estava sendo ameaçada.

29. O que fica claro, em suma, é a ausência de pressuposto fundamental para a concessão de uma ordem de habeas corpus, que é a limitação ao direito de liberdade do paciente. Não deve haver dúvidas de que não há, nem nunca houve, em momento algum, impedimento por parte do Governo brasileiro à saída do Senador Roger Pinto Molina da Embaixada do Brasil em La Paz. Caso o Senador entenda, a qualquer momento, que as ameaças que pairavam sobre sua vida e sua integridade não mais existam, pode livremente deixar o prédio da Embaixada. Do mesmo modo, caso entenda que as ameaças não podem ou não devem impedir sua participação na vida política de seu país, estar-se-á diante de decisão pessoal e legítima que cabe única e exclusivamente ao próprio Senador, em relação à qual o Brasil nada teria a opinar.

(...)

31. *Diante dessas considerações, é preciso destacar que uma decisão que acolha algum dos pedidos efetuados no Habeas Corpus nº 117.905/DF poderá ser complicador incontornável e irreversível para a situação do Senador enquanto asilado na Embaixada do Brasil em La Paz. Na ocorrência de decisão desfavorável à limitação de visitas, por exemplo, o Brasil, para dar cumprimento ao comando do Supremo Tribunal Federal, seria obrigado, no limite, a descumprir o Art. XVIII da Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático, podendo, inclusive, ser responsabilizado internacionalmente pelo desrespeito a essa Convenção. Uma decisão que determine a saída do Senador Roger Pinto Molina da Embaixada sem a concessão de salvo-conduto e de garantias de segurança pelas autoridades bolivianas, por sua vez, impossibilitaria o Brasil de conceder qualquer forma de proteção jurídica ao Senador, tornando sem qualquer efeito prático o asilo diplomático concedido, que desapareceria ipso facto.*

(...)

33. *Para que o Governo brasileiro disponha de instrumentos jurídicos capazes de assegurar a liberdade e a integridade física do Senador em sua saída do território boliviano, não há alternativa senão prosseguir com as negociações bilaterais com a Bolívia. E para que essas negociações possam continuar a evoluir, é indispensável que o Brasil dê fiel cumprimento às obrigações da Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático³¹.*

43. O documento elucida todos os pontos centrais do debate. O conjunto de informações produzido pelo Ministério das Relações Exteriores, e ao Senhor Consultor-Jurídico daquela Pasta encaminhado, sintetiza os fatos que serão pelo Supremo Tribunal Federal avaliados. Num contexto de política interna boliviana, o paciente é parlamentar de oposição, representando distrito fronteiriço com o Brasil.

³¹ Eduardo dos Santos, Secretário-Geral das Relações Exteriores, Subsídios para o Senhor Consultor-Jurídico, datado de 27 de maio de 2013.

44. A concessão do asilo, deferida pelo Governo brasileiro, e requerida pelo paciente, deu-se como resultado de alegação de que o paciente sofreria processos judiciais, de eventual motivação política. No mesmo requerimento, é o que se comprehende das informações colhidas pelo Ministério das Relações Exteriores, o paciente invocava que sofreria ameaças de morte, extensivas à família, e que estaria na iminência de ser assassinado, por grupos que reputou de *paramilitares*.

45. À luz dessas alegações, as autoridades brasileiras consideraram que a situação se subsumia à Convenção de Caracas, promulgada pelo Brasil por intermédio do Decreto nº 42.628, de 13 de novembro de 1957. Nos termos da aludida convenção, *todo Estado tem direito de conceder asilo, mas não se acha obrigado a concedê-lo, nem a declarar porque o nega*³².

46. É competência nossa classificar a natureza do delito ou motivo da perseguição³³. A concessão do asilo ao paciente, desse modo, é prerrogativa do Governo brasileiro, e não um direito potestativo absoluto e inquestionável do paciente.

47. O instituto do *asilo político* é basilar no Direito das Gentes. No magistério de Francisco Rezek,

(...) é o acolhimento, pelo Estado, de estrangeiro perseguido alhures – geralmente, mas não necessariamente, em seu próprio país patrial – por causa da dissidência política, de delitos de opinião, ou por crimes que, relacionados com a segurança do Estado, não configuram quebra do direito penal comum. Sabemos que no domínio da criminalidade comum (...) os Estados se ajudam mutuamente, e a extradição é um dos instrumentos desse esforço cooperativo. Tal regra não vale no caso da criminalidade política, onde o objeto da afronta não é um bem jurídico universalmente

³² Convenção sobre Asilo Diplomático, artigo II.

³³ Convenção sobre Asilo Diplomático, artigo IV.



reconhecido, mas uma forma de autoridade assentada sobre ideologia ou metodologia capaz de suscitar confronto além dos limites da oposição regular num Estado democrático. O asilo político, na sua forma perfeita e acabada, é territorial: concede-o o Estado àquele estrangeiro que, havendo cruzado a fronteira, colocou-se no âmbito espacial de sua soberania, e aí requereu o benefício³⁴.

48. O que se tem no caso vertente é o chamado *asilo diplomático*, o qual, ainda segundo Francisco Rezek,

(...) é uma forma provisória de asilo político, só praticada regularmente na América Latina, onde surgiu como instituição costumeira no século XIX, e onde se viu tratar em alguns textos convencionais a partir de 1928 (...) ele se constitui uma exceção à plenitude da competência que o Estado exerce sobre o seu território. Essa renúncia, ditada na América latina por razões humanitárias e de conveniência política, e relacionada, nas suas origens, tanto com a extensão territorial dos países da área quanto com a relativa frequência, no passado, de quebras da ordem constitucional, não resultaria jamais da simples aplicação do direito diplomático³⁵.

49. Há também definição do instituto, na compreensão de outros autores canônicos, a exemplo de Hildebrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella, para quem:

Na perspectiva de proteção dos direitos fundamentais, no Brasil, admite-se a concessão do asilo diplomático, do asilo territorial, como do refúgio: - o asilo diplomático ou político é concedido na representação diplomática no exterior, junto à qual foi buscar proteção o estrangeiro – este não assegura automática concessão do asilo territorial, que será apreciado pelo trâmite próprio (...); - o asilo territorial é concedido pelo estado no próprio território nacional – este é concedido pelo chefe de estado. No Brasil este delega tal função ao ministro da Justiça. A solicitação de asilo pode ser feita pelo estrangeiro na Política Federal do local onde se encontre, sendo suas declarações encaminhadas no Ministério das Relações Exteriores para parecer técnico. Cabe a decisão final ao ministro da Justiça. Concedido o asilo, o asilado é registrado junto à

³⁴ Rezek, Francisco, *Direito Internacional Público- Curso Elementar*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 215.

³⁵ Rezek, Francisco, cit. P. 216.

Polícia Federal, recebe identificação e presta compromisso de cumprir as leis do Brasil e as normas de direito internacional. Cabe salientar que o asilo político é regido no Brasil pela Lei n. 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), que dispõe ficar sujeito o estrangeiro, admitido no território nacional na condição de asilado político, além dos deveres impostos pelo direito internacional, tais como o dever de respeito às leis locais e não-participação em atos de agressão ao seu estado de origem, ressalvado o direito à liberdade de expressão, também a cumprir as disposições da legislação vigente. Além desse diploma legal, rege o asilo no Brasil os seguintes tratados internacionais: a Convenção sobre Asilo (assinada na VI Conferência Pan-americana de Havana, em 1928) a Convenção sobre Asilo Político (elaborada VII Conferência Internacional Americana de Montevidéu, em 1933) e finalmente a Convenção Internacional sobre Asilo Territorial (1954), todas já ratificadas pelo Brasil e que estabelecem, em face dos estrangeiros oriundos dos estados contratantes, normas de concessão de asilo e os direitos e deveres do asilado³⁶.

50. No caso presente, o procedimento de concessão de asilo deu-se num contexto da mais absoluta legalidade, materializado pela Nota nº 361 da Embaixada do Brasil em La Paz ao Ministério das Relações Exteriores do Estado Plurinacional da Bolívia, cujo teor segue abaixo:

URGENTÍSSIMO. A Embaixada da República Federativa do Brasil cumprimenta o Ministério das Relações Exteriores do Estado Plurinacional da Bolívia e tem a honra de informar a decisão do Governo brasileiro de conceder asilo ao Senador Roger Pinto Molina e solicitar salvo-conduto e garantias de segurança até a saída do Senador do território boliviano. O Senador encontra-se nesta Missão diplomática desde o último dia 28 de maio. A Embaixada da República Federativa do Brasil aproveita para renovar ao Ministério das Relações Exteriores do Estado Plurinacional da Bolívia os protestos de sua mais alta estima e consideração³⁷.

³⁶ Accioly, Hildebrando, Silva, G. E. do Nascimento e Casella, Paulo Borba, *Manual de Direito Internacional Público*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 473.

³⁷ Nota nº 361 da Embaixada do Brasil em La Paz ao Ministério das Relações Exteriores do Estado Plurinacional da Bolívia.

51. Nos termos do informado pelo Ministério das Relações Exteriores, e ao contrário do alegado pelo impetrante, a partir do exato momento em que se expediu a Nota às autoridades da Bolívia, o Brasil deu início a intensas negociações, com o objetivo de obter o salvo-conduto, sem o qual o paciente não consegue deixar a Bolívia.

52. As autoridades bolivianas não são obrigadas a confeccionar e a emitir salvo-conduto em favor em favor do paciente. E aqui, o ponto nuclear que identifica a impossibilidade jurídica do pedido contido na inicial: a Bolívia não ratificou a Convenção de Caracas³⁸. E não há como se exigir que a aludida ratificação fosse providenciada pelo Governo boliviano. O princípio da não-intervenção conta com matiz constitucional e é determinante para o Governo brasileiro. Exigir que a Bolívia providencie salvo-conduto para o paciente seria, por parte das autoridades brasileiras, descumprimento à Constituição Federal.

53. O tratado é *todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos*³⁹. É fonte prioritária de Direito das Gentes, *mesmo quando disponham sobre um tema prosaico como a classificação de marcas de origem de vinhos e queijos*⁴⁰, obrigando as partes signatárias na ordem internacional. Seus efeitos dependem da ratificação que *também é conhecida por aceitação, aprovação ou ato formal de confirmação*⁴¹; além do que,

Nos tratados bilaterais, a ratificação é realizada com a troca de notas diplomáticas entre os sujeitos envolvidos. Nos tratados multilaterais, para ser considerada válida, a ratificação precisa ser

³⁸ A Guatemala, o Uruguai, a República Dominicana e Honduras opuseram *reservas* a excertos do texto da Convenção. Não há, por parte da Bolívia, o lançamento de qualquer *reserva* ou restrição; tem-se, tão somente, a ausência de aplicabilidade do texto convencional, por força de ausência de ratificação.

³⁹ Rezek, Francisco, *Direito Internacional Público- Curso Elementar*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14.

⁴⁰ Rezek, Francisco, cit., loc. cit.

⁴¹ Varella, Marcelo, *Direito Internacional Público*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45.

registrada no secretariado da Convenção ou do respectivo órgão depositário. Cada Estado pode definir quem será competente para retificar tratados. Em geral, é ato privativo do Poder Legislativo, mas há exceções, a exemplo do Reino Unido, onde a ratificação cabe à Coroa. A participação do Poder Legislativo no processo de engajamento no direito internacional tem como objetivo garantir sua função constitucional na tripartição dos poderes, decidir sobre a legalidade, a conveniência e a oportunidade do conjunto de leis em vigor no Estado e para o Estado⁴².

54. E não se pode obrigar que os Estados ratifiquem tratados, porquanto a ratificação, enquanto *expressão final do consentimento (...)* é tão discricionária quanto livre o Estado soberano para celebrar tratados internacionais⁴³; e assim,

Parece claro que a assinatura, sempre que adotado o procedimento longo, não pretende vincular o Estado, já que de outro modo faltaria razão de ser ao ato ratificatório. É igualmente certo – embora talvez nem tão evidente – que a assinatura, nesse caso, tampouco vincula o governo do Estado, de modo que se possa aventure a obrigatoriedade da ratificação desde quando aprovado o compromisso pelo parlamento. O princípio reinante, pois, é o da discricionariedade da ratificação (...) não comete qualquer ilícito internacional o Estado que se abstém de ratificar um acordo firmado em foro bilateral ou coletivo⁴⁴.

55. E ainda que tratados possam conter cláusula final fixando prazo para ratificação⁴⁵, não se pode cogitar de regra - - costumeira ou positiva - - que vincule o Estado à ratificação de texto acordado. Nesse sentido,

Não há norma costumeira, em direito das gentes, fixando algo como um prazo máximo para ratificação do tratado, a contar do término da negociação, ou da assinatura – acaso deferida-, ou do momento em que o governo interessado disponha da respectiva aprovação parlamentar. A disciplina desta questão é tópica. O tratado poderá

⁴² Varella, Marcelo, cit., pp. 45-46.

⁴³ Rezek, Francisco, cit., p. 52.

⁴⁴ Rezek, Francisco, cit., loc. cit.

⁴⁵ Cf. Rezek, Francisco, cit., p. 53.



calar-se a respeito, deixando valer o princípio da discreção quanto ao ensejo em que cada Estado o irá ratificar⁴⁶.

56. Como realisticamente pontuou o representante do Ministério das Relações Exteriores, a ausência de ratificação do Acordo sobre Asilo, por parte da Bolívia, torna juridicamente inexigível a expedição do salvo conduto, em favor do paciente. Transita-se no inusitado contexto de exigência de obrigação que não pode ser cumprida, monitorada, aferida, controlada.

57. Ponderou-se também que há obstáculos de ordem interna para que a Bolívia defira o salvo-conduto. Há várias ordens expedidas pelo Poder Judiciário boliviano que vedam a saída do paciente do território boliviano. Qualquer constrangimento, ainda que indireto, para que o Governo da Bolívia outorgue salvo-conduto ao paciente seria interferência na soberania de Nação com a qual mantemos relações diplomáticas estáveis, e há muito tempo.

58. E assim, dado o obstáculo (intransponível, no momento) de decisões do Poder Judiciário da Bolívia, contrárias à saída do paciente do território (e por isso impeditivas de entrega de salvo-conduto) é que se constata que não haveria, e não há, por parte de nosso Ministério das Relações Exteriores, inércia ou omissão, ao contrário do invocado pelo impetrante. Não pode a autoridade diplomática brasileira, *sic et simpliciter*, pura e simplesmente, exigir que o Governo boliviano desconsidere as decisões do Poder Judiciário daquele País, entregando o salvo-conduto ao paciente, como pretendido no presente *writ*.

⁴⁶ Rezek, Francisco, cit., loc. cit.

59. De tal modo, é a própria segurança e incolumidade do paciente que exige a forma como as autoridades brasileiras têm conduzido o assunto. O que se constata, como indicado pelo Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores, é o fiel cumprimento, por parte do Brasil, do art. XIV da Convenção de Caracas, que dispõe que

não se pode culpar o Estado asilante do prolongamento do asilo, decorrente da necessidade de coligir informações indispensáveis para julgar da procedência do mesmo, ou de fatos que ponham em perigo a segurança do asilado durante o trajeto para um país estrangeiro.

60. E no que pertence a outros aspectos fáticos, a exemplo de restrição de visitas, as autoridades brasileiras foram obrigadas a tomar providências porquanto a circulação de pessoas e o conteúdo de declarações públicas proferidas pelo paciente ganharam dimensão que poderia constranger o Brasil, pelo descumprimento de obrigações internacionais.

61. A disciplina das visitas representou, tão somente, a necessidade de se conformar o favor deferido - - o asilo - - com disposições cogentes de tratados internacionais, à luz, essencialmente, do fundamento maior do Direito das Gentes, isto é, o *pacta sunt servanda* (o que foi pactuado deve ser cumprido)⁴⁷.

62. Transita-se num contexto de consentimento e de reciprocidade, matizado pela igualdade soberana, pela autonomia (enquanto a não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados), pela interdição do recurso à força, pela solução pacífica das controvérsias, pelo respeito aos direitos humanos e pela cooperação internacional⁴⁸.

⁴⁷ Cf. Rezek, Francisco, cit., p. 3.

⁴⁸ Tais são os princípios que regem o Direito Internacional. Nesse tema, conferir, por todos, Varella, Marcelo Dias, cit., pp. 5 e ss.



63. E ainda quanto a aspectos fáticos que envolvem a situação do paciente na Embaixada brasileira em La Paz, dá-nos conta o Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores que o interessado utiliza telefone, computador – com acesso à rede mundial – a par de condições de estada que incluem esteira ergométrica, pequeno escritório e demais facilidades que possibilitam existência digna, nas condições de asilo, que fora demanda do paciente, contemplada e deferida pelas autoridades brasileiras.

64. É nesse conjunto absolutamente inusitado, continua o Senhor Secretário-Geral das Relações Exteriores, que não se contempla limitação ao direito de liberdade do paciente. *Modus in rebus*, o paciente requereu asilo, obteve ajuda humanitária do Governo brasileiro, contra o qual agora se insurge, requerendo cumprimento de obrigação de fazer, juridicamente impossível, e reveladora de descumprimento, de nossa parte, de compromisso internacional.

V) O tema do *habeas corpus* em relação à soberania na ordem internacional

65. O *habeas corpus* é remédio judicial que atende aos reclames de limitação da liberdade. É remédio extremo, condicionado a objetiva identificação de pressupostos, que não contemplam o manejo de prova e a multiplicação de indagações. O instituto deita raízes na Inglaterra, como confirma citação que segue, longa, porém esclarecedora:

Durante os agitados anos em que reinaram os Stuart, últimos soberanos católicos da Inglaterra. O Parlamento, maciçamente protestante, procurou por todos os meios limitar o poder real, notadamente o poder de prender os opositores políticos, sem submetê-los a processo criminal regular. O Habeas-Corpus, já

*existia na Inglaterra, desde há vários Séculos (mesmo antes da Magna Carta), como mandado judicial (writ) em caso de prisão arbitrária. Mas a sua eficácia como remédio jurídico era muito reduzida, em razão da inexistência de adequadas regras processuais. A Lei de 1679, cuja denominação oficial foi “uma lei para melhor garantir a liberdade do súdito e para prevenção das prisões no ultramar”, veio corrigir esse defeito e confirmar no povo inglês a verdade do brocardo *remedies precede rights*, isto é, são as garantias processuais que criam os direitos e não o contrário. Tal como ocorria no direito romano, o direito inglês não concebe a existência de direitos sem ação judicial própria para sua defesa. É da criação dessa ação em juízo que nascem os direitos subjetivos, e não o contrário. Nos direitos da família europeia continental, à qual se filiam as legislações latino-americanas. Prevalece justamente a ideia contrária: os direitos subjetivos são o principal e as ações judiciais, o acessório, que a eles deve adaptar-se. (...) Na verdade, a diversidade dessas concepções explica-se pela diferente origem dos grandes sistemas jurídicos europeus. O direito inglês, tal como o direito romano clássico, aliás, sempre foi criado ao longo do tempo pelos práticos do foro: advogados, solicitadores processuais e juízes. Na Europa Continental, diversamente, os sistemas jurídicos, desde a fundação da universidade de Bolonha no século XI, foram em sua maior parte, criações intelectuais de jurisconsultos e professores. De onde o seu caráter mais sistemático e abstrato que o do direito inglês. Em matéria de direitos humanos esse diferente método de criação do direito deu nascimento a duas linhas de tradição bem distintas: a inglesa e a francesa. Os ingleses, mais pragmáticos, consideram que o progresso na proteção jurídica da pessoa humana provém mais das garantias, sobretudo judiciais, do que das simples declarações de direitos. Já para a tradição francesa, uma declaração de direitos tem sempre grande força político-pedagógica, como forma de mudança de mentalidade. A importância histórica do habeas-corpus, tal como regulado pela lei inglesa de 1679, consistiu no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais. Na América Latina, por exemplo, o juicio de amparo e o mandado de segurança copiaram do habeas-corpus a característica de serem ordens judiciais dirigidas a qualquer autoridade pública, acusada de violar direitos líquidos e certos, isto é, direitos cuja existência o autor pode demonstrar desde o início do processo, sem necessidade de produção ulterior de provas. Todavia, o dispositivo nuclear do habeas-corpus inglês, qual seja, a ordem*

*para que a autoridade que detém o paciente o apresente incontinenti em juízo (segundo a fórmula tradicional que deu o nome ao instituto: *habeas-corpus ad subjiciendum*), não foi reproduzido nas legislações estranhas ao mundo anglo-saxônico, ao acolherem o instituto. Em compensação, o *habeas-corpus* passou a ser utilizado não só em caso de prisão efetiva, mas também de ameaça de simples constrangimento à liberdade individual de ir e vir⁴⁹.*

66. Atendido o requerimento do impetrante, independentemente da expedição do salvo-conduto, por parte das autoridades bolivianas, qualificar-se-ia ingerência nossa em negócios internos daquele País, identificadora de desrespeito nosso para com a soberania da Nação vizinha. Mais. Seria desprezo para com princípio constitucional que rege nossas relações internacionais, isto é, a não intervenção⁵⁰, como já aqui indicado.

67. Além do que, é traço distintivo de nossas relações internacionais *o estreitamento de laços (políticos e econômicos) com os demais países da região*⁵¹ [América do Sul]; circunstância que também solidifica apelo constitucional⁵². A questão deve ser decidida pelas vias diplomáticas.

68. A *soberania*⁵³ é construído cultural que radica na teoria política grega⁵⁴. Em Aristóteles (c. 384-322) o sentido de *soberania* é limitado à percepção de *autarquia*, isto é, sua força irradia-se tão só nos limites da Cidade-Estado. Ainda na tradição ocidental, e na narrativa referente à

⁴⁹ Comparato, Fábio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 85-87.

⁵⁰ Constituição de 1988, inciso IV do art. 4º.

⁵¹ Oliveira, Henrique Altemani de, *Política Externa Brasileira*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 249.

⁵² Constituição de 1988, parágrafo único do art. 4º: *A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.*

⁵³ Conferir, em tema de *soberania*, Dallari, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo: Saraiva, 2010, especialmente, pp. 74-85. E ainda, Lewandowski, Enrique Ricardo, *Globalização, Regionalização e Soberania*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, pp. 197-196. Mais recentemente, Ranieri, Nina, *Teoria do Estado*, Barueri: Manole, 2013, pp. 84-107.

⁵⁴ Haddock, Bruce, *A History of Political Thought*, Malden: Polity Press, 2010.

prática política romana aproximam-se conceitos de *majestas*, *imperium* e *potestas*, identificando poderios civil e militar, graus de autoridade de magistrado, bem como nível de potência e força do povo romano. Percebe-se algum cosmopolitismo, indicativo de um projeto de *soberania universal* (*urbi et orbi*- da cidade para o mundo)⁵⁵.

69. Esse cosmopolitismo foi ameaçado pela fragmentação política medieval, que conviveu com alguma forma de *parcelamento de soberania*, num mundo idealizado pela inexistência de *terra sem senhor*, e de *senhor sem terra*; indicativo do tipo ideal weberiano feudo-vassálico. Nesse momento, Bernardo de Claraval (1090-1153) formulara a doutrina das *duas espadas*, cindindo o poder secular do poder espiritual⁵⁶.

70. A querela das investiduras (séculos XI e XIII) que opôs *guelfos* e *gibelinos* radicalizou o debate, promovendo a secularização do conceito de *soberania*, especialmente em Marsílio de Pádua (c. 1275-1343). É com Jean Bodin (1530-1596) que o conceito de *soberania* é fixado de modo mais nítido, num momento de intensas guerras de fundo religioso. A *soberania* é definida nos limites discursivos de *potência perpétua e absoluta, indivisível e ilimitada, contínua e impessoal*⁵⁷. No limite, o se vinculava o príncipe soberano ao juramento de seus antecessores⁵⁸.

71. É o pessimismo de Thomas Hobbes (1588-1679), que exige um *contrato como instrumento de fundação de uma sociedade política*, indicativo da passagem do *estado natural para o estado civil*, o traço

⁵⁵ McClelland, J. S., *A History of Western Political Thought*, London & New York: Routledge, 1996.

⁵⁶ Nay, Oliver, *História das Ideias Políticas*, Petrópolis: Vozes, 2007. Tradução de Jaime A. Clasen.

⁵⁷ Bodin, Jean, *Os Seis Livros da República*, Livro Primeiro, São Paulo: Ícone, 2011. Tradução de José Carlos Orsi Morel, pp. 195-328.

⁵⁸ Nay, Oliver, cit.

definidor da *soberania* plasmada na autoridade: *auctoritas, non veritas, facit legem*⁵⁹.

77. Há um deslocamento da *soberania*, a partir de Jacques Bossuet (1627-1704), a partir de então percebida como de titularidade do Estado. Posteriormente, no ambiente das Revoluções Atlânticas, Emmanuel Sieyès (1748-1836) plasma a titularidade da *soberania* na Nação, ainda que para os revolucionários da *sensibilidade igualitária*, a exemplo de Maximiliano Robespierre (1758-1794) a *soberania* pertencesse ao *Povo*, ou para os superlativamente mais simples, como defendido por Graco Babeuf (1760-1797)⁶⁰.

78. Em Rousseau (1712-1778) a *soberania* é qualificada pelo exercício de uma não menos imaginária *vontade geral*; nesse sentido, a *soberania* seria indivisível e inalienável, instituída para o bem comum, instrumento de utilidade pública, referente a um interesse comum, declarada nas leis, indestrutível, síntese da vontade de todos, declarada pelo cálculo dos votos⁶¹.

79. A *soberania* reside na Nação, na definição das declarações dos direitos dos homens e dos cidadãos, discutidas e redigidas pelos franceses em 1789 e em 1791, ambas de fortíssima inspiração girondina. Na Declaração de 1793, na qual se percebe influência radical e jacobina, formula-se a *soberania* como centrada no Povo, ao qual seria inerente, também na redação da Declaração de Direitos do *Bom Povo da Virgínia*, de

⁵⁹ Hobbes, Thomas, *Leviatã*, Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, s.d. Tradução de João Paulo Monteiro e de Maria Beatriz Nizza da Silva.

⁶⁰ Nay, Oliver, cit.

⁶¹ Rousseau, Jean-Jacques, *O Contrato Social*, São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução de Antonio de Pádua Danesi, pp. 9-70.

1776. De igual modo, é o que se lê no preâmbulo da Constituição norte-americana de 1787⁶².

80. Georg Jellinek (1851-1911) imputava à soberania uma *nota essencial do poder do Estado, que é indivisível*⁶³. Raymond Carré de Malberg (1861-1935) insistia que a soberania designaria não apenas um poder, *mas também uma qualidade, uma forma de ser*⁶⁴. Carl Schmitt (1888-1985) compreendia no detentor da soberania o poder de decisão no estado de exceção⁶⁵.

81. Na ordem internacional, a soberania é característica singular de um Estado, do qual é atributo fundamental⁶⁶, deve ser respeitada, pelo que,

*Identificamos o Estado quando seu governo (...) não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior, não reconhece, em última análise, nenhum poder maior de que dependam a definição e o exercício de suas competências, e só se põe de acordo com seus homólogos na construção da ordem internacional, e na fidelidade aos parâmetros dessa ordem, a partir da premissa de que aí vai um esforço horizontal e igualitário de coordenação no interesse coletivo. Atributo fundamental do Estado, a soberania o faz titular de competências que, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, não são ilimitadas; mas nenhuma outra entidade as possui superiores*⁶⁷.

82. No presente caso, uma ordem do Supremo Tribunal Federal que reflexamente exigisse do Governo da Bolívia a emissão do salvo-conduto

⁶² Nay, Oliver, cit.

⁶³ Jellinek, Georg, *Teoría General del Estado*, Mexico: Fondo de Cultura Economica, 2004. Tradução do alemão para o espanhol de Fernando de los Ríos, pp. 401-456.

⁶⁴ Malberg, Carré de, *Teoría General del Estado*, Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1948. Tradução do francês para o espanhol de José Lion Depétre, pp. 80-148.

⁶⁵ Schmitt, Carl, *Teología Política*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Tradução do alemão para o português de Elisete Antoniuk, pp. 3-62. Conferir também Herrera, Carlos-Miguel, *Decisionismo*, verbete, em Allard, Dennis, e Rials, Stéphane, *Dicionário de Cultura Jurídica*, São Paulo: WF Martins Fontes, 2012. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, pp. 390-393.

⁶⁶ Cf. Rezek, Francisco, cit., p. 224.

⁶⁷ Rezek, Francisco, cit., p. 224.

(sem o qual o paciente não deixa o País) seria ofensiva à *soberania* do País vizinho, bem como não menos ofensivamente contrária à ordem internacional.

83. Dispõe o art. XV da Convenção de Caracas que *quando para a transferência de um asilado para outro país for necessário atravessar o território de um Estado Parte nesta Convenção, o trânsito será autorizado por este sem outro requisito além da apresentação, por via diplomática, do respectivo salvo-conduto visado e com a declaração, por parte da missão diplomática asilante, da qualidade de asilado.*

84. A regra vale, como se lê, para *Estado Parte*, na redação em idioma espanhol, *Estado Parte en esta Convención*, o que, por força da não ratificação do acordo por parte da Bolívia, não obriga a este País.

85. E o respeito devido a não ratificação é mandamento nuclear na ordem internacional, indicativo de circumspecta compreensão da *soberania*, enquanto atributo absoluto de Estado participante da ordem internacional.

86. O Brasil é signatário da Convenção de Caracas, acordo devidamente internalizado também na ordem jurídica interna, pelo que somos obrigados ao estrito cumprimento do art. XVIII do Tratado, que dispõe que *a autoridade asilante não permitirá aos asilados praticar atos contrários à tranquilidade pública [o que não se trata do caso], nem intervir na política interna do Estado territorial [o que seria o caso, efetiva e objetivamente, na hipótese que se tente, ainda que de modo oblíquo, obrigar que a Bolívia providencie o salvo-conduto para o paciente do presente habeas].*

VI) O tema da impossibilidade de verificação de provas no *habeas corpus*

87. Conforme consignado pelo Senhor Consultor-Jurídico do Ministério das Relações Exteriores a apreciação do caso exige amplo exame de provas, que nossa tradição do *habeas corpus* repele, especialmente em âmbito de Supremo Tribunal Federal. No HC 31931, relatado pelo Ministro Lafayette Andrada, em julgamento realizado em 28 de maio de 1952, decidiu-se pela impossibilidade da apreciação de provas, na hipótese, em face de suposta alegação de injusta sentença condenatória⁶⁸.

88. No HC 34497, relatado pelo Ministro Barros Barreto, em julgamento de 10 de outubro de 1956, decidiu-se pela impossibilidade do reexame de matéria de fato no âmbito restrito do *habeas corpus*⁶⁹. No caso presente há miríade de dúvidas que carregam fortes indagações, impossíveis de serem apreciadas em *habeas corpus*, à luz do decidido no RHC 34524, também relatado pelo Ministro Barros Barreto, quando se consignou que *a dúvida sobre a identidade do réu condenado exigia maior indagação, impossível em habeas corpus*⁷⁰.

89. No HC 34592, relatado pelo Ministro Cândido Mota, em julgamento de 14 de novembro de 1956, consignou-se que a *apreciação de prova é impossível em habeas corpus*⁷¹. No HC 54164-MG, relatado pelo Ministro

⁶⁸ HC 31931. Ementa. INDEFERE-SE O HABEAS-CORPUS. IMPOSSIVEL APRECIAÇÃO DE PROVAS SOB ALEGAÇÃO DE TER SIDO INJUSTA A SENTENÇA CONDENATÓRIA.

⁶⁹ HC 34497 Ementa - ALEGAÇÃO DE CONDENAÇÃO INJUSTA. MATÉRIA DE FATO; IMPOSSIVEL O SEU REEXAME NO ÂMBITO RESTRITO DO HABEAS-CORPUS. INDEFERIMENTO.

⁷⁰ RHC 34524 - Ementa -A DUVIDA SOBRE A IDENTIDADE DO RÉU CONDENADO EXIGE MAIOR INDAGAÇÃO, IMPOSSIVEL EM HABEAS CORPUS. RECURSO DESPROVIDO.

⁷¹ HC 34592- Ementa -HABEAS-CORPUS. DOCUMENTO TARDIAMENTE OFERECIDO. APRECIAÇÃO DE PROVA E IMPOSSIVEL EM HABEAS-CORPUS.

Thompson Flores, em julgamento de 19 de março de 1976, definiu-se que o *writ* não é idôneo para valorização da prova⁷².

90. No HC 57776-SP, relatado pelo Ministro Cordeiro Guerra, em julgamento de 6 de maio de 1980, entendeu-se que é impossível no âmbito do *habeas corpus* a perquirição sobre o dolo do agente, percepção que se aplica no caso presente, no qual o impetrante invoca dolo da autoridade coatora⁷³.

91. No HC 59259-RS, relatado pelo Ministro Clovis Ramalhete, em julgamento de 17 de novembro de 1981, entendeu-se que o *habeas corpus* não permite o exame de prova complexa e contraditória⁷⁴. No HC 60817-SP, relatado pelo Ministro Oscar Correa, em julgamento de 29 de abril de 1983, entendeu-se pela impossibilidade do reexame do conjunto probatório⁷⁵. No HC 64324-MG, relatado pelo Ministro Rafael Mayer, em julgamento de 9 de setembro de 1986, indicou-se que seria inconfortável no *writ* o reexame de prova⁷⁶. No HC 64969-RJ, relatado pelo Ministro Djaci

⁷² HC 54164 – MG -**Ementa** - Sursis. Decisão que cassa a concessão. Embora concisa e se reportando às razões do Ministério Público, que não vieram para os autos, não se pode atribuir vício da desfundamentação. De resto, descaberia a reapreciação dos motivos impugnados, pois importariam eles em reexame e valorização da prova, para os quais é inidôneo o *writ*. II. Pedido denegado.

⁷³ HC 57776 – SP -**Ementa** - Denúncia que descreve circunstancialmente fatos delituosos. Impossível no âmbito do *habeas corpus* a perquirição sobre o dolo do agente. HC. Indeferido.

⁷⁴ HC 59259 – RS -**Ementa** - CRIMINAL. - "HABEAS CORPUS" PERMITE O EXAME DA PROVA UNITARIA E CONVERGENTE, QUE NÃO DEIXA ALTERNATIVA A CONVICÇÃO DO JULGADOR; POIS SEM ESSE EXAME DELA, SERIA IMPOSSÍVEL O JULGAMENTO, POR EXEMPLO DA FALTA DA JUSTA CAUSA QUE, NO ENTANTO, É CASO LEGAL DE "HABEAS CORPUS" (CPP, ART. 648, I). "HABEAS CORPUS" NÃO PERMITE O EXAME DE PROVA COMPLEXA E CONTRADITÓRIA; POIS A CONVICÇÃO DO JULGADOR NÃO RESULTA DO QUE NELA ESTEJA MANIFESTO, ANTES NECESSITANDO A AVALIAÇÃO DE UMAS EM FACE DE OUTRAS, O QUE NÃO É VIÁVEL EM QUESTÃO DE PROVA, NA DECISÃO DO RECURSO PROCESSUAL DO "HABEAS CORPUS", SÓ SENDO CABIVEL NA SENTENÇA, AO APRECIAR O CONJUNTO PROBATÓRIO. NULIDADE DE PROCESSO DEVE SER DECLARADA QUANDO, DO ATO PROCESSUAL, POSSA SER DEDUZIDO PELO JULGADOR O CLARO PREJUIZO A DEFESA OU A ACUSAÇÃO. (CPP, ART. 533). PEDIDO DE "HABEAS CORPUS", NEGADO, POR NÃO PROCEDEREM OS FUNDAMENTOS ALEGADOS.

⁷⁵ HC 60817 – SP -**Ementa** - HABEAS CORPUS. REEXAME IMPOSSÍVEL DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ARTIGO 625 DO CPP. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

⁷⁶ RHC 64324 – MG- **Ementa** - 'HABEAS CORPUS'. LESÕES CORPORAIS. TENTATIVA DE MORTE. REEXAME DE PROVA. A VERSAO DE CASO FORTUITO, NA PRODUÇÃO DE LESÕES CORPORAIS NA VÍTIMA, PELA

Falcão, em julgamento de 14 de agosto de 1987, entendeu-se pela impossibilidade do exame de prova, na via restrita do *habeas corpus*⁷⁷.

92. No HC 71019-SP, relatado pelo Ministro Paulo Brossard, em julgado de 18 de outubro de 1994, destacou-se a impossibilidade do exame de prova no âmbito do writ⁷⁸. No HC 80558-RJ, relatado pelo Ministro Nelson Jobim, apontou-se a impossibilidade do profundo exame da prova no procedimento do *habeas corpus*⁷⁹.

93. No HC 80990-RJ, também relatado pelo Ministro Nelson Jobim, em julgamento de 11 de setembro de 2001, reiterou-se pela inviabilidade de se

PACIENTE, EXIGIRIA EXAME COMPLETO E VALORAÇÃO DA PROVA COLHIDA NO INQUERITO, INCOMPATIVEL NO 'WRIT'. RECURSO DE 'HABEAS CORPUS' IMPROVIDO.

⁷⁷ HC 64969 – RJ- **Ementa** - RECURSO DE HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. PEDIDO DE REVOGAÇÃO. APELO ENVOLVENDO QUESTÕES DE PROVA. IMPOSSIVEL, NA VIA RESTRITA DO HABEAS CORPUS. DECRETO DE PRISÃO QUE ATENDE AO DISPOSTO NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPROVIMENTO.

⁷⁸ HC 71019 – SP **Ementa**: "HABEAS CORPUS". Pedido de unificação de penas relativas a doze condenações por delito de roubo. Indeferimento pelo Tribunal. Reexame pela via do "habeas corpus", HC 68.864 e HC 69.224. Caráter excepcional da unificação. Mera reiteração de prática criminosa. Configuração que não prescinde do concurso, necessário e essencial, de outros elementos e fatores, de ordem objetiva, referidos pela lei. Crimes subsequentes que não resultavam do aproveitamento das condições objetivas da prática dos delitos anteriores. Inexistência das condições objetivas: tempo, lugar e maneira de execução. Atos isolados, independentes, sem sequencia ou continuidade. Variação constante de comparsas. Ausência de homogeneidade ou uniformidade nas ações criminosas e nos designios do paciente. Continuidade não caracterizada, HC 68.124. Reiteração criminosa por quem faz do crime de roubo meio de vida. Descabe o benefício da continuidade delitiva, em se tratando de prática habitual e reiterada do crime: HC 68.626, HC 69.899, HC 69.059. Questão que envolve exame de prova. Impossibilidade no âmbito do writ. Não é o habeas corpus meio processual adequado ao exame da ocorrência ou não de continuidade delitiva, já que é impossível chegar-se a tal conclusão sem reapreciação exaustiva de toda a matéria de fato para verificar a presença dos pressupostos do crime continuado. Precedentes do STF: HC 66.587, HC 68.217, HC 67.314, HC 65.820, RECr. n. 95.242, RvC. 4.631, RECr. 87.769, RECr. 89.830. Pedido conhecido, mas indeferida a ordem de "habeas corpus".

⁷⁹ HC 80558 – RJ - **EMENTA**: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. ABSOLVIÇÃO. SENTENÇA. NULIDADE. FUNDAMENTAÇÃO. PENA. PRIVATIVA DE LIBERDADE. RESTRITIVA DE DIREITOS. 1. Absolvição importa em análise da culpabilidade. Para tanto é preciso profundo exame da prova. Impossível em HABEAS. 2. Sentença que faz minudente verificação da prova pré- processual e judicial. Sopresa os antecedentes do acusado e individualiza a pena, levando em consideração os pressupostos legais. Cita doutrina e jurisprudência. Não pode ser anulada por falta de fundamentação. 3. Na hipótese de concurso de infrações a pena mais grave deve ser executada em primeiro lugar (CP, art. 76). Havendo condenação em reclusão e à penas restritivas de direitos, aquela deve ser cumprida em primeiro lugar. Habeas deferido somente no que se refere ao cumprimento, em primeiro lugar, da pena privativa de liberdade. Deverá, depois, cumprir a pena restritiva de direitos.

revolvem em matéria probatória, no julgamento de *habeas corpus*⁸⁰. No HC 84799-SP, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em julgamento de 16 de novembro de 2004, consignou-se na ementa pela *inviabilidade do reexame aprofundado do conjunto probatório em sede de habeas corpus*⁸¹.

94. No HC 83491-SP, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa, em julgamento de 18 de novembro de 2003, ementou-se que *o Supremo Tribunal Federal tem decidido que o remédio do habeas corpus não se presta ao reexame da matéria fático-probatória, na medida em que não tem natureza jurídica de recurso*⁸². No HC 86066-PE, relatado pelo

⁸⁰ HC 80990 – RJ - **Ementa** HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PEDIDO DE EXTENSÃO. DILIGÊNCIAS. FASE DE REQUERIMENTO. DEFESA PRÉVIA E ART. 499 CPP. 1. O Paciente alega prejuízo em face do indeferimento de diligências. Pretende se beneficiar com a decisão proferida no HC 80.159. Inexiste similitude entre as diligências relativas ao HC 80.159, no qual era paciente o co-réu, e as que são objeto deste HABEAS. 2. O momento processual em que as diligências foram requeridas nos dois processos também não são coincidentes. No HC 80.159 as diligências foram requeridas na defesa prévia e posteriormente reiteradas no prazo do art. 499 do CPP. No caso deste HABEAS tratam-se de diligências indeferidas no prazo do art. 499 do CPP. Nesta, fase, o juiz pode, fundamentadamente, indeferir diligências que considere desnecessárias, meramente protelatórias. Precedentes. A análise do pedido de identificação dos automóveis por uma das testemunhas do processo implicaria em revolver matéria probatória. O que é inviável nos limites do HABEAS. 3. Ademais, impossível estender ao paciente decisão exarada no HABEAS 80.159, por ter a diligência caráter pessoal. HABEAS conhecido e indeferido.

⁸¹ HC 84799 – SP -EMENTA: I. Habeas corpus: pedido juridicamente impossível. Pedido de que seja afastada a qualificadora reconhecida pelo Júri - por manifesta contrariedade à prova dos autos - para "revisão e redução da pena", sem que seja o paciente submetido a um "segundo julgamento", é juridicamente impossível, à vista do que dispõe o artigo 593, § 3º, 1º parte, do C. Proc. Penal, incidente na hipótese de apelação contra o veredito do Júri, com fundamento na alínea d do inciso III do mesmo artigo. II. HC - Competência originária do STJ Não pode o STF conhecer originariamente de questão suscitada pelo impetrante - progressão para regime inicial aberto -, que não foi antes submetida ao Superior Tribunal de Justiça.

⁸² HC 83491 – SP - EMENTA: HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS INTEMPESTIVO. CONHECIMENTO COMO HABEAS CORPUS. INADEQUAÇÃO DO REMÉDIO PARA O REEXAME DE PROVAS. CRIME HEDIONDO E REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO. HIPÓTESE DE FIXAÇÃO APENAS DO REGIME INICIAL FECHADO. OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, QUANTO À TESE JULGADA, CONCEDIDA. 1. O recurso ordinário em habeas corpus, quando intempestivo, poderá ser conhecido como writ substitutivo desse recurso. 2. O Supremo Tribunal Federal tem decidido que o remédio de habeas corpus não se presta ao reexame da matéria fático-probatória, na medida em que não tem natureza jurídica de recurso. 3. A Lei 8.072/90 impõe aos "crimes hediondos" o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade. 4. Na hipótese em exame, a sentença condenatória cingiu-se a determinar o regime inicialmente fechado. Com seu trânsito em julgado, a alegação de inobservância da lei torna-se impossível, sob pena de violação do princípio ne reformatio in pejus. 5. Ordem parcialmente conhecida e, no mérito, concedida.

Ministro Sepúlveda Pertence, em julgamento de 6 de setembro de 2005, definiu-se pela inviabilidade do exame de provas em *habeas corpus*⁸³.

95. No HC 102312-RS, relatado pela Ministra Cármem Lúcia, em julgamento de 3 de agosto de 2010, firmou-se mais uma vez a tese da impossibilidade do reexame do conjunto fático e probatório⁸⁴. No HC 103606-RJ, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em julgamento de 21 de setembro de 2010, entendeu-se mais uma vez pela impossibilidade de se revolver conjunto fático-probatório em sede de *habeas corpus*⁸⁵.

⁸³ HC 86066 – PE - **Ementa** 1. Habeas corpus: inviabilidade: alegação de ausência de crime, cuja verificação demandaria o revolvimento de fatos e provas, a que não se presta o HC; além de típicos, ao menos em tese, os fatos narrados na denúncia. 2. Crime impossível (Súmula 145): não ocorrência, no caso. O fato como descrito na denúncia amolda-se ao que a doutrina e a jurisprudência tem denominado flagrante esperado, dado que dele não se extrai que o paciente tenha sido provocado ou induzido à prática do crime. Ademais, a denúncia imputa ao paciente outros delitos que, antes do flagrante, já se teriam consumado. 3. Inquérito: ausência de formalidade no relatório da autoridade policial: as nulidades do inquérito não alcançam a ação penal: precedentes. 4. Prisão em flagrante: ausência de representante da OAB no ato de sua lavratura: suspensão da eficácia da expressão contida no inciso IV do art. 7º, da Lei 8.906/64 (cf. ADIn 1127-MC-QO, 6.10.94, Brossard, DJ 29.6.01), que assegurava o direito aos advogados; falta, ademais, de prova pré-constituída de que o paciente estava no exercício de atos típicos de estagiário da advocacia. 5. Fiança: indeferimento: presença de motivos para a prisão preventiva, além de superior a dois anos de reclusão a soma das penas mínimas cominadas aos delitos a que o paciente responde em concurso material (C.Pr.Penal, art. 323,I). 6. Prisão processual: excesso de prazo após o encerramento da instrução, não atribuível à Defesa: liberdade provisória deferida. O encerramento da instrução criminal supera o excesso de prazo para a prisão processual que antes se tivesse verificado, mas não elide o que acaso se caracterize pelo posterior e injustificado retardamento do término do processo, não atribuível à Defesa.

⁸⁴ HC 102312 – RS - EMENTA: HABEAS CORPUS CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA POR AUSÊNCIA DE DOLO DIRETO. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO: IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. Estando a denúncia em conformidade com a lei, é impossível a análise do pedido de trancamento da ação penal por meio de habeas corpus, já que isso somente é permitido, na via estreita desta ação, quando, pela análise das provas que acompanham a denúncia, ficar flagrante a inexistência de autoria ou de materialidade, ou não houver lastro probatório mínimo para a deflagração da ação penal. Precedentes. 2.ável, no acanhado procedimento do habeas corpus, a apreciação das afirmativas da Impetrante, porque demandaria a análise do conjunto fático-probatório, o que somente poderia ser feito em sede judicial própria. 3. O exame da alegada inocência do Paciente não se coaduna com a via processual eleita, sendo essa análise reservada aos processos de conhecimento, nos quais a dilação probatória tem espaço garantido. 4. Ordem denegada.

⁸⁵ HC 103606 – RJ - EMENTA: HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL MILITAR. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO DELITO TIPIFICADO NO ART. 251, § 3º, COMBINADO COM O ART. 53, AMBOS DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SE REVOLVER CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO EM SEDE DE HABEAS CORPUS. PRECEDENTES. WRIT DENEGADO. I – A condenação, ao menos no exame que se pode fazer nesta via estreita, encontra-se devidamente fundamentada e comprovada pelos elementos de provas colhidos nos autos da ação penal, tendo o Superior Tribunal Militar, ao desclassificar as condutas descritas na denúncia, condenado o paciente e outras sete pessoas pelo crime de estelionato, previsto

96. No HC 107488-PR, também relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, em julgamento de 14 de junho de 2011, definiu-se pela inviabilidade da dilação probatória na estreita via do *habeas corpus*⁸⁶. De igual modo, no HC 82377-RJ, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, em julgamento de 5 de novembro de 2002, quando fincou-se na impossibilidade do exame de prova em *habeas corpus*⁸⁷.

no art. 251, § 3º, combinado com o art. 53, ambos do Código Penal Militar. II – Rebater os fundamentos do acórdão condenatório exigiria o exame aprofundado de provas, impossível em sede de habeas corpus, visto tratar-se de instrumento destinado à proteção de direito líquido e certo, demonstrável de plano, que não admite dilação probatória. III – Juntamente com a impetração deste mandamus, a defesa interpôs sucessivos recursos protelatórios nesta Suprema Corte, sem qualquer conteúdo jurídico que viabilize o seu conhecimento, quanto mais o seu provimento. Tenta, na verdade, a todo custo, impedir o trânsito em julgado da condenação, com manobras processuais inadmissíveis e repudiáveis pelo nosso sistema processual-constitucional penal. IV - Esse comportamento processual do paciente só demonstra a inviabilidade do próprio writ, que, pelo visto, está sendo utilizado, uma vez mais, para o revolvimento das questões de mérito e para o retardamento da aplicação da lei penal, fins aos quais não se destina. V – Habeas corpus denegado.

⁸⁶ HC 107488 – PR - Ementa: HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. PACIENTES CONDENADOS POR UM LATROCÍNIO CONSUMADO E OUTRO TENTADO, ALÉM DO DELITO DE ROUBO QUALIFICADO. BENS SUBTRAÍDOS DE PROPRIEDADE DO EXÉRCITO BRASILEIRO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. INDEFERIMENTO DE NOVA PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CULPABILIDADE. IMPROCEDÊNCIA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VERIFICAÇÃO DA CORRETA DOSIMETRIA DA PENA. INVIALIDADE NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. AGRAVANTE DO ART. 70, II, D, DO CPM MANTIDA. CONFESSÃO ESPONTÂNEA NÃO EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA. I – Hipótese de incidência das alíneas a e b do inciso III do art. 9º do Código Penal Militar, afastando qualquer dúvida sobre a competência da Justiça Militar para processar e julgar os latrocínios (um consumado e outro tentado) e o roubo dos objetos pertencentes ao Exército Brasileiro, os quais se encontram devidamente relacionados na denúncia. II – Conforme remansosa jurisprudência desta Corte, não há falar em cerceamento ao direito de defesa quando o magistrado, de forma fundamentada, lastreado nos elementos de convicção existentes nos autos, indefere pedido de diligência probatória que repute impertinente, desnecessária ou protelatória, não sendo possível se afirmar o acerto ou desacerto dessa decisão nesta via processual. III – Reconhecimento, pelo exame pericial, que os pacientes possuíam efetiva consciência do caráter ilícito de suas condutas, o que impossibilita a exclusão da responsabilização penal. Para se afirmar o contrário, seria necessária a dilação probatória, o que, nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte, também não é permitido na via estreita do writ. IV – Não se presta o habeas corpus para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual foram condenados os pacientes. Precedentes. V – Agravante do art. 70, II, d, do Código Penal Militar (à traição, de emboscada, com surpresa, ou mediante outro recurso insidioso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima) que deve ser mantida, ante o relato de que os pacientes e os outros três corréus dividiram-se em dois grupos para, à noite, surpreender os militares que, desarmados, estavam em seus alojamentos, alguns já dormindo. VI – Não há, na sentença ou no acórdão, qualquer referência à confissão, e tampouco a impetração apontou em que trecho dos depoimentos dos pacientes tenha ela ocorrido, o que impede o seu reconhecimento nesta sede por desafiar revolvimento probatório, inviável na via estreita do habeas corpus. VII – Ordem denegada.

⁸⁷ HC 82377 – RJ - EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL . TRANCAMENTO: FALTA DE JUSTA CAUSA. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DE

97. No HC 82394-SP, também relatado pelo Ministro Carlos Velloso, em julgamento de 22 de outubro de 2002, entendeu-se pela não admissão do exame do conjunto probatório, em tema de *habeas corpus*⁸⁸. No HC 82332-PE, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, em julgamento de 24 de setembro de 2002, consignou-se na ementa a *inexistência de dilação probatória no processamento do habeas corpus*⁸⁹.

98. No HC 82132 AgR- SP, relatado pela Ministra Ellen Gracie, em julgamento também de 24 de setembro de 2002, entendeu-se pela impossibilidade de aferição de exame probatório⁹⁰. No HC 81993-MT, relatado pela Ministra Ellen Gracie, em julgamento de 18 de junho de 2002, consignou-se que a necessidade de exame acurado de prova é inviável no âmbito restrito e expedito do *writ*⁹¹.

PROVA. I. - A alegação de falta de justa causa para o processo implica o revolvimento do conjunto probatório, o que não se admite em sede de habeas corpus. II. - HC indeferido.

⁸⁸ HC 82394 – SP - EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PROVA: EXAME. I. - A pretensão de ver afastada da condenação a majorante do art. 18, I, da Lei 6.368/76, ao argumento de que não existe nos autos prova da internacionalidade do tráfico, implicaria o reexame do conjunto probatório, o que não se admite no processo do habeas corpus. II. - H.C. indeferido.

⁸⁹ HC 82332 – PE - EMENTA: Habeas corpus. 2. Superior Tribunal Militar. 3. Trancamento de ação penal. 4. Alegação de ausência de elemento indiciário a demonstrar a tipicidade da conduta. 5. Configuração, em tese, de crime (art. 210, § 2º do CPM) a ensejar justa causa para a tramitação da ação penal. 6. Inexistência de dilação probatória no processamento do habeas corpus. 7. Precedentes. 8. Indeferimento do habeas corpus.

⁹⁰ HC 82132 Ementa -AgR-SP- "HABEAS CORPUS". COLIDÊNCIA DE DEFESAS E DEFESA DEFICIENTE. NÃO OCORRÊNCIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. AFERIÇÃO QUE DEPENDE DE EXAME PROBATÓRIO. DESCLASSIFICAÇÃO (ART. 29, § 2º DO CÓDIGO PENAL). NECESSIDADE DE ANÁLISE DA AMPLITUDE DO DOLO, INVÍAVEL NESTA SEDE. CRIME HEDIONDO. REGIME PRISIONAL INTEGRALMENTE FECHADO. IMPOSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO. A LEI Nº 9.455/97, QUE ADMITE A PROGRESSÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA EM RELAÇÃO AO CRIME DE TORTURA, NÃO SE APLICA AOS OUTROS DELITOS REFERIDOS PELA LEI Nº 8.072/90. PRECEDENTES (HC Nº 76.543, REL. MIN. SYDNEY SANCHES, DJ 17.04.98, E RE Nº 237.846, REL. MIN. MOREIRA ALVES, DJ 30.04.99). "HABEAS CORPUS" INDEFERIDO.

⁹¹ HC 81993-MT- EMENTA: Habeas corpus. Inquérito policial baseado em elementos objeto de busca e apreensão, considerada ilegal em sede de mandado de segurança. Decisão que determinou a restituição dos documentos apreendidos. Pretensão de subordinar os elementos colhidos posteriormente à busca e apreensão a este ato, considerando-os ilícitos com base na teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). Pretensão afastada, diante da não demonstração inequívoca de que todos os elementos que lastream o inquérito policial são derivados da busca e apreensão. Necessidade de exame acurado de prova, inviável no âmbito restrito e expedito do writ. Habeas corpus indeferido.

99. No HC 81617-MT, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, em julgamento de 4 de junho de 2002, consignou-se que o revolvimento do conjunto probatório não é admitido nos estreitos limites do *habeas corpus*⁹². No HC 81517-SP, relatado pelo Ministro Maurício Correa, em julgamento de 2 de abril de 2002, também se definiu pela impossibilidade de se transitar no contexto probatório no processo de *habeas corpus*⁹³.

VII) Conclusões

100. De tudo quanto se pode apurar e levantar, para efeitos de encaminhamento de informações ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, pode-se concluir:

⁹² HC 81617-MT - EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. QUESTÃO NOVA: EXCESSO DE PRAZO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. CONEXÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. CPP, ART. 82. EXAME DE PROVAS: IMPOSSIBILIDADE. I. - O habeas corpus não pode ser conhecido quanto à alegação de excesso de prazo, tendo em vista que tal questão não foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça. II. - No concurso de crimes, a competência criminal da Justiça Federal para um deles atrai o processo dos crimes conexos. Isto não ocorrerá, entretanto, quando já exista sentença condenatória proferida pela Justiça estadual, hipótese em que, embora os crimes tenham sido reunidos em processo único na Justiça do Estado, aplica-se o art. 82 do Código de Processo Penal, restringindo-se a nulidade ao delito federal. Precedentes: HC 57.949-SP, Xavier de Albuquerque, "DJ" 17.10.80; HC 74.788-MS, Sepúlveda Pertence, "DJ" 12.9.97". III. - O exame da alegação de que a denúncia implicitamente fez referência à prática de tráfico internacional de entorpecentes implicaria o revolvimento do conjunto probatório, o que não se admite nos estreitos limites do habeas corpus. IV. - H.C. conhecido em parte e, nessa parte, indeferido.

⁹³ HC 81517 – MT - EMENTA: HABEAS-CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. CALÚNIA CONTRA MAGISTRADO. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA OFERECER DENÚNCIA. IMPROCEDÊNCIA. IMUNIDADE MATERIAL DO ADVOGADO. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. EXCLUDENTE DE ANTIJURIDICIDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. 1. Habeas-corpus. Trancamento de ação penal por ausência de justa causa. Medida de caráter excepcional que pressupõe, de plano, a constatação de ser atípica a conduta incriminada, a ocorrência de hipóteses de extinção da punibilidade ou inocência do acusado. Necessidade de incursão no contexto probatório, afeto à instrução criminal. Impossibilidade. Precedentes. 2. Calúnia contra magistrado e legitimidade do ministério público para oferecer a denúncia. Ofensas irrogadas contra agente público, relacionadas com o exercício do "munus público". Ação pública condicionada à representação. Illegitimidade do Ministério Público para oferecer denúncia, em virtude da iniciativa do ofendido. Alegação improcedente. 3. Imunidade material do advogado. Garantia constitucional que, na forma da lei, assegura a inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão. Imunidade relativa, que não alcança a ofensa caracterizada como calúnia, haja vista as disposições do Estatuto da Ordem dos Advogados e do Código Penal. Precedentes. 4. Estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito. Excludentes de antijuridicidade. Ocorrência. Alegação improcedente. O estrito cumprimento do dever legal do profissional da advocacia pressupõe sua manifestação sobre questões pertinentes ao objeto da causa e o exercício regular do direito, a observância aos requisitos objetivos delineados pelo Poder Público, para fazer prevalecer o direito subjetivo, penal e extrapenal, do acusado. Habeas-corpus indeferido.

- a. *Eventual limitação à liberdade de locomoção, por parte do paciente, é resultado da proteção que o Governo do Brasil lhe garante;*
- b. *Não se configura, no caso presente, constrangimento ou limitação que justifique impetração e deferimento de ordem em habeas corpus; a situação não enseja a aplicação do inciso LXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal, especialmente no contexto do art. 648 do Código de Processo Penal;*
- c. *As autoridades brasileiras vêm sistematicamente buscando solução negociada para o problema; disso faz prova, entre outros, o Grupo de Trabalho que cuida da questão, e que se desdobra em pleno funcionamento;*
- d. *Ao paciente tem se possibilitado condições adequadas de estada na Embaixada do Brasil em La Paz, mediante a disponibilização, inclusive, do uso de meios de comunicação, bem como de serviços médicos;*
- e. *A jurisprudência internacional invocada, relativa à Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em tema de competência territorial internacional, não se presta ao caso presente, porque prisioneiros norte-americanos em Cuba estariam ainda sob o jugo e responsabilidade das autoridades norte-americanas;*
- f. *O processo deve ser extinto sem enfrentamento do mérito, por força do art. 267, VI, do Código de Processo Civil; de igual modo, em decorrência da necessidade do exame de provas, impraticável no habeas, deve-se arquivar o feito, com fundamento no art. 192 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal;*
- g. *Não se vislumbra na petição inicial a identificação das condições da ação, justificativas de possibilidade de busca de provimento judicial;*

- h. Não conseguiu o impetrante identificar e qualificar a possibilidade jurídica do pedido;*
- i. Os pedidos formulados pelo impetrante não são juridicamente possíveis, isto é, se o Governo brasileiro propiciar ao paciente o veículo requerido para que possa sair da Bolívia, estaríamos violando a ordem internacional, descumprindo decisões judiciais de Tribunais bolivianos, que já decidiram que o paciente não pode deixar o País;*
- j. Não se tem como se garantir a segurança do paciente, sem que se tenha o necessário salvo-conduto, a ser providenciado pelo Governo da Bolívia;*
- k. Não se qualifica também o interesse de agir, em face da impossibilidade de se avaliar extenso conjunto probatório, em âmbito de habeas corpus, nos termos de copiosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inventariada e reproduzida nas presentes informações;*
- l. Constata-se ilegitimidade da parte, porquanto a autoridade indicada como coatora não coage, restringe, limita ou obstaculiza a circulação do paciente, que recebeu a condição de asilado, por requerimento próprio;*
- m. A confecção e entrega de salvo-conduto, necessário para que o paciente possa deixar a Bolívia, é de discricionariedade do Governo daquele País, não podendo a autoridade judicial brasileira determinar cumprimento de obrigação de fazer;*
- n. A Embaixada brasileira na Bolívia enviou nota ao Governo boliviano, noticiando da concessão da condição de asilado ao paciente, dando início a tratativas com o objetivo de obtenção de salvo conduto;*

- o. A Bolívia não ratificou a Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático e, nesse sentido, não é obrigada a providenciar e a entregar salvo-conduto;*
- p. A decisão de eventual entrega de salvo-conduto, em favor do paciente, é característica do exercício da soberania, por parte da Bolívia, situação que não pode ser construída a partir de ordem proferida em habeas corpus;*
- q. Há na Bolívia vedações internas para entrega de salvo-conduto ao paciente, dado que cortes bolivianas teriam proferido várias ordens impeditivas da saída do paciente do País;*
- r. A continuidade da permanência do paciente na Embaixada do Brasil em La Paz não é resultado de eventual inação das autoridades brasileiras; decorre, basicamente, da complexidade do caso, e das nuances que a situação apresenta, a propósito, principalmente, da não ratificação, por parte da Bolívia, da Convenção que rege a matéria;*
- s. Eventuais restrições a visitas que o paciente recebe na Embaixada brasileira em La Paz decorrem da necessidade do Brasil cumprir norma internacional, no sentido de que não se pode permitir que o asilado intervenha na política interna do Estado territorial;*
- t. As autoridades brasileiras não tem violado a liberdade física ou de expressão do paciente; tem, apenas, e quando necessário, adequado o regramento da estada do paciente na Embaixada à ordem internacional;*
- u. Poder-se-ia cogitar de habeas corpus, em tese, e no limite, se as autoridades brasileiras não permitissem que o paciente deixasse a Embaixada em La Paz, o que não é, e nunca foi, componente do caso que se tem para decidir;*

- v. *Eventual decisão do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as providências requeridas fossem tomadas, estaria o Brasil exposto a sanções internacionais, pelo descumprimento de cláusula de tratado internacional, devidamente ratificado e internalizado;*
- w. *Eventual decisão do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as providências requeridas fossem tomadas, não teria o Brasil como garantir a segurança do paciente, por força da inexistência do salvo-conduto;*
- x. *A concessão do asilo decorreu de uso de uma prerrogativa do Governo brasileiro, não exprimiu a concretização de eventual direito potestativo, supostamente em favor do paciente;*
- y. *É a própria segurança e incolumidade do paciente que exige a forma cautelosa com a qual as autoridades brasileiras têm tratado o assunto;*
- z. *A autoridade impetrada cumpre, rigorosamente, todos os comandos constitucionais que informam a matéria, a exemplo da não-intervenção (respeitando o fato de que o Governo da Bolívia não ratificou a Convenção de Caracas), da prevalência dos direitos humanos (zelando pela integridade do paciente que se encontra em nossa Embaixada), da solução pacífica dos conflitos (negociando incessantemente com as autoridades bolivianas) e da concessão do asilo político (do que faz prova a Nota nº 361 da Embaixada do Brasil em La Paz ao Ministério das Relações Exteriores do Estado Plurinacional da Bolívia).*

São essas, Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado Advogado-Geral da União, as informações que recomendo sejam encaminhadas ao Egrégio Supremo Tribunal Federal, depois de colhidos vários subsídios, principalmente, entre as autoridades do Ministério das Relações Exteriores,

que presentemente conduzem negociações junto ao Governo da Bolívia, com o objetivo de se resolver definitivamente a questão, no contexto da diplomacia e da compreensão entre os povos.

Brasília, 31 de maio de 2013.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Consultor-Geral da União