

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

FABRÍCIO DA SILVA HENRIQUES

**O DESENVOLVIMENTO DA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA E DA ASSISTÊNCIA
CONSULAR E A CONTRIBUIÇÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: uma
análise dos casos LaGrand, Avena e Diallo**

DISSERTAÇÃO

BRASÍLIA

2016

FABRÍCIO DA SILVA HENRIQUES

**O DESENVOLVIMENTO DA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA E DA ASSISTÊNCIA
CONSULAR E A CONTRIBUIÇÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: uma
análise dos casos LaGrand, Avena e Diallo**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, do programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição, da Universidade de Brasília, referente à linha de pesquisa n° 3 intitulada Sistemas de Justiça, Direitos Humanos e Educação Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. George Rodrigo
Bandeira Galindo

BRASÍLIA

2016

Ficha catalográfica elaborada automaticamente,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

HF126d HENRIQUES, FABRICIO DA SILVA
O DESENVOLVIMENTO DA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA E DA
ASSISTÊNCIA CONSULAR E A CONTRIBUIÇÃO DA CORTE
INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: uma análise dos casos
LaGrand, Avena e Diallo / FABRICIO DA SILVA
HENRIQUES; orientador GEORGE GALINDO. -- Brasília,
2016.

148 p.

Dissertação (Mestrado - Mestrado em Direito) --
Universidade de Brasília, 2016.

1. Proteção Diplomática. 2. Assistência Consular.
3. Corte Internacional de Justiça. 4. Direitos
Humanos. I. GALINDO, GEORGE, orient. II. Título.

TERMO DE APROVAÇÃO

O DESENVOLVIMENTO DA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA E DA ASSISTÊNCIA CONSULAR E A CONTRIBUIÇÃO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA: uma análise dos casos LaGrand, Avena e Diallo"

Por

Fabício da Silva Henriques

Esta dissertação foi apresentada às _____ do dia 16 de março de 2016 como requisito parcial para a obtenção do título de MESTRE em DIREITO, Linha de Pesquisa Sistemas de Justiça, Direitos Humanos e Educação Jurídica, do Programa de Pós-Graduação em DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO, da Universidade de Brasília. O candidato foi arguido pela Banca Examinadora composta pelos professores abaixo assinados. Após deliberação, a Banca Examinadora considerou o trabalho _____

Prof. Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo
(Orientador)

Prof. Dr. Wagner Menezes
(USP)

Prof. Dr. Otávio Augusto Cançado Trindade
(MRE)

Prof. Dr. Eugênio José Guilherme de Aragão
(UnB – Suplente)

Dedicatória

Dedico este trabalho à minha família, aos meus amigos e minhas amigas, de sangue, de afinidade, de vida.

“Amai-vos uns aos outros, assim como eu vos amei. Ninguém tem amor maior do que aquele que dá a vida por seus amigos. Vós sois meus amigos...” (Jo, 15, 12-17)

AGRADECIMENTOS

Teria muito pouco a celebrar a conclusão desse trabalho, não fosse o apoio, a força e o incentivos que recebi ao longe desses 24 meses de muito trabalho. Gratidão é muito pouco, mas é o muito que tenho a oferecer neste curto espaço. Desse modo, agradeço, antes de tudo a Deus, pela Sua existência, pelo consolo de minhas derrotas e pela satisfação em minhas conquistas. A Ele devo tudo, inclusive este dedicado, mas incompleto trabalho.

Agradeço também à minha família: ao amor maior de minha mãe, Risoneide, grande exemplo de ser humano em todos os fatores; ao afeto incondicional, exemplo acadêmico e de dedicação de meu pai, Manoel; à generosidade, e ao coração grande de meu irmão, Daniel; à docura, ternura, simpatia e excelência de minha irmã, Simone e ao exemplo de alegria, trabalho, retidão e prestatividade de meu cunhado-irmão, Jessé. Não poderia deixar de dedicar também aos meus sobrinhos, Guilherme e Sofia, que enchem meu coração de amor e alegria, mesmo à distância

À Monique, companheira das horas difíceis e parceira dos momentos felizes, a quem devo muito pela conclusão desse trabalho. Todo o meu carinho e amor são a ti devotados.

Gostaria de agradecer, em especial, ao meu orientador, professor George Galindo, pela prestatividade, atenção, compromisso com o trabalho e pelo zelo acadêmico em suas análises, sempre educadíssimo em seus apontamentos, mesmo quando eu talvez não merecesse. Um grande mestre com quem divido os méritos desse trabalho, embora as eventuais falhas sejam de minha inteira responsabilidade.

Sou agraciado por ter muitos amigos e amigas, e em razão disso seria injusto deixar alguém de fora. No entanto, em nome de Túlio e Camila, com quem dividi o mesmo teto durante todo esse tempo em Brasília, eu agradeço o apoio e o carinho de todos os meus amigos e minhas amigas, que dividiram este sonho que se realiza.

Por fim, gostaria de agradecer à Universidade de Brasília, em nome da servidora Euzilene e do bibliotecário Marcelo, pela forma atenciosa e prestativa que sempre fui tratado. Igualmente, gostaria de agradecer a toda a equipe da biblioteca do Supremo Tribunal Federal, pelo apoio na busca de materiais e de bibliografias essenciais a consecução dessa pesquisa.

- *Pai, a terra não envelhece. É porquê?*

- *É porque trabalha deitada. Quando cansa ela já está em sua esteira, quieta no sono dela. Aprendi muito da terra. É o que você deveria fazer. (Mia Couto, Terra Sonâmbula, 1997)*

RESUMO

O presente trabalho analisa o desenvolvimento da proteção diplomática e da assistência consular, institutos jurídicos que, embora tenham sido concebidos em bases eminentemente interestatais, tem sido progressivamente servido à proteção internacional da pessoa humana. Nesse sentido, por meio de análise documental e bibliográfica, será analisado o desenvolvimento de ambos os institutos. Igualmente, será enfatizada a análise dos casos LaGrand, Avena e Diallo, da Corte Internacional de Justiça, que permitirão identificar em que medida esta Corte tem contribuído para a mudança nas bases de cada instituto. Ao final, pretende-se constatar a mudança no padrão da proteção diplomática, tradicionalmente caracterizado como um direito substantivo, para a readequação como mecanismo instrumental de invocação de responsabilidade internacional do Estado. Em relação à assistência consular, será observado que, embora tenha havido abordagens diferentes na categorização do direito à assistência consular entre a Corte Interamericana e a Corte Internacional de Justiça, ambas contribuíram para o reconhecimento universal desse direito individual.

Palavras chave: proteção diplomática. assistência consular. Corte Internacional de Justiça.

ABSTRACT

This work aims at analyzing the development of diplomatic protection and consular assistance, legal institutions that, although they had been conceived mostly on interstate bases, they have progressively been linked to international protection of human person. In this sense, through documental and bibliographic research, the development of both institutions will be analyzed. Likewise, the study of LaGrand, Avena and Diallo cases of the International Court of Justice will be emphasized, which will lead to identify how much has the Court been contributed to the changes in the underpinnings of each institution. At the end, it is expected to realize the changes in diplomatic protection base, from a substantive right towards its reshaping into an instrumental mechanism of invoking state responsibility for international wrongful acts. Concerning consular assistance, it will be observed that, although the differences in approaching between the Inter-American Court of Human Rights and the International Court of Justice, both of them have contributed to the universal recognition of this individual right.

Keywords: diplomatic protection. consular assistance. International Court of Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. CAPÍTULO I – A PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA	13
1.1 Considerações Iniciais	13
1.2 Desenvolvimento Histórico	14
1.3 Conceito	21
1.4 Natureza Jurídica da proteção diplomática	25
1.5 Condições para o exercício da proteção diplomática	28
1.5.1 <i>Nacionalidade do particular</i>	28
1.5.1.1 Dupla nacionalidade e nacionalidade predominante	30
1.5.1.2 Nacionalidade contínua.....	33
1.5.1.3 Apátridas, Refugiados e membros de tripulações	35
1.5.2 <i>Prévio Esgotamento dos Recursos Internos</i>	37
1.5.3 <i>Conduta correta da pessoa ou doutrina das “mãos limpas”</i>	42
1.6 O exercício da proteção diplomática	43
1.7 A obrigatoriedade da proteção diplomática	44
2. CAPÍTULO II – ASSISTÊNCIA E PROTEÇÃO CONSULARES	47
2.1 Assistência Consular	47
2.1.1 <i>Funções de âmbito interno</i>	49
2.1.2 <i>Funções de âmbito externo</i>	50
2.2 Proteção Consular	62
3. CAPÍTULO III – A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA E OS INSTITUTOS DA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA E DA ASSISTÊNCIA CONSULAR	70
3.1 Caso LaGrand (Alemanha v. Estados Unidos da América)	72
3.1.1. <i>Sentença de Mérito (27 de junho de 2001)</i>	75
a) O artigo 36, 1 e a inter-relação entre as alíneas “a”, “b” e “c”.	78
b) “procedural default” e violação ao art. 36, 2, CVRC	82
c) violação das Medidas Provisórias de 1999	83
d) garantias de não repetição	85
3.2 Caso Avena e outros nacionais mexicanos (México v. EUA)	86
3.2.1 <i>Medidas Provisórias (05 de fevereiro de 2003)</i>	86

3.2.2	<i>Sentença de Mérito (31 de março de 2004)</i>	89
a)	A violação ao artigo 36, 1, da CVRC e o exercício da proteção diplomática por indivíduos de dupla nacionalidade.....	94
b)	A definição de “without delay” no artigo 36, 1, b, da CVRC	94
c)	Violação ao artigo 36, 1, “b” e a privação do México em oferecer assistência consular aos seus 52 nacionais e a privação destes em receber essa proteção, conforme artigo 36, 1, alíneas “a” e “c”, da CVRC.	98
d)	Artigo 36, 2, CVRC e o procedural default.....	99
3.3	Caso Ahmadou Sadio Diallo – Exceções Preliminares (24 de maio de 2007)	101
3.3.1.	<i>Proteção Diplomática de Diallo como indivíduo</i>	103
3.3.2.	<i>Proteção Diplomática de Diallo como sócio das empresas</i>	105
3.3.3	<i>Proteção Diplomática por substituição</i>	106
3.4.	Caso Diallo – Sentença de Mérito (30 de novembro de 2010)	109
3.4.1.	<i>Violação ao artigo 36, 1, “b”, da CVRC</i>	110
3.5.	Caso Diallo – Sentença de Reparações (12 de junho de 2012)	115
4.	CAPÍTULO IV – CONTRIBUIÇÃO DA CIJ PARA O DESENVOLVIMENTO ATUAL DOS INSTITUTOS DA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA E DA ASSISTÊNCIA CONSULAR	119
4.1.	Proteção Diplomática: rumo ao caráter instrumental do instituto	120
4.2	Assistência Consular: desenvolvimento conservador	127
4.3	A Corte Internacional de Justiça e as Cortes de Direitos Humanos	134
	CONCLUSÃO	138
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	141

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade analisar dois institutos jurídicos que, embora possuam desenvolvimentos próprios e concepções distintas, podem ser relacionados à proteção da pessoa humana. Trata-se da proteção diplomática e da assistência consular.

A proteção diplomática possui natureza costumeira, desenvolvida notadamente ao longo dos últimos dois séculos e tradicionalmente entendida como um direito exclusivo do Estado, que endossava a proteção a seu nacional, baseada na ficção jurídica de que uma ofensa ao indivíduo significava indiretamente uma ofensa ao próprio Estado. Muitas vezes utilizada como instrumento de poder de Estados com maior poder em detrimento de Estados mais pobres, a proteção diplomática foi duramente criticada, sobretudo por países latino-americanos, que em passado não muito distante eram vítimas do uso da força, sob pretexto de exercício da proteção diplomática.

Com o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, principalmente dos sistemas regionais de proteção, muitos autores chegaram a advogar a obsolescência da proteção diplomática, dados os pressupostos discricionários em favor do Estado e das limitações impostas pelas regra da nacionalidade, que não faria sentido, uma vez que, a partir do pós-IIIGM, era o próprio indivíduo enquanto ser humano que era titular de direitos em face de seu próprio Estado de nacionalidade.

Embora a Corte Internacional de Justiça ainda lidasse com demandas relacionadas ao exercício da proteção diplomática, os casos versavam normalmente sobre proteção a investimentos ou a proteção diplomática de pessoas jurídicas. Ao final da década de 1990, contudo, uma série de casos envolvendo indivíduos no corredor da morte trouxe à tona a proteção diplomática para o debate. Conforme se poderá constatar das referências pesquisadas, percebe-se um grande impulso na doutrina para trabalhar os casos LaGrand e Avena, o que implicou inúmeros artigos e monografias a respeito do tema.

Em momento oportuno, a Comissão de Direito Internacional da ONU, após décadas de discussões, resolveu separar o estudo da proteção diplomática da temática relacionada à

responsabilidade dos Estados por atos ilícitos internacionais. O desenvolvimento dos casos LaGrand e Avena foi concomitante com o período de discussão na CDI sobre proteção diplomática.

Depois de publicado o Projeto de Artigos sobre Proteção Diplomática, em 2006, outro caso envolvendo proteção diplomática teve seu julgamento iniciado: trata-se do caso Diallo, também objeto de estudo. Tendo em conta que o caso Diallo foi constituído por três julgamentos distintos, percebe-se que a maior parte dos estudos sobre proteção diplomática centrou-se na primeira sentença, de exceções preliminares, de 2007. Não se sabe o motivo, mas a ênfase dada nos casos LaGrand e Avena e na primeira sentença do caso Diallo não se repetiu na sentença de mérito, de 2010, e na de reparações, de 2012. Desse modo, embora a temática da proteção diplomática, e mesmo de sua relação com os casos LaGrand, Avena e Diallo (2007) já tivessem sido objeto de publicações, este trabalho ainda se justifica pela continuação da análise, de maneira completa, de todas as fases que envolveu os três casos e que, conforme será analisado, resultou em mudança significativa no entendimento de alguns pressupostos do instituto da proteção diplomática.

O segundo instituto jurídico estudado no presente trabalho é a assistência consular. Diferentemente do primeiro instituto, a base da assistência consular é encontrada em disposições convencionais, notadamente a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963. A fim de iniciar a familiarização com o tema, é importante transcrever o artigo-chave para o desenvolvimento da análise, o artigo 36 da referida convenção:

Art.36

1. With a view to facilitating the exercise of consular functions relating to nationals of the sending State:

(a) consular officers shall be free to communicate with nationals of the sending State and to have access to them. Nationals of the sending State shall have the same freedom with respect to communication with and access to consular officers of the sending State;

(b) if he so requests, the competent authorities of the receiving State shall, without delay, inform the consular post of the sending State if, within its consular district, a national of that State is arrested or committed to prison or to custody pending trial or is detained in any other manner. Any communication addressed to the consular post by the person arrested, in prison, custody or detention shall be forwarded by the said authorities without delay. The said authorities shall inform the person concerned without delay of his rights under this subparagraph;

(c) consular officers shall have the right to visit a national of the sending State who is in prison, custody or detention, to converse and correspond with him and to arrange for his legal representation. They shall also have the right to visit any national of the sending State who is in prison, custody or detention in their district in pursuance of a judgement. Nevertheless, consular officers shall refrain from taking action on behalf of a national who is in prison, custody or detention if he expressly opposes such action.¹

Ao longo do trabalho, menções a respeito desse artigo, ou mesmo sua transcrição em inglês, francês e em português serão observadas, a fim de destacar, ponto a ponto, cada expressão contida nesse artigo.

Inserido em uma convenção internacional de base interestatal, esse dispositivo será objeto de ampla discussão na doutrina e na jurisprudência internacional, a respeito da existência de eventuais direitos individuais garantidos aos seres humanos.

Na Corte Internacional de Justiça, os mesmos casos LaGrand, Avena e Diallo serão profundamente analisados, em convergência com o instituto da proteção diplomática. Igualmente, será debatida a relação entre os entendimentos da CIJ e da Corte Interamericana da Direitos Humanos, pioneira no tratamento dessa temática, a fim de apontar eventuais convergências ou divergências na interpretação desse instituto jurídico.

Nesse sentido, o foco do trabalho será o de responder às seguintes indagações: haveria uma transformação de ambos os institutos de uma ótica inter-estatal para uma ótica de proteção à

¹ A versão oficial em língua portuguesa (Decreto 61.078/1967) é a seguinte: 1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia:

a) os funcionários consulares terão liberdade de se comunicar com os nacionais do Estado que envia e visitá-los. Os nacionais do Estado que envia terão a mesma liberdade de se comunicarem com os funcionários consulares e de visitá-los;

b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar à repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia fôr preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira.

Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo;

c) os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conversar e corresponder-se com êle, e providenciar sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia encarcerado, preso ou detido em sua jurisdição em virtude de execução de uma sentença, todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, semópre que o interessado a isso se opuser expressamente.

pessoa humana? Em que medida a Corte Internacional de Justiça (CIJ) contribuiu para o atual desenvolvimento da proteção diplomática e da assistência consular?

A fim de buscar soluções para tais problemas, o presente estudo será dividido em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, será analisado o desenvolvimento do instituto da proteção diplomática, por meio de sua concepção clássica, seus fundamentos, sua natureza jurídica e suas condições de exercício. Igualmente, será abordado os estudos da Comissão de Direitos Internacionais a respeito do projeto de Artigos da CDI sobre proteção diplomática, de 2006.

O segundo capítulo tratará da análise da assistência consular, por meio das contribuições jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que pioneiramente analisou a Convenção de Viena sobre Relações Consulares à luz da proteção internacional da pessoa humana, bem como dos entendimentos doutrinários a respeito do tema.

No terceiro capítulo serão analisados profundamente os casos LaGrand, Avena e Diallo, por meio do estudo das sentenças e dos votos dos juízes da Corte.

Por fim, o quarto capítulo apresentará a síntese dos institutos da proteção diplomática e da assistência consular, por meio da contribuição da CIJ, de outros órgãos e Cortes, a fim de identificar o estágio atual do desenvolvimento dos dois institutos e a contribuição da CIJ para tanto.

1. CAPÍTULO I - A PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA

A proteção do nacional do Estado estrangeiro em território de um outro Estado corresponde ao objetivo e função tanto das relações diplomáticas quanto das consulares. É certo que o alcance dessa proteção pode-se estender não apenas às pessoas físicas do Estado acreditante, bem como às pessoas jurídicas e empresas que nele são constituídas e que possuem alcance em território estrangeiro. Contudo, o presente trabalho buscará discorrer sobre a proteção (*lato sensu*) diplomática e consular em face do nacional – pessoa física – que se ache em um outro Estado e suas consequências para a garantia e defesa dos direitos humanos

A função de proteção está presente na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, em seu artigo 3, b), estatuinto que, dentre as funções diplomáticas, está a de “proteger no Estado acreditado os interesses do Estado acreditante e de seus nacionais, dentro dos limites permitidos pelo direito internacional”.

1.1 Considerações Iniciais

Diferentemente do contexto atribuído à função de proteção *lato sensu* (envolvendo assistência e proteção consular) que a instituição consular desenvolve, e embora corresponda a uma tarefa clássica da missão diplomática, no Direito Diplomático ela não é a atribuição principal da missão e tampouco de seu chefe, uma vez que as funções de representação, negociação, comunicação e cooperação, enunciadas na CVRD, estão no topo das atividades quotidianas enfrentadas pela missão diplomática. Em razão disto, Vilariño Pintos sustenta a tese de que a disposição da função de proteção logo da alínea b) do artigo 3 da CVRD estaria em desconformidade com sua verdadeira vocação².

Contudo, é certo que se trata de uma função de extrema relevância e que ao longo da última década mereceu um superior destaque na seara internacional, com novos estudos e desdobramentos tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

² “la protección diplomática [...], no es, como también se ha indicado, una función esencial, de ahí que se haya estimado que su lugar en el orden de las funciones deba ser el cuarto, tras la función de observación e información.” VILARIÑO PINTOS, E. Curso de Derecho Diplomático y Consular. 3ª Ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 168

1.2. Desenvolvimento Histórico

Tratando-se da questão do desenvolvimento do instituto, importante observar que a proteção diplomática, tal qual é conhecida hoje em dia, é fruto de uma construção jurídica recente, para termos de Direito Internacional. Conforme leciona Amerasinghe, caso se compare com outras áreas do DIP como o Direito do Mar ou Aquisição de Território, a proteção diplomática é uma criação jovem do Direito Internacional³, atribuindo-se seu surgimento ao início do século dezenove⁴. Embora não divirja quanto à institucionalização no século XIX, Cançado Trindade lembra que a proteção de indivíduos ocorria de forma pontual num sistema antigo de represálias privadas, no período medieval, embora não se pudesse caracterizar essa proteção como o instituto ora em análise⁵.

Poder-se-ia imaginar que a inexistência de qualquer manifestação doutrinária a respeito até então residiria no contexto desenhado pós-Tratados de Westphália, com uma visão estatocêntrica onde os indivíduos não eram diretamente sujeitos de direitos perante a esfera internacional.

O primeiro doutrinador a escrever especificamente sobre a proteção aos nacionais em território estrangeiro foi Emmerich de Vattel, em seu *Les Droit des gens*, ao asseverar que o dano ao indivíduo é um dano ao Estado⁶. No mesmo sentido, afirmou:

Whoever ill-treats a citizen indirectly injures the State, which must protect that citizen. The sovereign of the injured citizen must avenge the deed and, if possible, force the aggressor to give full satisfaction or punish him, since

³ AMERASINGHE, Chittharanjan F. *Diplomatic Protection*. Oxford: Oxford, 2008, p. 08. Para fundamentar sua tese, o autor salienta, na mesma página: “There is no recorded evidence, for example in classical Greek or Roman history, the history of South Asia (India), the history of China, or the early history of any other area, of a sovereign or ruler taking up against another sovereign ruler, on the basis of a law governing his relations with the latter, the cause of a subject or the equivalent where the claim was that such subject had been ill-treated by the latter. There were city-states, kingdoms, principalities, fiefdoms and the like in which subjects owed allegiance to and had obligations to rulers, princes, kings, or lords but no evidence that as between entities the latter protected those who lived in territories under their control against each other in this way. [...] Even in medieval Europe there is no recorded evidence of such an event. It is not till much later and, indeed, after a considerable lapse of time the rise of the nation State subsequent to the Peace of Westphalia, when a more developed relationship between subject and sovereign or ruler had taken root, that even legal commentators and scholars referred to what was the beginning of the institution of ‘diplomatic protection’”.

⁴ *Ibid*, p. 13.

⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*. 2ª Ed. Brasília: UnB, 1997, p. 132.

⁶ AMERASINGHE, *op cit.*, p. 10.

otherwise the citizen will not obtain the chief and of civil society, which is protection⁷.

Seguindo sua linha de pensamento, Vattel afirma também que um Estado soberano, ao permitir a entrada de um estrangeiro em seu território, concorda em protegê-lo da mesma forma que seus próprios nacionais e observa se eles gozam de perfeita segurança⁸. Contudo, o doutrinador não se preocupou em especificar os aspectos das eventuais ações a serem realizadas no caso de desrespeito aos estrangeiros, deixando de adentrar, pois, nos detalhes da observância à responsabilidade do Estado⁹. Ainda assim, seu estudo proporcionou a base teórica para o desenvolvimento de um assunto tão delicado e – à época – pioneiro no campo da proteção aos nacionais em Estado estrangeiro.

Curioso notar ainda que, segundo Clive Parry, a máxima de Vattel mencionada acima e que influenciou o desenvolvimento do instituto jurídico não dizia respeito ao tratamento de estrangeiros por parte do eventual Estado violador. Vattel, em verdade, estaria interessado nos ilícitos entre particulares, e não entre particular e Estado estrangeiro¹⁰.

Conforme leciona Cançado Trindade, o evento que impulsionou o desenvolvimento da proteção diplomática, como medida de ação do Estado em proteção aos seus nacionais, ainda que de forma não sistematizada, foi a disposição, no *Jay Treaty*¹¹, de artigos concernentes à reclamação recíproca de britânicos e norte-americanos em relação a débitos confiscados ou navios americanos capturados pelo Reino Unido durante a Guerra de Independência¹². Sobre isso, afirma o autor:

O processo de identificação entre os interesses do Estado a exercer a proteção e os de seus cidadãos no exterior talvez tenha se iniciado de forma inconsciente, aparecendo posteriormente com suficiente regularidade como um meio de ajustamento de interesses conflitantes (estrangeiros e Estados de domicílio); ações de reparação ou indenização que anteriormente eram interpostas com base na cortesia internacional e na manutenção de

⁷ VATTEL, Emmerich. *The Law of Nations or the Principles of Natural Law*, Book II, 1758, *apud* AMERASINGHE, op. cit., p. 13

⁸ AMERASINGHE, op. cit., p. 12.

⁹ *Ibid*, p. 12.

¹⁰ PARRY, Clive. *Some considerations upon the protection of individuals in international law*, *Recueil des Cours*, 1956, p. 657.

¹¹ O *Jay Treaty*, também conhecido como Tratado de Londres de 1794, foi o acordo internacional celebrado entre Estados Unidos e Reino Unido para resolver diferenças entre ambos os países surgidas na Guerra de Independência. Contribuiu também para o favorecimento do comércio pacífico por uma década, durante o auge das convulsões políticas ocasionadas pela Revolução Francesa.

¹² AMERASINGHE, op.cit., p. 09.

relações amistosas, a partir do Tratado Jay de 1794 (inaugurando a era moderna da arbitragem internacional) gradualmente tornaram-se sujeito de um crescente *corpus* de precedentes judiciais e de jurisprudência sobre solução de ações de indenização por danos causados a estrangeiros. Tornou-se então costumeiro interpor tais ações como reclamações em defesa de um verdadeiro direito, prática ademais encorajada pela inclusão nos tratados de dispositivos para a proteção dos nacionais de cada parte contratante no território da outra. Eventualmente toda essa prática e a massa de precedentes judiciais incorporaram-se nos tratados de direito, e em meados do século XIX os governos tratavam habitualmente as questões de proteção como questões legais e justificavam a interposição recorrendo aos princípios do direito internacional e aos escritos dos autores. Em outras palavras, o ajustamento de litígios desse gênero gradualmente institucionalizou-se¹³.

Durante o século XIX e no início do século XX houve a descolonização dos territórios americanos, surgindo diversos Estados soberanos no continente, bem como o desenvolvimento dos mecanismos de produção industrial, dos meios de comunicação e de transporte, favorecendo assim o maior intercâmbio populacional entre os territórios e, por consequência, aumentando os conflitos sociais e jurídicos entres nacionais e estrangeiros dentro de um mesmo país. Dunn ensina que, dado o quadro de grande instabilidade política existente em muitos países sul-americanos, queixas de estrangeiros aos seus Estados de origem começaram a surgir, o que levou ao recurso de intervenção armada, a fim de forçar o governo local a prestar a reparação pelo dano. O aumento das queixas e, conseqüentemente, das intervenções estrangeiras em nome de seus nacionais fez com que, na América Latina, a proteção diplomática fosse encarada como uma prática em que os Estados mais fortes impunham suas demandas aos Estados mais fracos. Aliado a isso, o momento de expansão do poder europeu na corrida imperialista tornavam os Estados latino-americanos ainda mais fragilizados ante um pedido de um estrangeiro por proteção, dado o temor de intervenção armada ou mesmo de conquista de territórios. Isso fez com que se difundisse gradualmente o entendimento do exercício da proteção diplomática a hipóteses cada vez mais restritas¹⁴, além de disposições de inclusão de dispositivos constitucionais de igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, sem privilégios para estes últimos¹⁵. Dunn salienta ainda o caráter desigual e por vezes injusto que o instituto da proteção diplomática representava naquela época. Questões de menor importância, como dívidas que um indivíduo contraísse e não pagasse eram incorporadas como questões de Estado, extrapolando-se aos limites da solução

¹³ CANÇADO TRINDADE, op. cit., p. 115/116.

¹⁴ DUNN, Frederick Sherwood. *The Protection of Nationals*. Baltimore: Jonh Hopkins, 1932, p. 55/56 *apud* AMERASINGHE, op.cit., p. 15.

¹⁵ RONNING, C. Neale. *O Direito na Diplomacia Interamericana*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 63.

pacífica de controvérsias, chegando ao uso da força para a restituição ou compensação pela perda que o seu nacional obtivera.

Um exemplo clássico disto foi o bloqueio naval à Venezuela, em 1902, pelo Reino Unido, Alemanha e Itália, por conta da “proteção diplomática” instituída por essas nações em favor de seus nacionais, credores de dívidas contraídas por nacionais venezuelanos¹⁶.

Consequência imediata disto foi a irrisignação da República Argentina, por meio de seu Ministro de Relações exteriores à época, Luís Maria Drago, que em nota ao representante argentino em Washington expressou-se da seguinte maneira:

el principio que la Argentina quisiera ver reconocido es que la deuda pública no pudiera provocar la intervención armada, ni mucho menos la ocupación militar del territorio de las naciones americanas por parte de una potencia de Europa¹⁷.

Desta maneira, a chamada Doutrina Drago passou a modificar os fundamentos e os limites da intervenção da proteção diplomática, restringindo sua atuação às soluções pacíficas de controvérsias internacionais, sejam elas políticas, judiciais ou extrajudiciais.

Interessante notar que, embora a doutrina tenha surgido de uma nota diplomática, de caráter interno e típica das comunicações entre instâncias diplomáticas, sua repercussão mundial foi notável. Conforme salienta Cançado Trindade, Carlos Calvo, internacionalista que dá nome a outra doutrina a ser abordada ainda neste trabalho, à época representava a Argentina junto ao governo francês. Ele traduziu a nota e a fez circular entre alguns dos mais renomados jusinternacionalistas europeus, membros do Instituto de Direito Internacional¹⁸.

A consequência desta doutrina foi, primeiramente, a celebração, durante a Segunda Conferência de Paz da Haia, em 1907, da *Convention concernant la limitation de l'Emploi de la force pour recouvrement des dettes contractuelles*, também chamada Convenção Drago-Porter. Contudo, o tratado não foi ratificado por nenhuma nação europeia, “mostrando novamente que mesmo em uma maneira debilitada, os esforços dos países latino-americanos para restringir a

¹⁶ DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. 17ª Ed. Madrid: Tecnos, 2009, p. 907; NASCIMENTO E SILVA, G. E. *A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas*. 2ª Ed. Brasília: MRE, 1978, p. 46/47; AMERASINGHE, op. cit., p. 15. TRIGO GANDARILLAS, Carlos. *Manual de Derecho Diplomático - Teoría y Práctica*. La Paz: Druck, 2002, p. 115.

¹⁷ DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, loc. cit...

¹⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The presence and participation of Latin America at the Second Hague Peace Conference of 1907*, in *Actualité de la Conférence de la Haye de 1907, deuxième conférence de la paix – colloque*. Londres/Leiden: Martinus Nijhoff, 2008, p. 54.

legitimação da força foram em vão”¹⁹. Da mesma forma, diferentemente da sustentação de Luís María Drago de que a vedação ao uso da força na proteção diplomática seria absoluta²⁰, a convenção permitia, em seu artigo primeiro que o uso da força seria permitido quando: a) o Estado devedor se recusasse ou deixasse sem resposta um oferecimento de arbitragem; b) no caso de aceitação da arbitragem, dificultasse o estabelecimento do *compromis*; ou c) depois da arbitragem, deixasse de cumprir a sentença proferida²¹. Decorrência disso foi a formulação de reservas a esse tratado por parte do próprio formulador da doutrina²², à época delegado argentino na Segunda Conferência de Paz na Haia.

No entanto, sua relevância histórica, juntamente com o episódio ocorrido na Venezuela, foram lembrados pela delegação do México e pela própria Venezuela quando das reuniões preparatórias que culminaram na celebração da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, em 1961. É em virtude disto que a redação do artigo 3, b), amplamente estudada ao longo deste capítulo, possui em sua parte final a frase: “dentro dos limites permitidos pelo direito internacional”²³. Conforme salienta Nascimento e Silva:

Diversas delegações latino-americanas, tendo ainda vivos na memória exemplos do uso abusivo do direito de proteção diplomática no passado, bateram-se pela inclusão. O representante da Venezuela, por exemplo, lembrou os acontecimentos que culminaram com o bombardeamento de La Guayara, Puerto Cabello e Maracaibo, em 1902, por unidades navais da Alemanha, Grã-Bretanha e Itália, com o fim de obrigar o Governo daquele país a pagar dívidas de que eram credores nacionais dos três países. Salientou que as comissões mistas, encarregadas de apreciar posteriormente as reclamações apresentadas, reduziram as somas solicitadas a 2%, 3% e 10%²⁴.

A partir do século XX, e principalmente depois da Primeira Guerra Mundial, o desenvolvimento da proteção diplomática ganhou reforço dos julgados da Corte Permanente de

¹⁹ CASSESE, Antonio. *International Law*. 2ª Ed. Oxford: Oxford, 2005, p. 34. Celso D. A. MELLO afirma ainda que “a Convenção Drago-Porter está atualmente sem valor, vez que ela consagra a intervenção e a Carta da ONU proíbe o uso da força armada por parte dos Estados, e a própria ONU só age no interesse da paz”. MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, vol. I, p. 514.

²⁰ ABI-SAAB, Georges. *Évolutions dans le règlement pacifique des différends économiques depuis la Convention Drago-Porter*, in *Actualité de la Conférence de la Haye de 1907, deuxième conférence de la paix – colloque*. Londres/Leiden: Martinus Nijhoff, 2008, p. 179.

²¹ ACTES DE LA DEUXIÈME CONFÉRENCE DE LA PAIX, in *Actualité de la Conférence de la Haye de 1907, deuxième conférence de la paix – colloque*. Londres/Leiden: Martinus Nijhoff, 2008, p. 323.

²² ABI-SAAB, op. cit., p. 180.

²³ TRIGO GANDARILLAS, op.cit., p. 115; NASCIMENTO E SILVA, G. E. *A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas*. 2ª Ed. Brasília: MRE, 1978, p. 46.

²⁴ *Ibid* p. 46.

Justiça Internacional, que sistematizou a concepção vatteliana no chamado “direito” de proteção diplomática, sobretudo com o *dictum* do caso Mavrommatis, reafirmado no caso da Estrada de Ferro Panevezys-Saldutiskis e consolidado no caso da Fábrica de Chorzow²⁵

No âmbito acadêmico, o estudo da proteção diplomática estava inserido no contexto mais amplo de responsabilidade internacional, precisamente a parte de responsabilização do Estado por danos a estrangeiros. Para isso, são dignos de nota os processos de tentativa de codificação do Direito Internacional a partir da década de 1920, encabeçados tanto pela Liga das Nações como pela Harvard Law School, e o desenvolvimento interamericano na limitação do escopo do instituto, haja vista inúmeros abusos já relatados anteriormente. Na Liga das Nações, o tema da responsabilidade dos Estados ficou a cargo do salvadorenho Guerrero, que buscou limitar as hipóteses de aplicação do instituto, bem como negou o uso da força como meio legítimo de exercício da proteção diplomática²⁶.

Na primeira Conferência para a Codificação do Direito Internacional, na Haia, em 1930, o tema da responsabilidade internacional foi inserido para discussão; contudo, as divergências entre os Estados partes impediram qualquer tentativa de codificação ou mesmo de um anteprojeto de artigos sobre o tema²⁷.

No pós-Segunda Guerra, o tema da responsabilidade internacional ganhou força na Comissão de Direito Internacional da ONU. O primeiro relator especial (*especial rapporteur*) do tema na CDI, o cubano F. V. García Amador, incluiu alguns artigos sobre o tema da proteção diplomática nos seus relatórios, entre 1956 e 1961²⁸. Conforme será visto posteriormente, García Amador foi muito assertivo em relação à inutilidade do instituto à época, haja vista o recente desenvolvimento da proteção internacional dos direitos humanos, assim como levantou diversas questões relacionadas à natureza jurídica e uso ao da força.

Na própria CDI, os desenvolvimentos posteriores levaram à separação do tema responsabilidade internacional e proteção diplomática em matérias distintas, embora ainda haja

²⁵ CANÇADO TRINDADE, op. cit, p. 114/115.

²⁶ AMERASINGHE, op.cit., p. 56.

²⁷ Ibid, p. 57.

²⁸ UNITED NATIONS, Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, 2006, §1°.

estreita ligação entre os assuntos²⁹. Em 1996, tanto a CDI quanto a Assembleia Geral da ONU iniciaram nova rodada de pesquisas em torno do instituto da proteção diplomática³⁰, o que implicou a designação de Mohamed Bennouna como relator especial para o tema. Em razão da nomeação de Bennouna para a Corte Internacional de Justiça, o acadêmico sul-africano John Dugard assumiu a condução dos trabalhos³¹ e, ao longo de sete relatórios encaminhados à CDI entre os anos de 2000 a 2006, concluiu o esboço que, em 2006, foi finalmente adotado como Projeto de Artigos sobre Proteção Diplomática³².

Para tanto, a fim de avançar o estudo sobre o tema, é importante destacar a posição da CDI sobre a proteção diplomática, caracterizando-a como normas secundárias (*secondary rules*) de Direito Internacional. Embora haja uma muita divergência sobre a diferença entre normas primárias e secundárias, assim explicou a CDI, ao lidar com o tema:

Diplomatic protection belongs to the subject of “Treatment of Aliens”. No attempt is made, however, to deal with the primary rules on this subject - that is, the rules governing the treatment of the person and property of aliens, breach of which gives rise to responsibility to the State of nationality of the injured person. Instead the present draft articles are confined to secondary rules only - that is, the rules that relate to the conditions that must be met for the bringing of a claim for diplomatic protection. By and large this means rules governing the admissibility of claims. Article 44 of the articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts provides:

“The responsibility of a State may not be invoked if: “(a) The claim is not brought in accordance with any applicable rule relating to the nationality of claims; “(b) The claim is one to which the rule of exhaustion of local remedies applies and any available and effective local remedy has not been exhausted.” The present draft articles give content to this provision by elaborating on the rules relating to the nationality of claims and the exhaustion of local remedies³³

De maneira geral, a Comissão de Direito Internacional, da mesma maneira que já havia abordado no Projeto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos, de 2001, não se ocupou das normas cuja violação poderia ensejar o exercício da proteção diplomática. A CDI buscou tão somente categorizar os meios pelos quais o exercício da proteção diplomática seria admitido, aproximando-se da percepção instrumental da proteção diplomática,

²⁹ UNITED NATIONS, Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, 2006, §1°.

³⁰ DUGARD, John. Third Report on diplomatic protection. International Law Commission, 2002, par.1°.

³¹ Ibid, par. 2o/ 10o.

³² Texto adotado pela Comissão de Direito Internacional na sua 58ª sessão, em 2006, e submetida à apreciação da Assembleia Geral como parte do relatório da Comissão sobre tema naquela sessão (A/61/10). O texto encontra-se no Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two.

³³ UNITED NATIONS, Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, 2006, §2°.

como mecanismo apto a se exigir a responsabilização internacional de um Estado por violação a direito de nacionais pessoas físicas ou jurídicas. Desse modo, conforme afirmou Bennouna, o âmbito de estudo da proteção diplomática é reduzido às considerações procedimentais de seu exercício, podendo ser aplicada na medida em que uma regra primária (violação de uma norma internacional, ato ilícito internacional) seja transgredida³⁴.

Com isso, e observados todos os antecedentes históricos do instituto, pode-se passar ao seu estudo conceitual.

1.3. Conceito

Partindo-se da lição pioneira de Vattel, a proteção diplomática decorre de uma ofensa direta ao indivíduo, que por sua vez é ofensiva também ao seu Estado, que toma para si a controvérsia a fim de reparar o dano. Em suas palavras:

Quem quer que ofenda o Estado, viole seus direitos, perturba a sua tranquilidade e lhe comete injúria de algum modo, declara-se seu inimigo e por isso corre o risco de ser punido. Quem maltrata um cidadão indiretamente injuria o Estado, que deve proteger esse cidadão. O soberano deste cidadão deve vingar-lhe a injúria e, se possível, obrigar o agressor a uma reparação integral ou puni-lo, uma vez que, de outra maneira, o cidadão não obteria a finalidade básica da sociedade civil, que é a segurança³⁵.

Em uma acepção mais moderna, “la protección diplomática consiste en la acción que ejerce un Estado, dentro de determinadas condiciones y requisitos, para proteger los intereses de sus nacionales en el Estado receptor. Esta facultad se sustenta en ‘el principio de igualdad de derechos de nacionales y extranjeros³⁶’”. No mesmo sentido, Accioly, Nascimento e Silva e Casella sustentam que a proteção diplomática representa a “solução transnacional entre o respeito devido à soberania territorial do estado junto ao qual se exerce e o direito ou o dever que tem o outro estado de proteger seus nacionais em país estrangeiro³⁷”.

Jean-Paul Pancraccio salienta o caráter de responsabilização internacional do Estado por ato ilícito, ao afirmar que:

³⁴ BENNOUNA, Mohamed. Preliminary report on diplomatic protection. International Law Commission, 1998, §10.

³⁵ VATTEL, Emmer. O Direito das Gentes. Brasília (trad. Vicente Marotta Rangel): IPRI/EdUnB, 2004, Livro II, § 71.

³⁶ TRIGO GANDARILLAS, op. cit, p. 115.

³⁷ ACCIOLY, H., NASCIMENTO E SILVA, G. E., CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, p. 525/526.

la notion de protection diplomatique s'applique à une procedure en responsabilité internationale de l'Etat. Elle a donc un sens juridique et rigoureux. Cette action en responsabilité est déclenchée sur le fondement d'un fait internationalement illicite – acte ou omission – commis par un Etat étranger au detriment d'un national de l'Etat qui actionne³⁸.

Por sua vez, Dinh, Dailler e Pellet fundamentam a proteção diplomática da seguinte forma:

é o “endosso” (a “apropriação seria talvez mais exacto) por um Estado da reclamação de um particular lesado opor facto internacionalmente ilícito de um outro Estado ou de uma organização internacional. Na ausência de mecanismos que permitam às pessoas privadas fazer valer diretamente os seus direitos no plano internacional, trata-se do único meio de aplicação da responsabilidade internacional do autor de um facto internacionalmente ilícito se este causou um dano “mediato”³⁹

Tem-se, portanto, a ideia na doutrina de que a proteção diplomática surge de uma violação decorrente de uma conduta comissiva ou omissiva, que afronta o Direito Internacional, enquanto sua inspiração básica⁴⁰. Rezek afirma que o termo *proteção diplomática* provém “do mais rudimentar e simples contexto possível, qual seja, a situação do peregrino vitimado, em solo estrangeiro, pelo abuso do poder estatal a que não consegue resistir sozinho, e que invoca, dirigindo-se à legação diplomática de sua bandeira, o arrimo da pátria distante”⁴¹.

A Comissão de Direito Internacional, ao elaborar o Projeto de Artigos sobre Proteção Diplomática, resolveu definir o instituto logo no artigo 1, afirmando que:

For the purposes of the present draft articles, diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a

³⁸ PANCRACIO, Jean-Paul. *Droit et institutions diplomatiques*. Paris: Pedone, 2007, p. 184.

³⁹ DINH, Nguyen; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 824.

⁴⁰ Neste sentido, AMERASINGHE assevera que “Under international law, a State is responsible for injury to an alien caused by its wrongful act or omission. Diplomatic protection is the procedure employed by the State of nationality of the injured person to secure protection of that person and to obtain reparation for the internationally wrongful act inflicted. AMERASINGHE, op. cit, p. 26. No mesmo sentido, MARESCA, A. *Las Relaciones Consularres*. Madrid: Aguilar, 1974, p. 218/219; VILARIÑO PINTOS, op. cit, p. 168.

⁴¹ REZEK, J. F. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, p. 276.

national of the former State with a view to the implementation of such responsibility⁴².

Embora a doutrina⁴³ internacionalista reconheça e discuta⁴⁴ tal conceito, essa definição, conforme o próprio comentário ao Projeto de Artigos ressalta, “não faz nenhuma tentativa de fornecer uma completa e abrangente definição de proteção diplomática”⁴⁵, em vez disso, o artigo “descreve as características principais da proteção diplomática no sentido no qual o termo é usado no presente projeto de artigos”⁴⁶. De todo modo, é importante essa definição, uma vez que não é abordada em sua definição considerações a respeito da titularidade do direito violado, se é do indivíduo ou se é do próprio Estado, cristalizado pela CPJI no caso *Mavrommatis*, conforme será melhor estudado no tópico a seguir.

É importante salientar a consideração que alguns doutrinadores fazem da chamada ficção jurídica, ou ficção legal, que é inerente à caracterização da proteção diplomática.

Ainda na década de 1950, García Amador criticava a ficção jurídica⁴⁷, uma vez que o Estado não era o titular da violação, e sim o representante de seu nacional⁴⁸, o que apontava igualmente para a defesa do caráter procedimental do instituto.

Em estudo sobre o uso das ficções no Direito Internacional, de 1980, Cançado Trindade, embora tendo postura crítica em relação a vários pressupostos do instituto da proteção diplomática, inclusive da ficção de ofensa indireta ao Estado⁴⁹, afirmou que:

A ficção de que ao assumir a proteção de seus cidadãos no plano internacional está o Estado fazendo valer seu “próprio direito, tão contundentemente criticada, tem-se no entanto mostrado como uma “ficção necessária ao desempenho do processo internacional”, no contexto da proteção de nacionais no exterior em base interestatal. A esses poderiam ser acrescentados outros exemplos ilustrativos da utilidade – senão necessidade – do uso das ficções no direito internacional público⁵⁰.

⁴² <<http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf

⁴³ DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, op. cit, p. 903.

⁴⁴ AMERASINGHE, op. cit; VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. As if: The Legal Fiction in Diplomatic Protection. *European Journal of International Law*, Vol. 18, n. 01, 2007; PELLET, Alain. The Second Death of Euripide Mavrommatis? – Notes on the International Law Commission’s Draft on Diplomatic Protection. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.

⁴⁵ UNITED NATIONS, Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, 2006, art. 1, par. (1).

⁴⁶ UNITED NATIONS, Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries, 2006, art. 1, par. (1).

⁴⁷ GARCÍA AMADOR, F.V. State Responsibility: some new problems. *Recueil des Cours*, 1958, p. 464.

⁴⁸ *Ibid*, p. 472

⁴⁹ Crítica à chamada “visão ortodoxa” Vattel em CANÇADO TRINDADE, 1997, op. cit., p. 112.

⁵⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Apontamentos sobre o uso das ficções no Direito Internacional, in *O direito internacional em um mundo em transformação (ensaios 1976-2001)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 183.

Com o desenvolvimento de outros mecanismos de proteção e do próprio instituto da proteção diplomática, Cançado Trindade ampliará as críticas a respeito dessa ficção jurídica, conforme será visto a partir das análises de seus votos no caso Diallo, no terceiro capítulo.

Em trabalho específico sobre o assunto, Veermer-Künzli afirma que a premissa de Vattel acerca da injúria ao indivíduo corresponder à injúria contra o seu Estado, significa uma *ficção jurídica*, isto porque a atitude do Estado em agir perante o pretense Estado violador pressupõe uma ofensa *indireta* à sua pessoa, isto é, não se trata de um dano ocasionado diretamente ao Estado lesado, e sim ao seu nacional, que indiretamente, ou por meio de uma *ficção jurídica*, o Estado reclama para si o direito de proteger os interesses de seu nacional⁵¹.

No relatório preliminar apresentado à CDI, o então relator especial Mohamed Bennouna, ao abordar o tema, acabou por cometer um equívoco, ao transcrever a citação vatteliana de maneira incorreta. Ao invés de afirmar que o dano ao indivíduo é *indiretamente* um dano ao seu Estado natal, o relator afirmou que “who mistreats a citizen **directly** offends the State”⁵² (grifo nosso). A postura do então relator foi de crítica ferrenha à ficção jurídica, instando a Comissão a repensar o instituto e a necessidade de insistência no tema⁵³.

Na publicação do primeiro relatório sob sua responsabilidade, John Dugard discorda da abordagem do relator anterior (Bennouna) a respeito das ficções no Direito Internacional⁵⁴. Contudo, em trabalho mais recente, John Dugard, pondera a respeito da utilidade hodierna da ficção jurídica de ofensa indireta ao Estado como um dos pressupostos da proteção diplomática, dada a condição atual de subjetividade internacional reconhecida aos indivíduos. Nesse sentido, afirma Dugard, que o direito do Estado de reclamar, em seu próprio direito, a reparação por danos causados ao seu nacional é um ficção desatualizada que deveria ser descartada, exceto em casos em que, de fato, há um ofensa indireta ao Estado, como em casos de violações sistemáticas e direcionadas a grande número de nacionais⁵⁵.

⁵¹ VERMEER-KÜNZLI, op. cit.; AMERASINGHE, op. cit, p. 06.

⁵² BENNOUNA, op. cit, par. 6.

⁵³ Ibid, par. 13.

⁵⁴

⁵⁵ DUGARD, John. First Report on diplomatic protection. International Law Commission, 2000, par. 25. É importante destacar 21, em que é abordado a divergência entre o relator anterior (Bennouna) e seu sucessor (Dugard): “The present Special Rapporteur does not share his predecessor’s disdain for fictions in law. Most legal systems have their fictions. Indeed Roman law relied heavily on procedural fictions in order to achieve equity.²⁵ “The life of the law is

Essa discussão a respeito da titularidade da violação voltará a ser debatida, por meio da análise dos casos LaGrand, Avena e Diallo no terceiro capítulo.

1.4 . Natureza Jurídica da proteção diplomática

Muito se discutia a respeito do direito que o Estado tem de proteger o seu nacional: se se trata de uma representação do direito do indivíduo – seu verdadeiro titular –, ou se na verdade é o direito do próprio Estado em questão, que se põe diante de outro, que violou normas de Direito Internacional. Embora ainda se discuta, conforme será abordado no quarto capítulo, a doutrina e a própria jurisprudência internacional reconheciam que “el Estado ejercita un derecho propio y no un derecho del ciudadano o nacional suyo”⁵⁶.

Do mesmo modo, a Corte Permanente de Justiça Internacional, quando do julgamento do Caso *Mavrommatis* (1924), assim de manifestou:

C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, **à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international.**⁵⁷ (grifo nosso)

De maneira a positivar a prática consuetudinária, a Comissão de Direito Internacional, encarregada da elaboração do anteprojeto da Convenção sobre Proteção Diplomática, dispôs no artigo segundo do anteprojeto o seguinte dispositivo: “A State has the right to exercise diplomatic protection in accordance with the present draft articles”⁵⁸. O que a CDI propôs foi separar em dois artigos o conceito de proteção diplomática, sem menção à ficção jurídica a respeito da titularidade da violação (artigo 1º) e o direito discricionário do Estado de exercício da proteção diplomática (artigo 2º). Mais uma vez, a CDI apontou para um progressivo desenvolvimento

not logic, but experience”, in the words of Oliver Wendell Holmes, the late Supreme Court Justice of the United States.²⁶ An institution, like diplomatic protection, that serves a valuable purpose should not be dismissed simply on the ground that it is premised on a fiction and cannot stand up to logical scrutiny.

⁵⁶ DÍEZ DE VELASCO VALLEJO op. cit, p. 903.

⁵⁷ Cour Permanente de Justice Internationale, arrêt du 30 août 1924, *affaire Mavrommatis*, Rec. Série A, n° 2, p. 12. No mesmo sentido são os casos C.P.I.J., Série A, n° 20-21: 17-17, e Série A/B, n° 76:16), e o Caso *Nottebohm* (C.I.J., Rec. 1955:24).

⁵⁸ ONU, Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006, art. 2. <<http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf>> *fazer a citação correta.

que, embora próximo ainda ao paradigma Mavrommatis, dele se distanciava, justamente por não abordar a questão da titularidade dos direitos violados.

Por se tratar de um direito do Estado, uma vez concedida a proteção diplomática ao indivíduo, a concepção tradicional em relação ao instituto afirmava que este não possui direito algum sobre o Estado, no que diz respeito a um eventual direito de renúncia.

A renúncia à proteção diplomática, aliás, é tema de grande manifestação pela doutrina, haja vista a prática então celebrada nos contratos comerciais do final do século XIX e início do século XX com uma cláusula expressa de renúncia à proteção diplomática, no caso de qualquer questionamento acerca da aplicação e cumprimento do contrato.

Isto se deveu pela prática anteriormente estudada das nações europeias de abusar do exercício da proteção diplomática na exigência de dívidas de seus nacionais, aplicando muitas vezes o uso efetivo da força, com objetivo de satisfazer suas pretensões. Em virtude disto, o jurista argentino e então Ministro das Relações Exteriores, Carlos Calvo, “estatuíu, em 1868, que para os estrangeiros, assim como para os nacionais, as cortes locais haveriam de ser as únicas vias de recurso contra atos da administração”⁵⁹. Logo, uma eventual intervenção diplomática requerida pelo nacional de um outro Estado deveria ser “ignorada, como descabida e nula, pelos Estados reclamados”⁶⁰, em decorrência da manifestação expressa no contrato celebrado entre as partes, na chamada Cláusula Calvo⁶¹.

A irresignação das nações europeias mostrou-se patente com a existência da Cláusula Calvo⁶² nos contratos e conseqüentemente começou a ser contestada e anulada pelas nações

⁵⁹ REZEK, op. cit, p. 284.

⁶⁰ Ibid, p. 284.

⁶¹ AMERASINGHE, op. cit, p. 192; REZEK op. cit, p. 284; ACCIOLY, Hildebrando. Tratado de Direito Internacional Público. Vol I, São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 487; DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, op. cit, p. 904; CASSESE, op. cit, p. 32/33.

⁶² Merece destaque o pensamento de CASSESE a respeito: “Plainly, the Calvo clause sought to limit tge legal and political interventions of Western capital-exporting countries, wchich often constituted the pretext or the occasion for armed expeditions, strong political pressure or other forms of interference. The attempt was ill-fated: numerous international courts and claims commissions ruled that the clause was legally ineffective, in that it could nor deprive States of their rights of protection, since the latter derived from international law only. Consequently, the clause was either set aside or downgraded to a (superfluous) proviso requiring the exhaustion of local remedies before international diplomatic or judicial action could be initiated. No doubt the refusal to apply the clause was legally correct in the light of the international rules applicable at the time. The failure of the Calvo stipulation only proved that it was vain to seek to undermine existing conditions by means which fell short of a radical change in the legal regulation of the treatment of nationals abroad. CASSESE, op. cit, p. 32/33

européias, sob o argumento já consolidado e visto aqui de que a renúncia à proteção diplomática não cabe ao indivíduo, uma vez que se trata de um direito inerente ao próprio Estado.

Conforme leciona Rezek:

A doutrina e diversos governos do hemisfério norte reagiram à cláusula Calvo do modo previsível, dando-a por nula, e o fundamento jurídico dessa reação foi relativamente simples: a proteção diplomática, segundo o direito das gentes não é um direito próprio do particular, mas de seu Estado patrial. É sempre o último que decide sobre o endosso da reclamação daquele que se afirma lesado no estrangeiro, mesmo na ausência de um pedido formal deste. Não compreende, em tais circunstâncias que disponha o indivíduo ou a empresa da prerrogativa de renunciar à proteção diplomática, entendida como um direito que não lhe pertence. A cláusula Calvo exprimiria renúncia a uma faculdade alheia, sendo por isso nula de pleno direito.⁶³

García Amador, por sua vez, afirmava que a Cláusula Calvo poderia ser entendida de duas maneiras. A primeira, como dispensa à proteção diplomática, conforme salientado acima; e a segunda como afirmação da regra do esgotamento dos recursos internos (a ser estudado posteriormente), uma vez que privilegiava a solução das controvérsias em âmbito interno⁶⁴. O jurista cubano defendia a existência da cláusula, uma vez que os direitos a ela relacionados se referiam àqueles de natureza contratual, e não a direitos fundamentais objeto de proteção diplomática. Assim, o que se dispensa não é o direito à proteção diplomática (que ele entendia como discricionária do Estado), mas o poder de requisitar o exercício desse direito a cargo do indivíduo⁶⁵.

Desta forma, observando-se que a proteção diplomática decorre de um direito do Estado em agir em favor de seu nacional, que não pode renunciá-lo⁶⁶, decorrente de violação às regras de Direito Internacional pelo Estado onde o indivíduo se encontra, faz-se necessário, então, adentrar ao estudo dos pressupostos⁶⁷, requisitos⁶⁸, condições⁶⁹ ou modalidades de execução⁷⁰ do exercício da proteção diplomática.

⁶³ REZEK, op. cit, p. 285.

⁶⁴ GARCÍA AMADOR, F.V. State Responsibility: some new problems. Recueil des Cours, 1958, pp. 454/457

⁶⁵ Ibid, pp. 458/460

⁶⁶ A questão da renúncia enseja um questionamento levantado por muitos juristas, como García Amador e Robert Jennings: se a faculdade de esgotar os recursos internos e de manter a nacionalidade contínua é do indivíduo, então o não preenchimento desses pressupostos não enseja sequer o exercício do direito do Estado de proteção diplomática., cf GARCÍA AMADOR, op. cit., e JENNINGS, Robert. General Course on Principles of International Law. Recueil des Cours, 1967.

⁶⁷ AMERASINGHE, op. cit, p. 91/187 – 209/221.

1.5 . Condições para o exercício da proteção diplomática

É pacífico na doutrina o fato de que, para o efetivo exercício da proteção diplomática, é necessário que sejam preenchidas determinadas condições. Em geral, são estabelecidos dois⁷¹ pressupostos: primeiro, a nacionalidade do particular; e o segundo é o prévio esgotamento dos recursos internos. Há ainda a referência à doutrina conhecida por *mãos limpas*, isto é, a conduta correta da pessoa em favor da qual a proteção se atua, a qual será igualmente abordado a seguir.

1.5.1 Nacionalidade do particular

De modo geral, nacionalidade “é um vínculo jurídico-político que une permanentemente determinado Estado e os indivíduos que o compõem, fazendo destes últimos um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado”⁷². Mais comumente, pode ser adquirida pelo nascimento no Estado territorial (*jus soli*) ou por meio da nacionalidade de seus ascendentes (*jus sanguinis*)⁷³, bem como também pela naturalização, que segundo as palavras de Buergenthal e Murphy pode ocorrer pela inscrição voluntária e aceitação a um procedimento formal ou mesmo sendo resultante de casamento, adoção ou reaquisição da nacionalidade por meio de recursos jurídicos⁷⁴.

Trata-se do elemento essencial para o exercício da proteção diplomática, devidamente enfrentado pela Corte Internacional de Justiça, que no caso *Nottebohm*⁷⁵ assim se manifestou:

⁶⁸ Conforme VILARIÑO PINTOS, op. cit, p 169/171

⁶⁹ DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, op.cit, p. 908/918; REZEK, op. cit, p. 277/283;

⁷⁰ PANCRACIO, op. cit., p. 185/187.

⁷¹ Nguyen; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain. Direito Internacional Público. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 824.

⁷² DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. 17ª Ed. Madrid: Tecnos, 2009, p. 612; REZEK, J. F. Direito Internacional Público: curso elementar. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, p. 181;

⁷³ BUERGENTHAL, Thomas; MURPHY, Sean D. Public International Law. Fourth Edition. St. Paul: Thomson/West, 2002, p. 217.

⁷⁴ BUERGENTHAL, Thomas; MURPHY, Sean D. Public International Law. Fourth Edition. St. Paul: Thomson/West, 2002, p. 217. Ainda em relação à naturalização, AMERASINGHE assevera que não são todos os casos que são devidamente aceitos pelo Direito Internacional. Em suas palavras: “That international law does not recognize naturalization in all circumstances is clear. For example, fraudulently acquired naturalization will not be recognized. Recognition would conceivably be withheld also in the case of forced naturalization, whether or not it reflected a substantial connection between State and individual.”

⁷⁵ O resumo do Caso *Nottebohm*, realizado por REZEK, se mostra bastante pertinente no momento: “Alemão de nascimento, Friedrich Nottebohm estabeleceu-se na república da Guatemala em 1905, e ali desenvolveu seus

According to the practice of States, to arbitral and judicial decisions and to the opinion of writers, nationality is the legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties. It may be said that it constitutes the juridical expression of the fact that the individual upon whom it is conferred, either directly by the law or as the result of an act of authorities, is in fact more closely connected with the population of the State conferring nationality than with that of any State.⁷⁶

No esforço de regulamentar a questão, a Comissão de Direito Internacional dispôs, no artigo 4 do Projeto de Artigos sobre Proteção Diplomática, a seguinte redação:

For the purposes of the diplomatic protection of a natural person, a State of nationality means a State whose nationality that person has acquired, in accordance with the law of that State, by birth, descent, naturalization, succession of States or in any other manner, not inconsistent with international law.⁷⁷

A questão da nacionalidade, porém, não se esgota na simples identificação do vínculo político-jurídico que une o indivíduo ao Estado. Há casos em que uma pessoa possui mais de uma

negócios, com sucesso, durante trinta e quatro anos. Ao final da década de trinta pesava sobre seu patrimônio o risco de certas medidas expropriatórias por parte do governo guatemalteco. Impossibilitado de contar, no contexto da guerra, com a proteção alemã, Nottebohm dirigiu-se ao exíguo principado de Liechtenstein. Ali, sumariamente, após havê-lo requerido e pago certas taxas, tornou-se nacional. Anos depois, o principado outorgava endosso à sua reclamação, dando entrada na Corte de Haia com um processo contra a Guatemala. A Corte ficou na preliminar, considerando a demanda irreceptível. O acórdão registra: ‘Não depende nem da lei nem das decisões do Liechtenstein determinar se esse Estado tem direito de exercer sua proteção no caso em exame. Exercer a proteção [diplomática], dirigir-se à Corte, é colocar-se no plano do direito internacional. É o direito internacional que determina se um Estado tem qualidade para exercer a proteção [diplomática] e vir à Corte. A naturalização de Nottebohm foi ato realizado pelo Liechtenstein no exercício de sua competência nacional. Cuida-se agora de dizer se esse ato produz o efeito internacional aqui considerado’. Em seguida, havendo examinado as circunstâncias em que o principado concedera sua nacionalidade a Nottebohm, a Corte entendeu que esse vínculo patrial carecia de efetividade, não servindo, portanto, para justificar o endosso. À falta do pressuposto da nacionalidade, a proteção diplomática era indevida: a demanda do Liechtenstein contra a Guatemala não podia ser recebida e examinada no mérito”. REZEK, op. cit, p. 280/281.

⁷⁶ CIJ, Caso *Nottebohm* (Liechtenstein v. Guatemala) – segunda parte, sentença de 06 de abril de 1955. Antes mesmo disso, no período entreguerras, afirma Pancrácio que a Corte Permanente de Justiça Internacional já exaltara o caráter essencial da nacionalidade para o exercício da proteção diplomática. Segundo o autor francês: “Dans l’entre-deux-guerres, la Cour permanente de justice internationale (CPIJ) en a confirmé le principe par son arrêt *Mavrommatis* du 30 août 1924, puis dans un arrêt du 28 février 1939 [Affaire du *chemin de fer Panevesys-Saldutiskis* (Estonie c. Lituanie), Série A/B, n°74, p. 28]: << c’est lien de nationalité qui seul donne à l’État le droit de protection diplomatique >>. L’engagement d’une protection diplomatique suppose en outre l’existence d’un vœu de nationalité qui soit caractérisé par un lien effectif de rattachement de l’individu à l’État requis.” PANCRACIO op. cit, p. 186.

⁷⁷ *Draft articles on Diplomatic Protection*, <<http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf>>. Segundo os comentários a esse artigo, a CDI entendeu que, para efeitos gerais de aquisição de nacionalidade, não é necessário ao Estado provar ligação efetiva ou genuína com o seu nacional.

nacionalidade, outros em que possui a chamada nacionalidade continuada, ou em situações em que a pessoa simplesmente não possui nenhuma nacionalidade, isto é, é um apátrida, finalizando naquelas situações em que os indivíduos encontram-se refugiados. Em razão disso, analisemos estes pontos, a fim de verificar como ocorre a proteção diplomática nesses casos.

1.5.1.1 Dupla nacionalidade e nacionalidade predominante

A ocorrência da dupla nacionalidade deve ser observada sob dois aspectos distintos: o primeiro acerca do Estado que pode exercer a proteção diplomática, no caso de uma violação por um terceiro Estado, diferente do da dupla nacionalidade do indivíduo; e no caso da violação por parte de um dos Estados de nacionalidade do indivíduo e a possibilidade – ou não – do outro Estado em exercer a proteção diplomática.

No primeiro aspecto, é pacífico na doutrina o fato de que qualquer dos Estados de nacionalidade do indivíduo pode exercer a proteção diplomática⁷⁸. Díez de Velasco sustenta ainda a possibilidade de os Estados poderem atuar em conjunto na proteção do nacional de ambos os Estados⁷⁹ e fundamenta seu posicionamento da seguinte maneira:

En principio, cualquiera de los Estados de los que es nacional puede presentar la reclamación, tal y como afirmó el tribunal arbitral en el asunto *Salem* entre Estados Unidos y Egipto, al oponerse al argumento de Egipto de que la nacionalidad efectiva del individuo era la persa y no la norteamericana; en palabras del tribunal: << La norma de derecho internacional [es la de que] en el caso de doble nacionalidad una tercera Potencia no tiene derecho a impugnar la reclamación de una de las dos Potencias cuyo nacional esté interesado en el caso remitiéndose a la nacionalidad de la otra Potencia.⁸⁰

Seguindo a mesma linha de pensamento, a Comissão de Direito Internacional propôs a seguinte redação ao anteprojeto da Convenção sobre Proteção Diplomática:

Article 6

Multiple nationality and claim against a third State

1. Any State of which a dual or multiple national is a national may exercise diplomatic protection in respect of that national against a State of which that person is not a national.

⁷⁸ REZEK, op. cit, p. 278/279.

⁷⁹ DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, op. cit, p. 910.

⁸⁰ DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, op. cit, p. 909/910

2. Two or more States of nationality may jointly exercise diplomatic protection in respect of a dual or multiple national.

Nos comentários ao supracitado artigo, a CDI salientou que inexistente, no exercício de proteção diplomática de um ou mais Estados, a exigência de um vínculo de nacionalidade efetiva ou genuína. Qualquer dos Estados ou os dois em conjunto podem endossar a proteção diplomática⁸¹.

Contudo, um ponto muito importante de se discutir acerca ainda da possibilidade de qualquer dos Estados poderem exercer a proteção diplomática é o cuidado que se deve ter para que não haja abusos no direito à nacionalidade, isto é, no caso de um Estado reconhecer um indivíduo como seu nacional sem ao menos ocorrer qualquer vínculo de relação entre ambos, por mera conveniência em relação a determinado caso.

A isto, refere-se especificamente ao ocorrido no caso *Nottebohm*, em que o indivíduo de mesmo nome adquiriu a nacionalidade de Liechtenstein pela alegada conveniência de ter, sob a proteção de sua nova nação, a proteção diplomática contra a expropriação de seus bens na Guatemala. Conforme visto anteriormente, a Corte Internacional de Justiça não reconheceu a naturalização de *Nottebohm* para efeitos de proteção diplomática pelo argumento de que esta não era nem nunca foi sua nacionalidade efetiva, tendo fortes vínculos com a Alemanha, seu país natal.

Embora o caso *Nottebohm* seja paradigmático no estudo de concepções a respeito da nacionalidade, a CDI entendeu que alguns fatores serviram para limitar o julgamento *Nottebohm* aos fatos do caso, o que implica que a Corte não tinha intenção de firmar uma regra geral aplicável a todos os Estados, mas apenas uma regra relativa, segundo a qual a um Estado na posição de Liechtenstein cabia demonstrar um vínculo efetivo entre o próprio Estado e o indivíduo⁸². Ainda segundo a CDI, a aplicação do caso *Nottebohm* como regra geral poderia excluir milhões de pessoas do benefício da proteção diplomática, dado o cenário atual de intensificação das migrações⁸³.

⁸¹ Projeto de artigos da CDI sobre a Proteção diplomática com comentários, p. 43.

⁸² Projeto de artigos da CDI sobre a Proteção diplomática com comentários, p. 33.

⁸³ Projeto de artigos da CDI sobre a Proteção diplomática com comentários, p. 33.

Deste modo, infere-se que ambos os Estados podem sim exercer seu direito à proteção diplomática, desde que não haja abusos de sua prerrogativa soberana.

Outra grande questão envolvendo a dupla nacionalidade é, de fato, o segundo aspecto salientado no início do tópico: o caso em que, de um lado, estaria um dos Estados de nacionalidade do indivíduo, e do outro o segundo Estado. A regra geral sedimentada na doutrina era de que “é [a proteção diplomática] impossível de dar-se numa reclamação contra um dos Estados patriais: isso resulta, de resto, do princípio da igualdade soberana”⁸⁴. Tal posicionamento, explica Díez de Velasco, está balizado em diversas decisões internacionais, dentre as quais se pode destacar o caso Canevaro, de 1912, julgado pela Corte Permanente de Arbitragem⁸⁵.

Entretanto, conforme o ensinamento de Amerasinghe e de Díez de Velasco, houve um caso concreto (*Nº A/18*) perante o Tribunal de Reclamações Irã-Estados Unidos⁸⁶ que motivou uma nova reflexão em respeito a essa impossibilidade absoluta. Foi admitida uma reclamação apresentada pelos Estados Unidos por danos a uma pessoa que tinha duas nacionalidades, porém a “nacionalidade dominante” ou “efetiva” era a norte-americana⁸⁷. Rezek, por sua vez, tece inúmeras críticas a esse precedente, reafirmando a impossibilidade de proteção diplomática nesse caso, em função tanto do princípio da igualdade soberana quanto da previsão expressa do artigo 4º da Convenção de Haia sobre Certas Questões Relacionadas ao Conflitos de Leis de Nacionalidade, proibia a proteção diplomática nesses casos⁸⁸.

⁸⁴ REZEK, op. cit, p. 278/279.

⁸⁵ DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, op. cit, p. 909. Este caso é resumido por REZEK da seguinte maneira: “Uma sentença arbitral proferida em 1912, no caso Canevaro, ilustrou corretamente esse princípio [da impossibilidade de demanda entre Estados da mesma nacionalidade do indivíduo]. Rafael Canevaro era um binacional nato, italiano *jure sanguinis*, peruano *jure soli*. No Peru entregou-se aos negócios e teve participação na vida pública, a ponto de se haver um dia candidato a senador. Quando medidas fiscais e expropriatórias do governo peruano alcançaram parte de seu patrimônio, Canevaro pretendeu valer-se da proteção diplomática de uma de suas pátrias – a Itália – contra justamente o Peru. A sentença arbitral, da lavra de Louis Renault, considerou irreceptível a demanda italiana, por ser o réu um Estado que também contava Canevaro entre seus nacionais. Ficou claro que ambos os vínculos patriais desse homem eram legítimos à luz do direito das gentes: tanto a Itália quanto o Peru poderiam eventualmente endossar alguma reclamação sua contra a Espanha ou Brasil; nenhum deles, contudo, poderia pretender proteger o nacional comum exatamente contra o outro”. REZEK, op. cit, p. 279.

⁸⁶ Conforme DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, op. cit, p. 909; em inglês: Iran-US Claims Tribunal, conforme AMERASINGHE, op. cit, p. 108.

⁸⁷ C.T.R., Caso A/18, decisão de 06 de abril de 1984 *apud* DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, op. cit, p. 909

⁸⁸ REZEK, J. F. *Le Droit International de la Nationalité*, Recueil des Cours, 1986, p. 366/369.

Contudo, a consequência da interpretação é a disposição do artigo 7 do anteprojeto da Convenção sobre Proteção Diplomática, que confere, em situações específicas, o direito de um Estado demandar contra o outro de nacionalidade do indivíduo, caso o Estado réu não seja a nacionalidade predominante da pessoa. Nesse sentido é a redação do artigo 7:

A State of nationality may not exercise diplomatic protection in respect of a person against a State of which that person is also a national unless the nationality of the former State is predominant, both at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim⁸⁹.

É importante destacar que a CDI não utilizou propositadamente a terminologia “effective or genuine link”, que poderia remeter ao caso *Nottebohm*, que, conforme entendido pela CDI, tratou de questões específicas no caso concreto, não se afirmando propriamente uma regra geral. A questão da utilização do termo “predominant”, segundo a CDI, afasta elementos de relatividade e indica que o indivíduo tem uma ligação mais forte com um Estado do que com o outro⁹⁰. A CDI optou por não identificar qualquer critério de verificação da ligação de nacionalidade predominante do indivíduo, o que estaria a cargo das autoridades competentes⁹¹.

1.5.1.2. Nacionalidade contínua

A nacionalidade contínua diz respeito ao momento em que deve existir o vínculo entre o Estado e a pessoa para fundamentar a proteção⁹². É necessário, neste caso, que o nacional tenha sido “um nacional do Estado reclamante no momento em que sofreu o dano decorrente do ato ilícito de potência estrangeira, e que, sem qualquer quebra de continuidade, permaneça na condição de nacional desse mesmo Estado quando da reclamação”⁹³.

Contudo, o estudo da nacionalidade contínua está longe de ser pacificado na doutrina ou na jurisprudência⁹⁴, justamente em virtude da definição do momento em que deve ser

⁸⁹ *Draft articles on Diplomatic Protection*, <<http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf

⁹⁰ Projeto de Artigos da CDI de 2006 com comentários, p. 46.

⁹¹ Projeto de Artigos da CDI de 2006 com comentários, p. 46.

⁹² DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, op. cit, p. 910.; BROWNLIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 505.

⁹³ REZEK, op. cit, p. 279.

⁹⁴ AMERASINGHE, op. cit, p. 96.

considerado para a caracterização da (des)continuidade, a fim de se verificar ou não o efetivo exercício da proteção diplomática.

Em seu curso geral na Academia de Direito Internacional da Haia, Robert Jennings elaborou severas críticas a essa regra. Segundo o autor, “the rule of nationality of claims, indeed, is illogical on any view”⁹⁵, sobretudo no que diz respeito à nacionalidade contínua. Para o autor, se a ficção é baseada na premissa de que a violação a indivíduo é uma ofensa ao Estado, então seria suficiente a nacionalidade no momento da violação⁹⁶. Embora vencido em sua proposta, o próprio relator John Dugard criticava a forma pela qual a regra da nacionalidade contínua era abordada, uma vez que causava injustiça em casos em que o indivíduo havia mudado de nacionalidade por razões não relacionadas com o mérito da proteção⁹⁷.

Assim, como forma de sistematizar a questão e abarcar as melhores considerações sobre o tema, o artigo 5 do Projeto de Artigos sobre Proteção Diplomática vem disposto da seguinte maneira:

Article 5

Continuous nationality of a natural person

1. A State is entitled to exercise diplomatic protection in respect of a person who was a national of that State continuously from the date of injury to the date of the official presentation of the claim. Continuity is presumed if that nationality existed at both these dates.
2. Notwithstanding paragraph 1, a State may exercise diplomatic protection in respect of a person who is its national at the date of the official presentation of the claim but was not a national at the date of injury, provided that the person had the nationality of a predecessor State or lost his or her previous nationality and acquired, for a reason unrelated to the bringing of the claim, the nationality of the former State in a manner not inconsistent with international law.
3. Diplomatic protection shall not be exercised by the present State of nationality in respect of a person against a former State of nationality of that person for an injury caused when that person was a national of the former State of nationality and not of the present State of nationality.
4. A State is no longer entitled to exercise diplomatic protection in respect of a person who acquires the nationality of the State against which the claim is brought after the date of the official presentation of the claim.⁹⁸

⁹⁵ JENNINGS, op. cit, p. 475

⁹⁶ JENNINGS, op. cit, p. 476

⁹⁷ DUGARD, John. Diplomatic Protection and HUMAN Rights: The Draft Articles of the International Law Commission, Australian Year Book of International Law, vol. 24, 2005, p. 85.

⁹⁸ *Draft articles on Diplomatic Protection*, <<http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf>>

Desta forma, a regra geral⁹⁹ é que a pessoa deve ser nacional do Estado reclamante tanto no momento da apresentação da reclamação como na época do fato que motivou a demanda. Excetua-se o fato de, eventualmente na data do fato, a pessoa não ser nacional do Estado reclamante e ela ter perdido a nacionalidade do Estado anterior e adquirido a nova nacionalidade sem relação direta com a demanda reclamada pelo novo Estado. Por fim, uma última exceção é a impossibilidade de se demandar contra o Estado de nacionalidade anterior se a data do fato é anterior à perda ou aquisição da nova nacionalidade. Isto tem uma razão de ser, uma vez que, para o Direito Internacional, à data do ato ilícito, o indivíduo não era estrangeiro.

1.5.1.3. Apátridas, Refugiados e membros de tripulações

O Direito Internacional consuetudinário não prevê a proteção diplomática aos apátridas e aos refugiados¹⁰⁰, isto porque:

Nos indivíduos, o vínculo patrial é mais consistente que aqueles das pessoas jurídicas [...], mas não deixa de apresentar certos problemas. Sabemos desde logo que, apesar dos esforços reinantes no direito internacional contemporâneo com vistas à eliminação da apátria, ainda hoje existem apátridas em bom número. Para estes, vistos como estrangeiros por todas as soberanias, não há proteção diplomática possível. Dependem eles, no âmbito territorial em que se encontrem, das normas protetivas que lhes consagra o direito local. O direito das gentes busca confortá-los especialmente quando a apátria se soma neles à condição de refugiados. Não é possível, entretanto que em Estado se veja demandar por outro em razão do dano causado a um apátrida¹⁰¹.

Contudo, levando-se em conta o desenvolvimento do Direito Internacional dos Refugiados, e a consolidação da proteção internacional dos Direitos Humanos, começam a aparecer vozes divergentes da clássica posição do Direito costumeiro, com vistas a quebrar as barreiras que ainda resistem e que impedem o acesso dessa categoria de indivíduos à proteção diplomática.

Neste sentido, a Comissão de Direito Internacional tomou a dianteira, ao propor no anteprojeto da Convenção sobre Proteção Diplomática, a possibilidade de sua efetividade em relação a essas pessoas. Dispõe o artigo 8 do anteprojeto:

⁹⁹ BROWNLIE, op. cit, p. 504/505.

¹⁰⁰ AMERASINGHE, op. cit, p. 117.

¹⁰¹ REZEK, op. cit, p. 278.

*Article 8**Stateless persons and refugees*

1. A State may exercise diplomatic protection in respect of a stateless person who, at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim, is lawfully and habitually resident in that State.
2. A State may exercise diplomatic protection in respect of a person who is recognized as a refugee by that State, in accordance with internationally accepted standards, when that person, at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim, is lawfully and habitually resident in that State.
3. Paragraph 2 does not apply in respect of an injury caused by an internationally wrongful act of the State of nationality of the refugee ¹⁰²

Assim, o Estado poderá exercer a proteção diplomática em favor do refugiado ou do apátrida que se encontre habitualmente residente no Estado territorial quando da data da violação e na data da reclamação. A limitação dessa proteção se dá no exercício contra o Estado de onde o refugiado houver saído.

Deste modo, espera-se, no tocante a este ponto específico, a mudança de postura em relação a este tema específico, a fim de que nenhum ser humano, independentemente de gozar ou não de uma nacionalidade, fique desamparado.

Por fim, embora não esteja englobado na mesma exceção dos apátridas e dos refugiados, a CDI promoveu, no Projeto de Artigos, a ampliação da proteção a não nacionais, a fim de abranger membros de tripulações.

Article 18**Protection of ships' crews**

The right of the State of nationality of the members of the crew of a ship to exercise diplomatic protection is not affected by the right of the State of nationality of a ship to seek redress on behalf of such crew members, irrespective of their nationality, when they have been injured in connection with an injury to the vessel resulting from an internationally wrongful act.

Conforme afirma John Dugard, em grandes navios, normalmente há diversas nacionalidades incidindo sob um navio de bandeira muitas vezes distinta da dos seus comandados. Nesse sentido, em casos de violação aos direitos do navio em que também ocorra violação a direitos individuais dos tripulantes, a CDI, inspirada em precedente do Tribunal Internacional do Direito do Mar no caso *M/V Saiga (São Vicente e Granadinas v. Guiana)*,

¹⁰²

Draft articles on Diplomatic Protection,
 <<http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf>>.

reconheceu o direito do Estado de nacionalidade do navio (“flag state”) de proteger seus tripulantes¹⁰³. Discute-se se esse tipo de proteção é distinto do da proteção diplomática, mas, de todo modo, é válido ressaltar a existência de artigo específico no Projeto de Artigos da CDI de 2006 sobre o tema.

1.5.2 *Prévio Esgotamento dos Recursos Internos*

A segunda condição para que se efetive o exercício da proteção diplomática em favor de um nacional é que tenham sido esgotados, no Estado acreditado, todos os recursos internos, entendidos dessa maneira tanto os administrativos¹⁰⁴ quanto os judiciais que se encontram à disposição do indivíduo¹⁰⁵.

Esta condição, no entendimento de Cançado Trindade, evoluiu historicamente no campo da responsabilidade internacional. Isto porque, antigamente, “a regra era invocada pelo Estado ‘reclamado’ antes do exercício da proteção diplomática pelo Estado que patrocinava a causa de seu nacional no exterior”¹⁰⁶. Porém, já no contexto de proteção internacional dos Direitos Humanos, “a regra opera em geral como um pré-requisito da admissibilidade de reclamações ou petições, independentemente da nacionalidade dos reclamantes”¹⁰⁷.

O fundamento de existência deste pré-requisito “deriva da teoria então prevalecente que os Estados soberanos eram os únicos sujeitos do direito internacional”¹⁰⁸, e baseou-se historicamente no dever de “assegurar respeito à soberania do Estado acreditado nessa área particular da solução de controvérsias internacionais”¹⁰⁹. Assim, antes de questionar o instituto, Cançado Trindade reconhece que o objetivo proposto dessa regra é “profilática”, isto é, “ao insistir em uma solução prévia a nível local, reduz a tensão que provavelmente surgiria em um litígio interestatal envolvendo danos causados a nacionais no exterior”¹¹⁰.

¹⁰³ DUGARD, 2005, op. cit, p. 90.

¹⁰⁴ AMERASINGHE, baseado na doutrina majoritária a respeito do tema, destaca a natureza legal que as instâncias administrativas devem possuir, de julgamento efetivo de recursos e demandas relacionadas ao caso concreto. AMERASINGHE, op. cit, p. 145. No mesmo sentido é a decisão do Caso *Ambatielos* (I.L.R, Vol. 23, 1956, p. 336).

¹⁰⁵ VILARIÑO PINTOS, op.cit, p. 170

¹⁰⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 111.

¹⁰⁷ CANÇADO TRINDADE, , 1984, op. cit, p. 111/112.

¹⁰⁸ Ibid, p. 113.

¹⁰⁹ AMERASINGHE, op. cit, p. 142.

¹¹⁰ CANÇADO TRINDADE, 1984, op. cit, p. 119.

O atual juiz da Corte Internacional de Justiça e ex-presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, já em 1984, criticava duramente a regra do esgotamento dos recursos internos no âmbito da proteção diplomática e sua concepção Vatteliana do direito próprio do Estado em detrimento de seu nacional. Em suas palavras:

Se o direito à reparação é exclusivamente do Estado protetor, que, ao patrocinar a causa de seu nacional, está “na realidade fazendo valer seus próprios direitos” [visão “ortodoxa esposada pela Corte Permanente de Justiça Internacional no caso *Mavrommatis* (1924)], como então explicar o funcionamento da regra do esgotamento dos recursos internos? Não seria pois de se ponderar que tais direitos “difícilmente poderiam depender do esgotamento dos recursos internos por parte do indivíduo? Não seria essa uma inconsistência da visão ortodoxa da proteção diplomática? A hipótese do dano direto é de imediato rejeitada no presente contexto da proteção diplomática de nacionais no exterior. Nesse contexto, é evidentemente o indivíduo lesado e não o Estado interventor quem deverá esgotar os recursos internos no Estado em que se encontra como condição prévia à proteção. Portanto, ainda que seja a proteção diplomática concebida primariamente como uma relação interestatal, a regra do esgotamento dos recursos internos demonstra que o indivíduo tem um papel a desempenhar.¹¹¹

Em virtude das duras críticas ao fundamento Vatteliano da regra do esgotamento dos recursos internos é que Cançado Trindade questiona se o fundamento de tal condição não seria na verdade uma necessidade processual, “dependente do prévio esgotamento dos recursos internos pelo indivíduo lesado, ditada pelas contingências do direito internacional”¹¹². No mesmo sentido entende Amerasinghe, caracterizando-a como requisito de admissibilidade da demanda, em âmbito internacional¹¹³.

Logo, o âmbito de aplicação da regra parte de uma premissa geral de que devem ser esgotados todos os recursos internos a fim de que a proteção diplomática possa ser exercida¹¹⁴. A questão reside justamente na extensão que devem ter esses recursos a serem esgotados, a fim de não prejudicar o indivíduo, a verdadeira vítima da violação. Na lição de Amerasinghe:

The development of the rule, particularly through judicial decisions, demonstrates that, while great respect is shown for the sovereignty of the host or respondent state, there has been some concern for the interests of the alien, so as not to make the extent of resort required unreasonable¹¹⁵.

¹¹¹ CANÇADO TRINDADE, *Ibid*, p. 121/122.

¹¹² CANÇADO TRINDADE, *Ibid*, 1984, p. 123.

¹¹³ AMERASINGHE, *Ibid*, p. 143.

¹¹⁴ CIJ, Caso *ELSI* (Estados Unidos v. Itália), Sentença de 20 de julho de 1989.

¹¹⁵ AMERASINGHE, *Ibid*, 2008, p. 144

Em razão disto, a jurisprudência internacional tem entendido que a regra a ser aplicada diz respeito aos recursos de natureza jurisdicional, seja de competência administrativa ou judicial¹¹⁶. Confirma esse posicionamento a doutrina de Díez de Velasco, ao afirmar que recursos internos não incluem aqueles a título de graça ou cujo objeto é obter um favor e não fazer valer um direito, como uma petição ao *ombudsman*¹¹⁷.

Estabelecida a regra de aplicação geral, é necessário salientar que não são todas as oportunidades em que se tem condições de respeitar o esgotamento de todos os recursos para que a proteção diplomática possa ser exercida. Algumas vezes o sistema judicial do Estado reclamado não possui recursos efetivos, ou mesmo não possuem recursos; ainda, há casos em que a duração do julgamento dos processos incorre em nova violação às garantias judiciais do indivíduo lesado, fazendo que surjam exceções ao esgotamento dos recursos internos.

Em relação à efetividade dos recursos, Amerasinghe extrai um trecho de uma decisão arbitral decorrente da proteção diplomática que a Finlândia exerceu em desfavor da Grã-Bretanha, no caso conhecido como *Finnish Ships Arbitration*:

As regards finally the third question, whether the local remedy shall be considered as not effective only where it is obviously futile on the merits of the case which are to be taken into account, to have recourse to the municipal remedy, or whether, as the Finnish government suggests, it is sufficient that such a step only appears to be futile, a certain strictness in construing this rule appears justified by the opinion expressed by Brochard when mentioning the rule applied in the prize cases. Brochard says: "In a few prize cases it has been held that in the face of a uniform course of decisions in the highest court a reversal of the condemnation being hopeless, an appeal was excused; but this rule was most strictly construed, and if substantial right of appeal existed, failure to prosecute an appeal operated as a bar to relief."¹¹⁸

No excerto acima, é dada a expressão de recurso “obviamente fútil”, a fim de caracterizá-lo como aquele recurso totalmente inefetivo, que não corresponde ao mérito da demanda. No

¹¹⁶ *Mavrommatis Palestine Concessions Case*, PCIJ Series A No 5 (1925); *German Interests in Upper Silesia Case*, PCIJ Series A No 6 (1925); *Chorzów Factory Case* PCIJ Series A No 9 (1927); *Phosphates in Morocco Case*, PCIJ Series A/B No 74 (1938); *Panavezys-Saldutiskis Railway Case*, PCIJ Series A/B No 76 (1939); *Electricity Co of Sofia Case*, PCIJ Series A/B No 77 (1939); *Norwegian Loans Case*, 1957 ICJ Reports 14; *Interhandel Case*, 1959 ICJ Reports 11; *ELSI Case*, 1989 ICJ Reports 15; *Ambatielos Claim*(Greece v. UK), 12 UNRIAA 83 (1956) *apud* AMERASINGHE, op. cit, p. 144.

¹¹⁷ DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, op. cit, p. 915.

¹¹⁸ Finlândia v. Grã-Bretanha, 3 UNRIAA 1504 (1934) *apud* AMERASINGHE, op. cit, 2008, p. 151.

mesmo sentido, embora não se coadune especificamente no contexto da proteção diplomática, mas sim na observância da regra do prévio esgotamento dos recursos internos em âmbito da admissibilidade das demandas referentes à violação de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também já se manifestou a respeito, asseverando que:

no basta con que los recursos existan formalmente, sino es preciso que sean efectivos, es decir, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida¹¹⁹

Deste modo, a existência de remédios judiciais incapazes de satisfazer a pretensão do recorrente, que neste caso é o indivíduo estrangeiro lesado, ensejam a aplicação da exceção à regra do prévio esgotamento dos recursos internos.

Outro aspecto que pode ser considerado para a inobservância da aplicação desta condição é a demora injustificada no julgamento das demandas. Em outras palavras, a violação à razoável duração do processo¹²⁰.

É certo que a definição de *prazo razoável* é por demais amplo e impossível de se estabelecer um critério objetivo único que abarque todas as hipóteses judiciais¹²¹. Contudo, a jurisprudência internacional de proteção aos Direitos Humanos, especialmente as Cortes Europeia¹²² e Interamericana de Direitos Humanos¹²³, estabeleceram três elementos para se determinar a razoabilidade do processo: a) a complexidade da causa, b) a atividade processual do interessado, c) a conduta das autoridades judiciais. Mais recentemente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu mais um critério: d) o efeito gerado na situação jurídica da pessoa

¹¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Tibi v. Ecuador*. Excepciones Preliminares. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentencia de 07 de Setiembre de 2004, § 131; no mesmo sentido, *Caso Maritza Urrutia v. Guatemala*, Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Série C n°103, §117; *Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, Sentencia de 7 de junho de 2003, § 121; *Caso Acosta Calderón v. Ecuador*, Sentencia de 24 de junho de 2005, Série C, n. 129, §§ 92 e 93.

¹²⁰ Em relação ao tema da razoável duração do processo, em aspectos processuais de direito interno, ver KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A Razoável Duração do Processo*. Salvador: JusPodivm, 2009.

¹²¹ AMERASINGHE, op. cit, p. 157.

¹²² Corte Europeia de Direitos Humanos. Caso *Buchholz v. Alemanha*. Julgamento de 06 de maio de 1981, § 49; Caso *Ruiz Mateos v. Espanha*. Julgamento de 23 de junho de 1993, § 30; Caso *Deumeland v. Alemanha*. Julgamento de 29 de fevereiro de 1986, § 78/84.

¹²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Genie Lacayo v. Nicaragua*. Sentencia de 29 de janeiro de 1997. Série C, n. 30, § 77; Caso *Suárez Rosero v. Ecuador*. Sentencia de 12 de novembro de 1997. Série C, n. 35, § 72.

envolvida no processo¹²⁴, isto é, “o interesse em jogo para o demandante da indenização”¹²⁵. Assim, poder-se-ia, em casos concretos, adotar a contribuição dos órgãos judiciais regionais retromencionados a fim de estabelecer critérios mínimos para viabilidade do exercício da proteção diplomática pelos Estados demandantes.

Por fim, em se tratando de assunto de grande relevância, a Comissão de Direito Internacional não deixou de se manifestar, ao dispor no anteprojeto de artigos para proteção diplomática, a regra geral e as hipóteses de exceção ao prévio esgotamento dos recursos internos. Vejamos:

Article 14 Exhaustion of local remedies

1. A State may not present an international claim in respect of an injury to a national or other person referred to in draft article 8 before the injured person has, subject to draft article 15, exhausted all local remedies.
2. “Local remedies” means legal remedies which are open to an injured person before the judicial or administrative courts or bodies, whether ordinary or special, of the State alleged to be responsible for causing the injury.
3. Local remedies shall be exhausted where an international claim, or request for a declaratory judgement related to the claim, is brought preponderantly on the basis of an injury to a national or other person referred to in draft article 8.

Article 15 Exceptions to the local remedies rule

Local remedies do not need to be exhausted where:

- (a) There are no reasonably available local remedies to provide effective redress, or the local remedies provide no reasonable possibility of such redress;
- (b) There is undue delay in the remedial process which is attributable to the State alleged to be responsible;
- (c) There was no relevant connection between the injured person and the State alleged to be responsible at the date of injury;
- (d) The injured person is manifestly precluded from pursuing local remedies; or
- (e) The State alleged to be responsible has waived the requirement that local remedies be exhausted.

¹²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Gomes Lund e outros v. Brasil (Guerrilha do Araguaia)*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, n. 219, § 219. No mesmo sentido, *Caso Valle Jaramillo y otros v. Colômbia*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C, n. 192, § 155; *Caso Radilla Pacheco v. México*. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C, n. 209, § 244, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguai*. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C, n. 214, § 133.

¹²⁵ KOEHLER, op. cit, p.90.

Em relação aos artigos supracitados, cumpre observar a hipótese de exceção não apontada anteriormente, que diz respeito à renúncia expressa do Estado em esgotar os recursos internos. Trata-se da possibilidade, em determinados casos, de o Estado, ao celebrar um compromisso arbitral, estabelecer expressamente esta cláusula¹²⁶.

1.5.3. Conduta correta da pessoa ou doutrina das “mãos limpas”

Trata-se, conforme lição de Amerasinghe, de uma condição de pouca e difícil aplicação prática, bem como de definição incerta¹²⁷, haja vista a pouca quantidade de casos na Jurisprudência internacional e de decisões diferentes em cada um deles. Vilariño Pintos, em grande esforço conceitual, assevera a necessidade de uma conduta correta por parte do Estado reclamante, isto é, que não tenham sido realizados atos ilegais que possam justificar ou explicar a atuação ilícita do Estado acreditado¹²⁸.

Contudo, não se especifica se a inobservância dessa conduta leva à inadmissão preliminar da reclamação entre os Estados partes ou se apenas na diminuição do dever de reparar do Estado reclamado¹²⁹. Da mesma forma, não se verifica se a conduta incorreta é decorrente apenas da ação do Estado demandante, ou se o é também de eventual conduta ilícita do nacional em favor do qual é exercida a proteção diplomática.

Portanto, e em decorrência da dificuldade de entendimento da doutrina entre si e da jurisprudência, a Comissão de Direito Internacional optou por não regulamentá-la, inexistindo, assim, qualquer disposição no anteprojeto da Convenção sobre Proteção Diplomática a respeito do tema¹³⁰.

¹²⁶ CIJ, Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos v. Itália), Sentença de 20 de julho de 1989, p. 42.

¹²⁷ AMERASINGHE, op. cit, p. 221.

¹²⁸ VILARIÑO PINTOS, op. cit, p. 170

¹²⁹ SHAPOVALOV, Alexsandr. Should a requirement of “clean hands” be a prerequisite to the exercise of diplomatic protection? Human Rights implications of the International Law Commission’s debate. Am. U. Int’l L. Rev. 829, 2004-2005.

¹³⁰ Leciona AMERASINGHE que, durante os debates na Sexta Comitê da Assembleia Geral, na sua quinquagésima nona sessão (2004) a maior parte das delegações não fizeram comentários sobre a doutrina “mãos limpas”, e aqueles que comentaram, acordaram que não deveria ser incluída no anteprojeto de artigos sobre proteção diplomática. Dessa forma, em 2005, a Comissão de Direito Internacional concluiu pela não inclusão do assunto. AMERASINGHE, op. cit, p. 219.

Observadas e analisadas todas as condições para o exercício da proteção diplomática, passemos então ao mecanismo de funcionamento desse direito do Estado.

1.6. O exercício da proteção diplomática

O exercício da proteção diplomática pelo Estado do nacional que se viu lesado em determinado direito ocorre por meio do chamado *endosso*, que, nas palavras de Rezek, “esse ato significa que o Estado assume a reclamação, fazendo-a sua, e dispondo-se a tratar da matéria junto ao Estado autor do ilícito”¹³¹.

Importante esclarecer, e dado os inúmeros exemplos de julgados das Cortes Internacionais que trazidos até aqui, que o exercício da proteção diplomática não está exclusivamente relacionado com o acesso aos órgãos jurisdicionais de âmbito global ou regional. Pelo contrário, em decorrência do instituto da proteção diplomática, conforme visto, preceder em muito a instituição dos órgãos judiciais internacionais, sua atuação pode-se dar de diferentes maneiras¹³², conforme leciona Díez de Velasco.

Los procedimientos de ejercicio pueden ser muy variados. Lo normal es que se recurra a las gestiones diplomáticas, bien oficiosas u oficiales; y dentro de estas últimas, la principal es la presentación de una reclamación formal. Si ésta no tiene una respuesta satisfactoria por medio de un arreglo directo, se puede recurrir a los diferentes medios de arreglo de controversias, incluido, naturalmente, el judicial, si las partes así lo convinieren o hubieren aceptado la competencia de algún órgano judicial.¹³³

Embora sejam diversificados, é salutar observar que em todos os meios pelos quais a proteção diplomática se manifesta, buscar-se-á sempre a solução pacífica de controvérsias, isto é, jamais o uso da força poderá ser invocado como fundamento de qualquer função de proteção diplomática¹³⁴.

Em relação ao efeito jurídico do endosso, Rezek assevera que o Estado transforma aquilo que até então vinha sendo uma reclamação particular numa reclamação própria, tornando-se o

¹³¹ REZEK, op. cit, p. 276.

¹³² Acerca das modalidades de Solução de Controvérsias Internacionais, ver NASCIMENTO, Blenda Lara Fonseca. Solução de Controvérsias Internacionais: Revisão da ONU como pilar da segurança nacional. Curitiba: Juruá, 2007.

¹³³ DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, op. cit, p. 907.

¹³⁴ Lembremos, neste ponto, no estudo referente à doutrina Drago, que assevera o caráter pacífico que a proteção diplomática deve ter, condenando o uso da força, especialmente, no caso específico, para a cobrança de dívidas públicas de um Estado.

dominus litis, o senhor da demanda, com todas as consequências daí resultantes¹³⁵, podendo, em razão disso, desistir ou mesmo renunciar à proteção diplomática, em determinados casos¹³⁶. Acerca de eventual indenização obtida, importante frisar que o Estado, em tese, não possui nenhum dever imposto pelo Direito Internacional de repassar ao seu nacional lesado. Contudo, trata-se de ordem de valor moral, quando não normas do direito interno do próprio Estado que regulam a matéria¹³⁷.

1.7 A obrigatoriedade da proteção diplomática

As lições de Vattel sobre proteção diplomática implicavam não apenas no direito do Estado natal do indivíduo estrangeiro, como também no seu dever de proteger todo e qualquer nacional que tivesse seus direitos violados por um outro Estado¹³⁸. Contudo, conforme será constatado, o desenvolvimento do instituto rumou um outro caminho.

Em princípio, a designação clássica do Direito consuetudinário estatui que o exercício da proteção diplomática é uma faculdade do Estado, não existindo, assim, qualquer vínculo jurídico de âmbito global que obrigue determinado país a endossar a causa de seu nacional que se encontra vítima de uma violação cometida por outro Estado¹³⁹.

O caráter não obrigatório implementado pelo Direito Internacional é observado da mesma forma na doutrina. Consoante ensinamento de Vilariño Pintos:

la protección diplomática, [...], tiene un carácter discrecional, de modo que, aun cumpliéndose los presupuestos necesarios indicados, el Estado acreditante no está obligado a asumir la protección que le sea solicitada, es decir, no existe un derecho subjetivo a la misma exigible por el particular al Estado, lo que en definitiva significa que la decisión del Estado acreditante de asumir o no la protección diplomática responde a criterios políticos y no jurídicos, por tanto, de

¹³⁵ REZEK, op.cit, p. 283.

¹³⁶ C.I.J., Caso Breard (Paraguai c. Estados Unidos), 1998, em que o Paraguai desistiu do prosseguimento da ação após a execução de Angel Francisco Breard, mas fundado, segundo informa ACCIOLY, NASCIMENTO E SILVA e CASELLA, em “acordo feito com os Estados Unidos, por meio do qual o Paraguai se compromete a retirar o caso da CIJ e os EUA retirariam o Paraguai da lista de países omissos no combate à pirataria”. ACCIOLY, H., NASCIMENTO E SILVA, G. E., CASELLA, Paulo Borba. op. cit, p. 531, nota 109. Importante destacar que, caso o Paraguai não tivesse retirado a demanda, provavelmente seria a primeira manifestação da CIJ referente à proteção diplomática decorrente da violação ao direito de assistência consular.

¹³⁷ REZEK, op. cit, p. 284.

¹³⁸ AMERASINGHE, op. cit, p. 79.

¹³⁹ SHAW, Malcolm N. International Law. 5ª Ed. Cambridge: Cambridge, 2003, p. 722.

que se estime o no pertinente en función de la situación de las relaciones con el Estado receptor.¹⁴⁰

Entretanto, ainda no início do século passado, Edwin M. Brochard salientou, baseado no pensamento de outros doutrinadores, que embora não se trate de dever legal, a proteção diplomática é um dever moral do Estado natal do indivíduo estrangeiro. Em suas palavras:

Many writers consider diplomatic protection a duty of the state, as well as a right. If it is a duty internationally, it is only a moral and not a legal duty, for there is no means of enforcing its fulfillment. Inasmuch as the state may determine in its discretion whether political expediency justifies the exercise of the protective forces of the collectivity in his behalf, – for interests of the majority cannot be sacrificed – it is clear that by international law there is no legal duty incumbent upon the state to extend diplomatic protection. Whether such a duty exists toward the citizen is a matter of municipal law of his own country, the general rule being that even under municipal law the state is under no legal duty to extend diplomatic protection.¹⁴¹

Da mesma forma, a desobrigação do dever legal de proteção não implica necessariamente a inexistência de imposições legais no Direito interno de um Estado, isto é, o que não é reconhecido pelo Direito Internacional pode sim ser positivado e regulamentado internamente nos Estados, fazendo com que a proteção aos nacionais quando se achem em território estrangeiro vire um dever constitucional.

Neste sentido, observa Vilariño Pintos, era a disposição expressa da Constituição do Império Alemão de 1871 e da Constituição alemã da República de Weimar de 1919¹⁴², as quais transformavam o dever do Estado em direito subjetivo do nacional em requisitar, preenchidos determinados pressupostos, a proteção diplomática de seu Estado. Atualmente, embora não regulamentado expressamente, o direito à proteção diplomática na Alemanha vem sendo reconhecido pela Corte Constitucional Federal e por outras instâncias, desde que determinadas condições estejam presentes¹⁴³.

¹⁴⁰ VILARIÑO PINTOS, op. cit, p 170.

¹⁴¹ BROCHARD, Edwin M. *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*. New York: Banks Law Publishing Co, 1915, p. 29.

¹⁴² VILARIÑO PINTOS, op. cit, p 170

¹⁴³ AMERASINGHE, op. cit, p. 83.

No esforço de tentar uma forma de regulamentação do instituto da proteção diplomática, o artigo 19 do anteprojeto da Comissão de Direito Internacional, com o título de Recommended Practice, ou Prática Recomendada, estatui o seguinte:

A State entitled to exercise diplomatic protection according to the present draft articles, should:

- (a) Give due consideration to the possibility of exercising diplomatic protection, especially when a significant injury has occurred;
- (b) Take into account, wherever feasible, the views of injured persons with regard to resort to diplomatic protection and the reparation to be sought; and
- (c) Transfer to the injured person any compensation obtained for the injury from the responsible State subject to any reasonable deductions.¹⁴⁴

Nos termos do comentário de Amerasinghe a respeito do artigo supracitado, verifica-se que as práticas defendidas não são obrigatórias, mas apenas recomendadas como “desejáveis”¹⁴⁵. Contudo, ao mesmo tempo reconhece que, caso permaneçam e sejam de fato positivadas tais disposições do artigo 19, será dado um grande passo na mudança do paradigma do Direito consuetudinário, com vistas, no futuro, às garantias cada vez mais consolidadas da proteção internacional dos Direitos Humanos, podendo, quem sabe, integrar o rol do *jus cogens*¹⁴⁶.

A questão da obrigatoriedade do exercício da proteção diplomática será igualmente desenvolvido no quarto capítulo.

Observados o instituto da proteção diplomática, seus pressupostos, sua natureza jurídica e, dentre outras mais, sua forma de atuação, passa-se agora ao estudo das funções de assistência e proteção consulares.

¹⁴⁴ *Draft articles on Diplomatic Protection,*

<<http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf>>.

¹⁴⁵ AMERASINGHE, op cit, p. 87.

¹⁴⁶ Ibid, p. 90.

CAPÍTULO II ASSISTÊNCIA E PROTEÇÃO CONSULARES

Muito embora grande parte da doutrina não diferencie os institutos de proteção e de assistência consulares, colocando-os de maneira ampla em tópicos relativos à proteção dos nacionais¹⁴⁷, é importante, do ponto de vista didático, separá-los a fim de que se possa melhor entender a função de proteção consular em sentido amplo, levando-se em conta que a defesa dos interesses dos nacionais do Estado que envia pode dar-se por meio de dois institutos diferentes, mas complementares entre si. Tomando-se por base que a proteção é consequência, muitas vezes, da violação ao direito à assistência consular, passemos então ao estudo desta, amparado na classificação doutrinária de Adolfo Maresca e consolidada por Vilariño Pintos.

2.1 Assistência Consular

Pode-se dizer que a função de assistência está na base da função consular, uma vez que corresponde à atividade mais fundamental da repartição consular, que é de prestar aos nacionais do Estado que envia toda ajuda ou informação que necessitem dentro do Estado receptor¹⁴⁸

Segundo as palavras de Maresca, seu conceito é o seguinte:

Por asistencia consular se entiende aquel conjunto de funciones, de naturaleza y alcanza bastante diferentes, que el Cónsul desarrolla en favor de sus connacionales para facilitarles su permanencia en el territorio del Estado receptor, dirigiéndose para este fin, si fuera necesario, a las autoridades locales. Esta acción consular no presupone [...] un comportamiento de las autoridades locales contrario a las obligaciones jurídicas impuestas por el Derecho internacional o por el Derecho interno, y no se manifiesta, por tanto, en forma de reclamación. Se funda, en cambio, en el deber general de cooperación recíproca que la institución consular implica, naturalmente, entre las autoridades locales y los Cónsules extranjeros¹⁴⁹.

Pressupõe-se então, da lição do jurista e então Ministro das Relações Exteriores da Itália quando da celebração da CVRC¹⁵⁰, que a assistência consular não corresponde a uma reclamação ou queixa acerca da violação de eventual direito transgredido por parte do Estado receptor; pelo contrário, fundamenta-se no exercício regular de um direito do Estado receptor em realizar

¹⁴⁷ Como é o caso de QUIGLEY, Jonh; ACEVES, William J; SHANK, S. Adele. *The Law of Consular Access – a documentary guide*. New York: Routledge, 2010. Da mesma forma LEE, Luke T.; QUIGLEY, Jonh. *Consular Law and Practice*. 3ª Ed. Oxford: Oxford, 2008; e SATOW, op. cit

¹⁴⁸ Confome VILARIÑO PINTOS, op. cit, p. 353.

¹⁴⁹ MARESCA, A. *Las Relaciones Consulares*. Madrid: Aguilar, 1974, p. 220

¹⁵⁰ <<<http://untreaty.un.org/cod/diplomaticconferences/consrelat-1963/docs/english/vol1/listofdelegations.pdf>

determinado ato, bem como no direito do nacional do Estado que envia em possuir a devida assistência por parte de sua repartição consular, nos mais diversos casos em que assim requerer.

Segundo ainda a doutrina do mestre italiano, existem dois importantes pressupostos a serem observados para que a assistência consular seja possível: a recíproca possibilidade de comunicação e de acesso dos funcionários consulares e dos nacionais do Estado que envia; e a faculdade do cônsul de se dirigir às autoridades do Estado receptor¹⁵¹.

Em relação à primeira, o estabelecimento da livre e recíproca comunicação entre as autoridades dos Estados que envia e receptor é de vital importância para a efetivação da função de assistência, eis que sem ela o funcionário consular estaria impossibilitado de se inteirar da situação de seus nacionais e desta forma providenciar a assistência necessária. Tal pressuposto encontra-se devidamente positivado na Convenção de Viena sobre Relações Consulares, cuja disposição do artigo 36.1, a), é a seguinte;

Art. 36. Comunicação com os Nacionais do Estado que Envia

1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia:

a) os funcionários consulares terão liberdade de se comunicar com os nacionais do Estado que envia e visitá-los. Os nacionais do Estado que envia terão a mesma liberdade de se comunicarem com os funcionários consulares e de visitá-los;

Analisando especificamente este artigo com vistas a afirmá-lo como parte integrante do *corpus juris* do direito internacional dos direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio de sua Opinião Consultiva n°16/99, salientou de maneira bastante esclarecedora a importância de tal dispositivo:

En el apartado citado se consagra el derecho de libre comunicación, cuyos titulares – como lo revela en forma unívoca el texto – son tanto el funcionario consular como los nacionales del Estado que envía, sin que se haga ulteriores precisiones con respecto a la situación de dichos nacionales¹⁵².

Consagrado, pois, o primeiro pressuposto, não menos relevante se mostra o segundo apontado pelo doutrinador italiano, que é a faculdade do cônsul de se dirigir às autoridades do Estado receptor. Segundo Maresca, esta faculdade é inerente ao “exercício de todas as funções

¹⁵¹ Conforme MARESCA, op.cit, p. 220

¹⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99. “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, 01/10/1999, § 78.

consulares, que implicam – de distinta forma e diversa medida – uma cooperação com as autoridades locais e é essencial também para o desenvolvimento da assistência aos nacionais do Estado que envia, cuja atuação pressupõe o concurso dos órgãos do Estado receptor”¹⁵³.

Desta forma, está o cônsul apto a se dirigir às autoridades que se achem presentes em sua jurisdição consular, isto é, perante as autoridades locais, como juízes, promotores, delegados de polícia; aos órgãos dos entes territoriais, como prefeito, governador do estado; e, em determinadas circunstâncias, às autoridades centrais, excluindo-se desde logo o Ministro das Relações Exteriores, que se relaciona diretamente com as missões diplomáticas¹⁵⁴.

Observados os pressupostos para a fruição regular da função de assistência consular, pode-se então adentrar as funções assistenciais propriamente ditas. Como opção metodológica, será utilizada a classificação de Adolfo Maresca a respeito das funções de assistência consular, que foi, por sua vez, incorporada pela doutrina de Vilariño Pintos a respeito

Preocupado com a amplitude do tema, o jurista italiano divide as funções de assistência nas de âmbito *interno* e de âmbito *externo*¹⁵⁵.

2.1.1. Funções de âmbito interno

As funções de âmbito interno caracterizam-se pela relação direta entre cônsul e nacional do Estado que envia, sem que haja interferência ou mesmo solicitação de eventual serviço ou contraprestação por parte de qualquer autoridade local do Estado receptor. Por este motivo é o caráter *interno* desta função, bem como pelo fato de tais relações acontecerem na maioria das vezes dentro do próprio consulado, o que é resguardado, porém, pelo direito do cônsul de visitar o nacional onde quer que esteja, por força do art. 36.1, a), da CVRC.

Entre suas atribuições, destacam-se o aconselhamento e informação aos seus nacionais. Nesse sentido, afirma Vilariño Pintos:

[...] la función de asistencia se concreta, desde luego, en la información y prudente consejo, que puede referirse a diversos ámbitos de relación del nacional del Estado enviante en el Estado receptor, bien respecto a la actuación ante las autoridades locales, o al cumplimiento del ordenamiento jurídico, bien en cuanto a su integración en la sociedad local; también tales información y consejo han de

¹⁵³ MARESCA, op. cit, p. 221(tradução livre).

¹⁵⁴ Ibid, p. 222.

¹⁵⁵ Ibid, p. 221.

darse respecto a cómo han de actuar los nacionales ante la propia Administración del Estado enviante cuando la oficina consular no tenga atribuciones o no sea competente para ejercer las funciones que se le soliciten. Otras manifestaciones concretas de este aspecto interno de la asistencia son la repatriación y diversos tipos de prestaciones económicas, así como el ingreso hospitalario o en residencias de mayores, en los casos que el Estado receptor tenga en el enviante centros de este carácter¹⁵⁶.

Esse tipo de assistência pode corresponder, em alguns casos, em *auxílio material*¹⁵⁷, consistente em ajuda financeira com custos de internação hospitalar para os nacionais enfermos e sem condições que se encontrem no Estado receptor, como da mesma forma nos casos em que a repartição consular arca com os custos da repatriação¹⁵⁸ do nacional de volta ao seu Estado natal.

2.1.2. Funções de âmbito externo

As funções de âmbito externo são aquelas relacionadas aos casos em que a repartição consular deve atuar perante as autoridades locais do Estado receptor, com o fito de “prestar ajuda e assistência aos nacionais do Estado que envia, sejam pessoas naturais ou jurídicas”, conforme a própria redação do artigo 5.e) da CVRC.

Neste sentido, o cônsul encontra-se legitimado a solicitar e obter da autoridade competente informação sobre qualquer incidente em que possam estar envolvidos os seus nacionais. Um exemplo muito recorrente é o caso de calamidades públicas, desastres naturais ou acidentes que envolvam um grande número de pessoas e que eventualmente estrangeiros possam estar entre as vítimas, desaparecidos ou desabrigados. Em tais casos, João Penteadó Erskine Stevenson¹⁵⁹ sustenta que a atuação do funcionário consular deve ser *ex-officio*, isto é, sendo desnecessária qualquer provocação para que sua atuação seja iniciada.

Ainda sobre a atuação *ex-officio*, há casos em que o cônsul poderá, de conformidade com a legislação do Estado receptor, prestar assistência perante os órgãos jurisdicionais, quando o nacional titular dos direitos encontrar-se ausente ou por qualquer outra causa, não puder

¹⁵⁶ VILARIÑO PINTOS, op. cit, p. 353.

¹⁵⁷ MARESCA, A. op. cit 231.

¹⁵⁸ VILARIÑO PINTOS, op. cit, p. 353

¹⁵⁹ STEVENSON, João Penteadó Erskine. Prática Consular – Ensaio de Direito e Legislação Consular. São Paulo, 1941, p. 54/56. No mesmo sentido é a doutrina já conhecida de MARESCA, op. cit, p. 224.

defender-se oportunamente¹⁶⁰. Importante destacar que tal atuação é de caráter provisório e limitado, de modo que tão somente será exercida até que a pessoa interessada possa atuar por si mesma ou nomeie um representante para que siga os atos de conservação e administração¹⁶¹. Tudo isto, reitere-se, em concordância com as normas processuais do Estado receptor.

Contudo, na assistência perante os órgãos jurisdicionais, a atuação do cônsul é normalmente provocada, ressalvados casos específicos que serão tratados a seguir. Dentre as suas atribuições, pode-se observar a designação de um “advogado de confiança” da repartição consular ou de um intérprete para auxiliar o nacional do Estado que envia em suas demandas judiciais.

A função de assistência possui um caráter muito particular no que diz respeito aos nacionais do Estado que envia que, por determinada razão, encontram-se detidos pela suspeita de prática de um crime ou mesmo quando já estão julgados e cumprindo a pena definitiva. É neste aspecto, em particular, o maior dos avanços doutrinário e jurisprudencial das Cortes internacionais no tocante ao Direito Consular, bem como sua aproximação cada vez maior com o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Conforme a manifestação de Quigley, Aceves e Shank, em uma investigação criminal onde o suspeito é um estrangeiro, uma variedade de complicações pode surgir para a polícia, para os órgãos acusatórios, para a própria defesa do suspeito e para o Judiciário. As complicações giram em torno do sistema judicial criminal do Estado receptor, que pode se mostrar bastante diverso daquele do seu país natal, bem como os procedimentos que se dão em idioma incompreensível ou de difícil assimilação. Por este motivo, o risco de discriminação do estrangeiro é muito grande¹⁶².

¹⁶⁰ Tal disposição encontra-se resguardada na redação do artigo 5, i), da CVRC, a qual estatui: “representar os nacionais do país que envia e tomar as medidas convenientes para sua representação perante os tribunais e outras autoridades do Estado receptor, de conformidade com a prática e os procedimentos em vigor neste último, visando conseguir, de acordo com as leis e regulamentos do mesmo, a adoção de medidas provisórias para a salvaguarda dos direitos e interesses destes nacionais, quando, por estarem ausentes ou por qualquer outra causa, não possam os mesmos defendê-los em tempo útil”.

¹⁶¹ VILARIÑO PINTOS, op. cit, p. 354. No mesmo sentido, MARESCA aponta ainda três situações de limitação da faculdade do cônsul em atuar *ex-officio* em processos judiciais: “a) No se extiende a la posibilidad de alcanzar una transacción, y menos a la facultad de decidir una renuncia. b) Deve desarrollarse de conformidad con las normas procesales del Estado territorial. c) Cesa una vez que el titular de los derechos y de los intereses de los que estamos hablando esté en condiciones de defenderse personalmente, o cuando haya nombrado un procurador para la defensa de sus intereses y derechos”. MARESCA, A. op. cit, p. 224.

¹⁶² QUIGLEY, Jonh; ACEVES, William J.; SHANK, S. Adele. op. cit, p. 01.

Por esta razão, a grande questão que envolve o tema é o direito que o nacional tem de se comunicar com a repartição consular de seu Estado e a conseqüente notificação do cônsul por parte do Estado que envia, a fim de que possa dar início ao seu ofício. Tal questionamento foi motivo de amplo debate quando da elaboração do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares; no entanto, não se trata de inovação legislativa do dito tratado, uma vez que o Direito consuetudinário, assim como inúmeros tratados bilaterais entre Estados já regulamentavam a questão.

Em relação à posição do Direito costumeiro pré-CVRC, afirma Maresca que

*La norma del Derecho consuetudinario tiende a establecer un deber automático de información por parte de las autoridades locales al Cónsul y en pleno derecho de este a comunicarse con su connacional detenido en espera del juicio y de visitarle. Este deber ha de cumplirse por las autoridades locales, y el derecho puede ser ejercitado por el Cónsul, prescindiendo de la voluntad del extranjero, en base a una presunción absoluta de su deseo de recibir la asistencia consular*¹⁶³.

Da leitura do excerto acima pode-se observar dois pontos bastante relevantes: o primeiro relacionado a um *dever* do Estado receptor em comunicar ao Estado que envia da situação de seu nacional; e o segundo diz respeito ao caráter *automático* desta comunicação, que independe da manifestação do nacional acerca da assistência, visto que se trata de uma *presunção absoluta* tal função.

Também abordaram o tema Luke T. Lee e John Quigley, ao afirmarem que “a receiving State is required under customary law to allow a consul to visit nationals when they are imprisoned or detained by authorities of the receiving State”¹⁶⁴.

Neste mesmo norte foi a conclusão de diversos tratados bilaterais, dentre os quais se pode citar, conforme leitura de Maresca, a Convenção ítalo-britânica de 1954, a qual previa que:

El individuo “detenido en prisión en espera de ser juzgado o puesto en preventiva”, en primer lugar, que “el funcionario debe ser autorizado para visitar sin demora y conversar en privado y proveer a la defensa legal de cualquier nacional del Estado que envía, bien porque esté detenido en espera de la celebración del juicio, o para ser interrogado, o porque tenga derecho a apelar, conforme a las normas del procedimiento penal vigente, dentro del término en el que la apelación pueda ser presentada” (Art. 19, pár. 2), y que “cualquier

¹⁶³ MARESCA. op. cit, p. 225

¹⁶⁴ LEE, Luke T.; QUIGLEY, Jonh. Consular Law and Practice. Third Edition. Oxford: Oxford, 2008, p. 142.

comunicación de ese nacional al funcionario consular debe ser tramitada sin dilación por las autoridades del territorio”(Art. 19, pár 2, *in fine*)¹⁶⁵.

Foi baseado na aplicação dos tratados até então vigentes e na prática costumeira que a Comissão de Direito Internacional (CDI), encarregada de elaborar o anteprojeto da Convenção sobre Relações Consulares, formulou a seguinte proposta para o artigo 36:

Art. 36. 1, a) les autorités compétentes doivent avertir, sans retard injustifié, le consulat compétent de l’Etat d’envoi lorsque, dans les limites de sa circonscription, un ressortissant de cet Etat est incarcéré ou mis en état de detention préventive ou toute autre forme de détention. Elles doivent transmettre au consulat également sans retard injustifié, les communications que la personne incarcérée ou détenue lui adresse; b) Les fonctionnaires consulaires doivent avoir le droit de rendre visite à un ressortissant de l’Etat d’envoi incarcéré ou détenu, de s’entretenir avec lui et de pouvoir à sa représentation en justice¹⁶⁶

Em síntese, ela regulava o dever o Estado receptor de notificar ao consulado do nacional do Estado que envia, sem demora, da situação do detido e permitia o direito de visitas e comunicação com o nacional.

No entanto, diversos países questionaram a proposta, sob os mais diversos argumentos. A Austrália sustentava o direito do próprio nacional em não querer a assistência consular para justificar a não obrigatoriedade da assistência consular e notificação automática à repartição consular do Estado que envia¹⁶⁷. A França e Equador, por sua vez, afirmaram que a questão do direito à comunicação entre nacional e cônsul estava mais para a alçada da Declaração Universal dos Direitos Humanos que para a Convenção sobre Relações Consulares¹⁶⁸. Já alguns países alegavam que a proposta não condizia com a realidade¹⁶⁹, haja vista a impossibilidade prática de adoção da comunicação automática, porque muitos deles não possuíam estrutura suficiente para a notificação estatal e que tal medida seria inviável para países menos desenvolvidos¹⁷⁰.

Em virtude de tais alegações, no segundo Comitê para a discussão do tema, foi proposta a *six-power amendment*, isto é, uma emenda ao texto original encabeçada por Estados Unidos, Canadá, Japão, Kuwait, Tailândia e República Árabe Unida, a qual previa o dever de notificar ao

¹⁶⁵ MARESCA, op. cit, p. 225/226.

¹⁶⁶ Redação extraída de MARESCA, op. cit, 1974, p. 227

¹⁶⁷ LEE, Luke T.; QUIGLEY, Jonh. op. cit, p. 143.

¹⁶⁸ Ibid, p. 143.

¹⁶⁹ Nova Zelândia

¹⁷⁰ Nesse sentido foi a Manifestação da Malásia, Tailândia, Venezuela, Índia, Filipinas, entre outros.

consulado do Estado que envia apenas se o nacional detido assim o solicitasse. Tal proposta sofreu duras críticas por parte dos outros países, razão pela qual foi rejeitada por 33 a 27, com 9 abstenções¹⁷¹.

Contudo, na Décima Primeira Reunião Plenária, Tailândia, Malásia, Filipinas, República Árabe Unida, Japão e Venezuela; ressuscitaram o espírito da antiga *six-power amendment*, com modificações necessárias¹⁷², e colocaram-na em votação. Figuram entre os expoentes de oposição à proposta o membro da delegação italiana, Adolfo Maresca, que votou pela proposta anterior da CDI. Mais uma vez a emenda foi rejeitada por 39 a 37, com 7 abstenções¹⁷³. Contudo, conforme salienta Lee e Quigley, a rejeição não significou uma vitória incondicional da obrigação do Estado que envia de notificar ao consulado do detido estrangeiro, como era o anteprojeto da CDI, porque sua aprovação também não se deu pela maioria de dois terços, razão pela qual a redação final de tal dispositivo convencional só foi aprovada na vigésima reunião plenária, a dois dias da conclusão da Convenção¹⁷⁴.

O resultado então foi a aprovação de um texto que, no fim das contas, remonta à primeira e rejeitada *six-power amendment*, facultada a assistência consular a uma solicitação do próprio nacional, quando informado de seus direitos em razão de sua detenção. Assim dispõe o atual artigo 36.1, b), da Convenção de Viena sobre Relações Consulares:

se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar a repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo

É necessário ter em mente que a solicitação deve partir do nacional do Estado que envia, quando se encontrar detido. O conhecimento da Convenção de Viena sobre Relações Consulares,

¹⁷¹ LEE, Luke T.; QUIGLEY, Jonh. op. cit, p. 144.

¹⁷² O texto da proposta de mudança do artigo 36.1, b) é a seguinte: “The competent authorities of the receiving State shall, without delay, inform the consular post of the sending State if, within its consular district, a national of that State who is arrested or committed to prison or to custody pending trial or is detained in any other manner so requests”, conforme LEE, Luke T.; QUIGLEY, op. cit, p. 145.

¹⁷³ untreaty.un.org/askdjlljkas

¹⁷⁴ QUIGLEY, Jonh. op. cit, p. 145/146.

infelizmente, restringe-se, na maioria das vezes, àqueles que a utilizam como objeto de sua função prática, ou seja, os funcionários consulares, bem como os doutrinadores e pesquisadores da disciplina de Direito Consular. Mesmo nas Faculdades de Direito, em geral, a matéria não é aprofundada quando do estudo do Direito Internacional Público e possui sua razão de ser, afinal, não se trata da disciplina específica de Direito Diplomático e Consular. Portanto, onde se pretende chegar é na seguinte reflexão: o desconhecimento do instrumento normativo da CVRC não é incomum apenas do chamado “homem médio”, mas também de grande parcela da população, abarcando, porque não, os próprios juristas de outros ramos do Direito; desse modo, a disposição do artigo 36.1, b) mostra-se patentemente inaplicável e inacessível àqueles mais necessitados de sua proteção – os nacionais do Estado que envia – razão de ser do próprio dispositivo.

Assim sendo, em uma interpretação literal, o direito à assistência consular nesses casos jamais se consolidaria, visto que não se saberia sequer que o consulado tem a faculdade de visitar seu nacional, em caso de eventual detenção¹⁷⁵. Por esta razão, um gradativo processo de reanálise da tal dispositivo foi sendo realizado, a fim de dar-lhe a devida importância e, mais ainda, estar à disposição do nacional estrangeiro.

O primeiro passo concreto nesse sentido foi dado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no exercício de sua competência consultiva¹⁷⁶, após manifestação do México em relação à interpretação do artigo 36.1, b), da CVRC. A decisão da Corte ficou conhecida como Opinião Consultiva nº 16/99, ou “O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal”.

¹⁷⁵ Isto foi objeto de manifestação similar de Gana, quando da discussão da Convenção.

¹⁷⁶ A Corte Interamericana possui competências contenciosa e consultiva. A primeira se refere à atividade jurisdicional propriamente dita, em que de um lado está a vítima e de outro está o Estado violador de Direitos Humanos. Já a competência consultiva, elencada no artigo 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, dispõe que “os Estados-Membros da Organização (dos Estados Americanos) poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no Capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires”. Em relação a definição “outros tratados”, a própria Corte já se manifestou a respeito na Opinião Consultiva nº 01/82, considerando que todos os tratados são aqueles que, em sua disposição, contenham conteúdo *ratione materiae* de direitos humanos. Tal fato foi amplamente debatido quando a análise da Opinião Consultiva nº 16/99. Acerca da competência consultiva da Corte, ver CORREIA, Theresa Rachel Couto. Corte Interamericana de Direitos Humanos – repercussão jurídica das Opiniões Consultivas. Curitiba: Juruá, 2008.

A solicitação do México estava relacionada à grande quantidade de nacionais mexicanos que se encontravam detidos, principalmente em solo norte-americano, à espera de julgamento ou mesmo condenados à pena de morte, sem que houvesse sido oferecida a eles a assistência consular devida pelo art. 36.1, b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Em virtude disto, formulou solicitação de interpretação do dito dispositivo, bem como dos artigos 2, 6, 14 e 50 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Em seus questionamentos¹⁷⁷, o México solicita da Corte Interamericana que analise a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, em especial o artigo 36.1, b), a fim de informar se o dito artigo contém disposições concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. Da mesma forma, se está subordinado o Estado receptor à exigibilidade dos direitos individuais que confere o art. 36 da CVRC aos estrangeiros; bem como a interpretação do termo “sem demora” constante na redação do referido artigo. Por fim, indaga quais seriam as consequências na ausência de notificação ao consulado do detido estrangeiro, principalmente em caso de pena de morte¹⁷⁸.

Em relação ao primeiro questionamento, se o art. 36 da CVRC contém disposições relativas à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos, a Corte iniciou sua análise delimitando o tema:

Para los fines de esta Opinión la Corte debe determinar si este Tratado *conciérne* a la protección de los derechos humanos en los 33 Estados americanos que son Partes en él, es decir, si atañe, afecta o interesa a esta materia. Al realizar este estudio, el Tribunal reitera que la interpretación de toda norma debe hacerse de buena fe, conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos empleados por el tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y que dicha interpretación puede involucrar el examen del tratado considerado en su conjunto, si es necesario¹⁷⁹

Manifestando estreitamente o posicionamento em relação ao tema, a Corte Interamericana afirma, num primeiro momento, que o preâmbulo e o espírito inicial da Convenção de Viena

¹⁷⁷ Os questionamentos a serem analisados no presente trabalho são aqueles que diretamente relacionam-se com o tema do trabalho. Desta maneira, não serão abordadas todas as questões relativas à Opinião Consultiva, ponto por ponto.

¹⁷⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva 16/99, de 01.10.1999. Série A, n. 16, § 4º (tradução livre).

¹⁷⁹ Ibid, § 72. Afirmando também, em nota de rodapé no corpo de seu parágrafo que a expressão “leis” no artigo 30 da Convenção Americana de Direitos Humanos foi objeto de análise da Opinião Consultiva 6/86, de 9 de maio de 1986. Série A, § 13.

sobre Relações Consulares estaria qualificando as funções de comunicação e notificação consular como sendo atividades de Estado, e não garantias individuais. Contudo relembra, quando do julgamento do caso *relativo ao pessoal diplomático e consular dos Estados Unidos da América em Teerã*, perante a Corte Internacional de Justiça (CIJ), que os Estados Unidos relacionaram o artigo 36 da CVRC com os direitos dos nacionais do Estado que envia, bem como a própria CIJ fez referência à Declaração Universal em sua sentença¹⁸⁰.

Após isso, e em detida análise do artigo referência, bem como do artigo 5, a), e), i), da CVRC, que dispõe sobre as já estudadas funções consulares, a Corte Interamericana assevera que “os direitos mencionados [...], que foram reconhecidos pela comunidade internacional no Conjunto de Princípios para a Proteção de todas as Pessoas Submetidas a qualquer forma de Detenção ou Prisão, tem a característica de que seu titular é o indivíduo”¹⁸¹. Por esta razão, fundamenta a Corte:

el artículo 36 constituye una notable excepción con respecto a la naturaleza, esencialmente estatal, de los derechos y obligaciones consagrados en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y representa, en los términos en que lo interpreta esta Corte en la presente Opinión Consultiva, un notable avance respecto de las concepciones tradicionales del Derecho Internacional sobre la materia¹⁸².

Em virtude da excepcionalidade da matéria abordada em um Tratado de Direito Internacional Geral, como é o caso da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, a Corte Interamericana entendeu que o direito a assistência consular está no rol de proteção dos direitos do nacional do Estado que envia, e por conseguinte, inserido no contexto dos Direitos Humanos¹⁸³, tanto na normativa interamericana como nos artigos 2º, 6, 14 e 50 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

¹⁸⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1999, op. cit § 75.; CIJ, *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran)*, Julgamento de 24 de maio de 1980.

¹⁸¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS 1999, op. cit, § 82 (tradução livre).

¹⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1999, op. cit, § 82.

¹⁸³ Em relação a isto, importante observar a conclusão da Corte a respeito: Por lo tanto, la comunicación consular a la que se refiere el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, efectivamente concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y puede redundar en beneficio de aquel. Esta es la interpretación que debe darse a las funciones de “protección de los intereses” de dicho nacional y a la posibilidad de que éste reciba “ayuda y asistencia”, en particular, en la organización de “su defensa ante los tribunales”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1999, op. cit, § 87.

Observado isto, a Corte passou a analisar a exigibilidade dos direitos individuais por parte do estrangeiro. Para isso, realizou o estudo dos trabalhos preparatórios à CVRC acerca da obrigatoriedade da notificação, tal qual feito no início deste tópico, e chegando à conclusão inicial de que “o direito à notificação consular está condicionado à vontade do indivíduo interessado”¹⁸⁴.

Contudo, o grande avanço dado pela Corte Interamericana foi o de justamente quebrar esta barreira, ao analisar o artigo 36.1, b) e c) em conjunto com sua alínea a) – que dispõe sobre o direito de livre comunicação entre as autoridades estatais e consulares –, para então imprimir, não uma faculdade, mas um dever do Estado receptor em comunicar o indivíduo sobre seus direitos, sem qualquer necessidade de protesto do estrangeiro detido sob a custódia do Estado receptor.

Importante então é a lição da Corte a respeito:

Particularmente en lo que se refiere a los apartados b) y c) del artículo 36.1, el cumplimiento inmediato de los deberes del Estado receptor responde al objeto mismo de la notificación consular. En efecto, ésta atiende al propósito de alertar al Estado que envía sobre una situación de la cual, en principio, éste no tiene conocimiento. Por lo tanto, sería ilógico supeditar el ejercicio o cumplimiento de estos derechos y deberes a las protestas de un Estado que ignora la situación en que se encuentra su nacional¹⁸⁵

A extensão da interpretação do art. 36 da CVRC tenta, depois de passados mais de 35 anos de sua celebração, retificar o entendimento da redação final do referido artigo, imprimindo-lhe, de certa maneira, o espírito do anteprojeto da CDI. Esta mudança de posicionamento foi enaltecida pelo então presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, que em voto separado, assim observou:

Al emitir en esta fecha la decimosexta Opinión Consultiva de su historia, la Corte Interamericana, en el ejercicio de su función consultiva dotada de amplia base jurisdiccional, ha actuado a la altura de las responsabilidades que le atribuye la Convención Americana. De esta Opinión Consultiva - y en particular de sus puntos resolutive 1 y 2 - se desprende claramente que no es más posible considerar el derecho a la información sobre la asistencia consular (bajo el artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963) sin directamente vincularlo con el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁸⁶

¹⁸⁴ CORREIA, op. cit, p. 176/177.

¹⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1999, op. cit, § 92.

¹⁸⁶ Voto Concorrente de Antônio Augusto Cançado Trindade na Opinião Consultiva 16/99, de 01.10.1999. Série A, n. 16.

Verificada a correspondência do art. 36 da CVRC com a proteção dos Direitos Humanos e o dever do Estado receptor em informar ao detido estrangeiro de seu direito à assistência consular, passou-se então ao estudo da expressão “sem demora”, constante na redação da alínea b), do art. 36 supracitado.

Primeiramente a Corte assevera que, embora o presente caso tenha sido requisitado em virtude da aplicação de pena de morte aos nacionais mexicanos, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares não estabelece distinção alguma com base na gravidade da pena aplicável ao delito que origina a detenção¹⁸⁷, portanto o direito à assistência consular independe do crime cometido ou atribuído ao nacional. Da mesma forma, a conceituação do termo “sem demora” implica em determinar um momento processual específico, a fim de dirimir quaisquer dúvidas acerca da interpretação de tal expressão¹⁸⁸.

Assim sendo, dispôs a Corte da seguinte maneira:

Por lo tanto, y a falta de precisión en el texto de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Corte interpreta que se debe hacer la notificación al momento de privar de la libertad al inculpado y en todo caso antes de que éste rinda su primera declaración ante la autoridad¹⁸⁹

Desta forma, a manifestação das autoridades do Estado receptor acerca do direito à assistência consular do nacional do Estado que envia deve ser realizada antes que este preste sua primeira declaração perante a autoridade competente. Isto serve para resguardar todos os direitos referentes à sua defesa, bem como eventual dificuldade no entendimento e compreensão do idioma por parte do detido.

Em relação a este ponto específico, importante destacar, por fim, que o termo “sem demora” foi fruto de intensa discussão quando ainda das Reuniões Plenárias da Conferência de Viena sobre Relações Consulares, em 1963. A redação original, em inglês, previa *without undue delay*, isto é, sem demora indevida. Contudo, no Segundo Comitê, o Reino Unido propôs a exclusão da palavra *undue* (indevida), em virtude da possibilidade do Estado receptor fabricar

¹⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1999, op. cit., § 99.

¹⁸⁸ Ibid., § 98.

¹⁸⁹ Ibid., § 106.

razões para a demora¹⁹⁰. Tal proposta foi aceita e da mesma maneira aprovada na Conferência, sendo então a redação vigente atualmente.

Logo, o exercício hermenêutico da Corte Interamericana fez tão somente apontar a solução já questionada desde os debates para a elaboração do texto final da Convenção de 1963, e devidamente observada pela delegação do Reino Unido, autora da mudança no texto. A consequência disto está em determinações de certos Estados aos seus funcionários consulares para estarem sempre disponíveis após o horário de expediente, a fim de prestarem a assistência consular e visitarem os seus nacionais rapidamente¹⁹¹.

Importante destacar ainda, no tocante à imensa contribuição desta manifestação pioneira¹⁹² da Corte Interamericana acerca do direito à assistência consular como garantia de direitos humanos; a sua inserção dentro do contexto dos direitos e garantias judiciais inerentes à pessoa humana. Em um tópico específico da decisão da OC 16/99, a Corte analisou a relação entre assistência consular e as garantias judiciais, aduzindo que o “direito individual que se analisa nesta Opinião Consultiva deve ser reconhecido e considerado no marco das garantias mínimas para brindar aos estrangeiros a oportunidade de preparar adequadamente sua defesa e contar com um juízo justo”¹⁹³, concluindo, na parte dispositiva da decisão que:

En otros términos, el derecho individual de información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables¹⁹⁴.

Nesta mesma esteira, e comentando a importância do passo dado pela Corte Interamericana na afirmação dos Direitos Humanos, salienta Cançado Trindade:

¹⁹⁰ UN Doc. A/CONF.25/C.2/L.74, in 2 Vienna, Off. Rec. 81 *apud* LEE, Luke T.; QUIGLEY, Jonh. op. cit. No mesmo sentido, QUIGLEY, John; ACEVES, William J.; SHANK, S. Adele. op. cit, p. 47/48.

¹⁹¹ QUIGLEY, John; ACEVES, William J.; SHANK, S. Adele. op. cit, p. 48.

¹⁹² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind – Towards a New Jus Gentium*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 499.

¹⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1999, op. cit, § 122.

¹⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1999, op. cit, § 124.

The Court pointed out that the evolutive interpretation and application of the *corpus juris* of the International Law of Human Rights, have had “a positive impact on International Law in affirming and developing the aptitude of this latter to regulate the relations between States and human beings under their respective jurisdictions”; the Court thus adopted the “proper approach” in considering the matter submitted to it in the framework of the “evolution of the fundamental rights of the human person in contemporary International Law”.

The Court expressed the view that, for the due process of law to be preserved, “a defendant must be able to exercise his rights and defend his interests effectively and in full procedural equality with other defendants”. Thus, the individual right to information under Article 36 (1) (b) of the Vienna Convention on Consular Relations renders effective the right to the due process of law. The non observance or obstruction of the exercise of this right affects judicial guarantees¹⁹⁵.

Levando-se em conta toda a relevância do direito à assistência consular como marco das garantias judiciais e, por conseguinte, dos direitos fundamentais do estrangeiro nacional do Estado que envia, cumpre salientar, por fim, as consequências concernentes ao descumprimento de tais direitos por parte do Estado receptor.

Em relação a isto, a Corte Interamericana de Derechos Humanos primeiramente interpretou o questionamento do México como sendo o caso de omissão do Estado receptor em informar ao detido estrangeiro acerca de seus direitos básicos¹⁹⁶. Em seguida, destacou que o solicitante dirigiu suas indagações à questão da ausência da notificação consular em casos de pena de morte¹⁹⁷, manifestando-se então da seguinte maneira:

Siendo la ejecución de la pena de muerte una medida de carácter irreversible, exige del Estado el más estricto y riguroso respeto de las garantías judiciales, de modo a evitar una violación de éstas, que, a su vez, acarrearía una privación arbitraria de la vida

Por lo anteriormente expuesto, la Corte concluye que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”, en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos humanos (v.g. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6), con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación¹⁹⁸

¹⁹⁵ CANÇADO TRINDADE, 2010, op. cit, p. 499, citando ainda os parágrafos 114, 115, 117 e 137 da OC 16/99.

¹⁹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1999, op. cit, § 127.

¹⁹⁷ Ibid, § 133.

¹⁹⁸ Ibid, §§ 136/127

Infere-se, da análise do referido dispositivo, que a inobservância do dever do Estado receptor de informar ao detido estrangeiro acerca de seu direito à assistência consular, no momento de sua detenção e antes que faça qualquer declaração perante a autoridade competente, implica em responsabilidade internacional¹⁹⁹ do Estado receptor.

O referido tema – o da responsabilidade internacional do Estado – por si só, importa em um estudo aprofundado que, ao menos de maneira tangencial, foi abordado no estudo do instituto da proteção diplomática, mas que, de todo modo, não é o foco do presente trabalho. Contudo, necessário se faz esclarecer que, em virtude da conduta ilícita do Estado em omitir-se na prestação de um dever de informar ao detido estrangeiro de suas razões, está o mesmo sujeito, cumpridos específicos requisitos de admissibilidade, a ser demandado perante órgãos jurisdicionais de defesa e proteção dos Direitos Humanos, que no âmbito regional americano é caracterizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. No entanto, é obrigatório que o Estado tenha se submetido à sua jurisdição, a fim de que o indivíduo, sem precisar de qualquer chancela estatal, possa ingressar no Sistema Interamericano de Direitos Humanos²⁰⁰.

Contudo, esta não é a única forma de atuação em defesa dos direitos do estrangeiro em situação de violação das garantias e liberdades individuais. Antes mesmo do acesso direto de indivíduos a órgãos de proteção de direitos humanos, o Direito Diplomático e Consular já possuía, embora sujeito a críticas, instrumentos próprios de proteção dos interesses dos nacionais vítimas de ilícitos internacionais e é, neste ponto específico, que será dada sequência nos estudos do instituto da Proteção Consular.

2.2. Proteção Consular

A função de proteção, no sentido amplo da palavra, é sem dúvida alguma a atividade primordial da instituição consular, mantendo-se essa característica desde sua concepção até os dias atuais. Segundo as palavras de Maresca, “a norma mais antiga e segura do Direito consular

¹⁹⁹ RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar: 2004.

²⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008; CORREIA, op. cit, 2008.

consuetudinário que se refere às funções consulares é a que atribui ao cônsul o poder de exercer em favor de seus nacionais a proteção consular”²⁰¹.

Contudo, tal disposição acerca do caráter geral do dever de proteção foi delimitado metodologicamente, baseada na doutrina de Maresca e Vilariño Pintos, propondo-se a diferenciação dos institutos da assistência consular e da proteção consular *stricto sensu*, como será denominado a partir de agora. Importante recordar apenas que parte da doutrina não estabelece diferenças²⁰² entre uma e outra, englobando-as na função geral de proteção, consubstanciada nos artigos 5 a), e), e i), da Convenção de Viena sobre Relações Consulares²⁰³.

Conforme visto anteriormente, uma característica essencial da assistência consular é que esta não pressupõe um comportamento das autoridades locais do Estado receptor contrário às obrigações jurídicas impostas pelo Direito Internacional, isto é, no caso de detenção de um estrangeiro pela suspeita de cometimento de determinado crime, ou mesmo na flagrância da conduta criminosa, o Estado receptor está no exercício regular de seu direito em deter e prender o indivíduo, devendo, por outro lado, respeitar os direitos individuais inerentes à pessoa humana do acusado, o que, nesse caso implica, entre outros, o direito a informar ao detido do seu direito à assistência consular antes que preste qualquer depoimento ante a autoridade competente²⁰⁴.

O não atendimento a esses direitos do estrangeiro, que é um dever do Estado receptor, resulta na violação de disposições de Direito Internacional – neste caso, mais especificamente, o artigo 36.1,b), da CVRC – o que faz surgir nesse ínterim a proteção consular.

Muito pertinente é o conceito de Maresca sobre a proteção consular *stricto sensu*:

la *protección consular* consiste en la acción que el Cónsul está legitimado para desarrollar, ante las autoridades locales del Estado territorial, en favor de sus nacionales que residen o se encuentran ocasionalmente en su distrito consular y que han recibido un trato contrario al debido. Esta disconformidad respecto al trato jurídicamente establecido debe ser valorado teniendo en cuenta no solo la

²⁰¹ MARESCA, op. cit, 1974.

²⁰² Merece destaque a advertência de PANCRACIO a respeito: “Ce n’est d’ailleurs certainement pas par inadvertance que la convention de Vienne sur le relations consulaires de 1963 opère une distinction entre protection et assistance. En son article 5 (paragraphes a- et e-), elle sépare en effet ces deux fonctions en fixant notamment pour mission aux postes consulaires, d’une part de << protéger dans l’Etat de residence les interest de l’Etat d’envoi et de ses ressortissants personnes physiques et morales>>, d’autre part de << prêter secours et assistance aux ressortissants, personnes physiques et morales, de l’Etat d’envoi >>. Toutefois, dans la pratique quotidienne des ambassades et des consulats, on ne cherche guère à classifier ce qui correspond à l’une et à l’autre. On le comprend d’autant mieux que la distinction en pratique serait delicate et que la convention ne fournit pas elle-même de critère permettant de la mettre an oeuvre”. PANCRACIO, op. cit, p. 189.

²⁰³ LEE, Luke T.; QUIGLEY, Jonh. op. cit, p. 143

²⁰⁴ Conforme a Opinião Consultiva 16/99

legislación del Estado receptor, sino también, y especialmente, las normas del Derecho internacional consuetudinario y convencional. La protección consular presupone, por tanto, un comportamiento, positivo o negativo, de las autoridades locales, consistente en la infracción de una de las normas que regulan la condición jurídica de las personas a las que se extiende la protección²⁰⁵.

Assim, a conduta comissiva ou omissiva por parte das autoridades do Estado receptor que violarem direitos individuais do estrangeiro gera o direito ao nacional que se encontre em situação de vulnerabilidade à proteção consular. Importante destacar, que no âmbito consular, normalmente são violados direitos primeiramente correspondentes às liberdades individuais internas do Estado receptor, que subsidiariamente implicam descumprimento de regras de Direito Internacional, seja convencional, seja consuetudinário²⁰⁶. Logo, a proteção consular possui um caráter muito mais territorial, isto é, circunscrito ao âmbito local de sua transgressão, diferentemente da proteção diplomática, conforme será analisada posteriormente.

O pressuposto básico para a que a repartição consular possa atuar em favor de um indivíduo que se ache em um determinado território é que ele seja nacional do Estado que envia. Contudo, o Direito Internacional veda a possibilidade deste mesmo nacional reclamar proteção consular no caso de também ser nacional do Estado receptor²⁰⁷.

Caso o indivíduo tenha dupla nacionalidade, mas ambas distintas da do Estado receptor, em princípio os dois Estados poderiam oferecer proteção ao seu nacional, porém Lee e Quigley apontam que, no caso dos dois países oferecerem a proteção requerida, um deles desistirá, ou mesmo o próprio Estado receptor escolherá uma nacionalidade predominante, a fim de que a proteção seja exercida apenas por um dos Estados²⁰⁸.

²⁰⁵ MARESCA, op. cit, p. 216.

²⁰⁶ MARESCA, op. cit, p. 219.

²⁰⁷ Em relação a isso ensina MARESCA: “Si la misma persona fuese a la vez nacional del Estado que envía y del Estado territorial, la protección consular, como la diplomática, no podría ejercitarse, ya que, entre las dos relaciones concurrentes de nacionalidad, las autoridades locales tendrían derecho a considerar como prevalente la que existe respecto a su Estado. MARESCA, op. cit, p. 217/218. No mesmo sentido se expressa LEE e QUIGLEY, ao evidenciar a proibição constante na Convenção de 1930, da qual, inclusive, o Brasil é signatário: “If the person is a dual national of both the sending State an the receiving State, the Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Laws of 1930 states flatly: *Article 4*. A State may not affodr diplomatic protection to one of its nationals against a State whose nationality such person also possesses. LEE, Luke T.; QUIGLEY, Jonh. op. cit, p.126.

²⁰⁸ QUIGLEY, Jonh. op. cit, p.126. Ver também em MARESCA, op. cit, p. 218.

O direito à proteção consular se manifesta pelo exercício do *direito de reclamar*²⁰⁹, isto é, a atribuição que o cônsul possui de se dirigir às autoridades locais a fim de questionar determinada conduta contrária à lei que eventualmente possa estar sendo praticada. Entretanto, conforme disposição do próprio artigo 5, a), da CVRC, tal função deve se dar “dentro dos limites permitidos pelo direito internacional”, isto é, respeitando-se o dever de não intervir nos assuntos internos do Estado receptor. Conforme lição de Vilariño Pintos:

Consiste y se concreta en el derecho de reclamación formal ante la autoridad local correspondiente, solicitando la reparación que se estime pertinente, en defensa de los derechos e intereses legítimos del Estado que envía, en su actividad *iure gestionis*, o de los de sus nacionales personas físicas o jurídicas, es decir, el *standard minimum*, cuando estos han sido lesionados por una autoridad local competente en la circunscripción de la oficina consular²¹⁰

Logo, ao se inteirar da violação de determinado direito do seu nacional por parte do Estado receptor, o cônsul *deve* buscar, dentro de suas possibilidades, a solução do problema. É bem verdade que suas atribuições nesses casos são bastante limitadas à legislação interna do Estado onde se encontra, em virtude da disposição e ressalva do próprio artigo 5, i), da CVRC acerca do exercício atividades de assistência judicial, bem como de eventual vedação expressa da legislação interna do Estado que envia. Assim, seu mister possui caráter fundamentalmente político, ao se dirigir perante as autoridades locais para questionar a violação de direitos do seu compatriota.

Por fim, insta observar o caráter imediato e obrigatório da função de proteção consular. Em relação ao caráter imediato, é de divergência na doutrina o momento pelo qual a proteção deve ser efetivada pela autoridade consular do Estado que envia. Segundo Vilariño Pintos, a proteção consular é semelhante, neste aspecto, à proteção diplomática (que será vista posteriormente), devendo-se esgotar todos os recursos internos para que o funcionário consular possa então atuar na defesa de seus nacionais²¹¹. Contudo, contrária é a posição de Maresca a

²⁰⁹ MARESCA, A. Reclamo consolare, en “Dic. Enciclop. Italiano”. Vol. X, p. 191 *apud* MARESCA, op. cit, p. 216.

²¹⁰ VILARIÑO PINTOS, op. cit, p. 362.

²¹¹ Afirma VILARIÑO PINTOS: De manera paralela a la protección diplomática, para poderse ejercer la protección consular se requiere, [...] en tercer lugar, que se haya agotado la vía interna, bien por la propia oficina consular en nombre del propio Estado por sus intereses *iure gestionis* o por las personas físicas o jurídicas afectadas; en este requisito ha de tenerse en cuenta que la vía interna que se ha de agotar, no es la posible existente ante las autoridades en el Estado, como en la protección diplomática, sino la posible ante las autoridades locales competentes en la

respeito, uma vez que afirma que “la acción del Cónsul puede legítimamente desarrollarse incluso en las fases de procedimiento que preceden a la decisión definitiva”²¹².

Dada urgência que o instituto pressupõe e a finalidade última a que o próprio Direito Consular se destina, que são os nacionais, entende-se que o posicionamento de Maresca a respeito está mais coadunado com a realidade e a dinâmica que a prática consular imprime, uma vez que, sendo decorrência de um descumprimento, muitas vezes, do direito à assistência consular do nacional do Estado que envia; a proteção consular deve ter um caráter mais automático, de atuação efetiva desde o momento do conhecimento do ato ilícito praticado pelas autoridades locais do Estado receptor. Da mesma forma, a linha que separa a mudança do exercício da assistência consular para o início da proteção consular *stricto sensu* é muito tênue, pouco importando ao titular do direito, que é o nacional do Estado que envia, o instituto que lhe é devido, mas sim a atuação efetiva que o cônsul deve exercer em sua defesa.

No tocante à obrigatoriedade, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares dispôs justo na primeira alínea do artigo 5 a função de proteção, de modo a não olvidar a atribuição essencial que a repartição consular deve exercer em favor de um nacional. Conforme será visto a seguir, seja por afirmação de respeito aos Direitos Humanos, seja por imposição pura e simples do Direito Consular, a doutrina chega à conclusão de que a proteção consular é um *dever* do Estado que envia, cabendo a ele buscar por todos os meios lícitos a consecução de tal ofício.

Primeiramente, em relação ao caráter obrigatório decorrente do próprio Direito Consular, afirma Vilariño Pintos, que:

Cumpliendo estos requisitos cabe ya solicitar la protección consular a la oficina consular, que, a diferencia de la protección diplomática no es discrecional, sino obligatoria o, como se ha dicho << automática >>, es decir, el Estado a través de su oficina consular no puede excusarse de su ejercicio cuando le sea solicitada o sin más cuando se trate de los intereses del Estado²¹³.

Para o doutrinador espanhol, uma vez solicitada a proteção ou mesmo quando ela se tratar de um assunto de grande interesse para o seu Estado, a repartição consular não pode deixar de

circunscripción consular, con independencia de que pueda ser, a su vez, la última instancia en la totalidad del Estado. VILARIÑO PINTOS, op. cit, p. 362.

²¹² MARESCA, A. op. cit, p. 219.

²¹³ VILARIÑO PINTOS, op. cit, 2007, p. 362.

cumprir com o seu papel, haja vista que a inobservância de tal preceito esgotaria em grande parte a natureza milenar que fundamenta e rege a instituição da repartição consular. O último ponto de grande relevância apontado por Vilariño Pintos é a ausência, depois de formalizada a proteção consular, de vontade do indivíduo em renunciar à ajuda, isto é, uma vez que o Estado que envia toma para si a questão, o seu nacional não possui a faculdade de *não querer* a proteção, embora a CVRC, em seu artigo 36, 1, c), dê a liberdade de o nacional se opor em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido previamente, caso assim o peça expressamente. No entanto, verifica-se que tal dispositivo não se relaciona com a proteção consular *stricto sensu*, mas sim com a assistência consular, ou seja, à inexistência de qualquer descumprimento legal por parte do Estado receptor, que está no exercício regular de seu direito de prender, deter ou encarcerar o estrangeiro. Neste caso, a assistência consular possui o limite da própria manifestação de vontade do nacional em recusar a ajuda do funcionário consular.

Em relação à obrigatoriedade da proteção consular do ponto de vista de respeito e garantia aos Direitos Humanos, Lee e Quigley salientam primeiramente o caráter fundamental do instituto, ao citar a lição de Pradier-Fodéré a respeito:

It is a consul's duty to see that his national's rights are respected in a foreign land and to take all measures which he deems necessary and useful to accomplish this end; it is through its consuls that the State extends its protecting arm over the entire surface of the globe²¹⁴.

Aduzem os autores que o Direito Consular não se preocupa propriamente com a matéria da obrigatoriedade da proteção aos nacionais, estando a cargo dessa tarefa o próprio Direito Internacional, recaindo-se sobre ele o direito geral à responsabilidade internacional do Estado. Da mesma forma, afirmam que os Estados estão obrigados a proteger seus nacionais em decorrência de várias disposições no âmbito dos Direitos Humanos²¹⁵.

Não seria, portanto, um dever de natureza do Direito Internacional Geral, mas sim do Direito Internacional dos Direitos Humanos, obrigando os Estados a prestarem a devida assistência a fim de protegerem seus nacionais quando estes se acharem em território estrangeiro. Nos dizeres dos próprios autores:

²¹⁴ PRADIER-FODERÉ, Paul Louis Ernest. *Traité de droit international public* (8 vols., 1888), IV, p. 555; trans. by Stuart, Practice, p. 372 *apud* LEE, Luke T.; QUIGLEY, Jonhop. cit, p. 131.

²¹⁵ QUIGLEY, Jonh. op. cit, p. 135.

Under human rights law, moreover, States are obliged to provide a remedy to vindicate rights. That obligation may include an obligation to provide consular assistance to nationals abroad, if their rights are being violated. Although this matter is not directly addressed by human rights treaties, States may regard the protection of the human rights of nationals as a reason to provide protection²¹⁶.

Embora haja contrariedade no modo de fundamentação do pensamento, a lição dos doutrinadores em análise permite concluir o caráter obrigatório da proteção dos nacionais. Porém, se permitido for, usemos nos filiar à lição do catedrático espanhol, que fundamentou a obrigação no próprio Direito Consular. Entende-se, da mesma forma que Vilariño Pintos, de que se trata da obrigatoriedade do cônsul em função de seu dever de ofício, consolidado pela prática e pelo Direito consuetudinário desde o surgimento da instituição consular.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, tal qual se afirma atualmente, é manifestação recente do desejo de regulamentação dos institutos de proteção e defesa do indivíduo, que muitas vezes se encontra em situação de vulnerabilidade perante o Estado. Portanto, afirmar que a obrigação de proteção não é preocupação do Direito Consular e sim dos Direitos Humanos, é considerar que se trata de uma inovação muito recente, quando os principais instrumentos de proteção de Direitos Humanos foram firmados, desconsiderando, por conseguinte, toda a prática secular de defesa dos nacionais estrangeiros que se encontrem em território de outro Estado. Assim, a obrigação da proteção consular deve ser entendida como um dever constante da própria natureza da instituição consular, mas que foi ampliado e consolidado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ao longo de todo o estudo da proteção consular *stricto sensu*, foi constatada uma dificuldade, do ponto de vista efetivo, na atuação do cônsul para a reversão do quadro de irregularidade em que seu nacional se encontra. Isto porque o cônsul possui limites territoriais para atuação, bem como modo de operação da proteção restringe-se basicamente ao campo político, ou de assistência no sentido de indicar um advogado ou um intérprete para acompanhar o nacional no procedimento administrativo ou judicial. Logo, a manutenção ou a inobservância por parte das autoridades do Estado receptor para a reclamação do funcionário consular resulta

²¹⁶ QUIGLEY, Jonh. op. cit, p. 136.

em sua impotência circunstancial para ir além, visto que possui uma jurisdição específica e é limitado sobremaneira pelo direito interno do Estado receptor.

Analisados os pressupostos, requisitos e desenvolvimento histórico das funções de proteção diplomática e de assistência e proteção consulares, passa-se agora à confluência entre esses institutos, culminando, assim, no exercício de proteção aos Direitos Humanos pela Corte Internacional de Justiça, por meio da análise dos Casos LaGrand, Avena e Diallo.

CAPÍTULO III – A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA E OS INSTITUTOS DA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA E DA ASSISTÊNCIA CONSULAR

Conforme analisado nos capítulos anteriores, tanto a Corte Permanente de Justiça Internacional quanto a Corte Internacional de Justiça já julgavam diversos casos a respeito do tratamento de indivíduos em território estrangeiro e do exercício da proteção diplomática como meio instrumental de busca de responsabilização internacional de Estados. Contudo, a partir do final da década de 1990, uma série de casos levados à jurisdição contenciosa da CIJ implicou a conformação inédita de exercício da proteção diplomática, a fim de buscar reparação internacional por violação ao direito à assistência consular. Nesse sentido, tanto os institutos da proteção diplomática quanto da assistência consular tiveram importante desenvolvimento por meio das sentenças da Corte e dos votos dos juízes que a integram, notadamente nos casos LaGrand, Avena e Diallo.

Antes, porém, de passar à análise dos casos citados, é importante salientar que a primeira manifestação da CIJ a respeito da violação ao direito de assistência consular, no marco do exercício da proteção diplomática, deu-se com o caso “Convenção de Viena sobre Relações Consulares”, mais conhecido como caso Breard (Paraguai v. Estados Unidos da América)²¹⁷.

O caso Breard inicia os questionamentos a respeito da política criminal estadunidense, sobretudo no que concerne aos presos estrangeiros que se encontram no corredor da morte, que serão levantados nos Casos LaGrand e Avena. No entanto, diferentemente desses dois últimos precedentes, o caso Breard não chegou à análise de mérito pela Corte, uma vez que houve o pedido de desistência pelo Estado autor da demanda, o Paraguai²¹⁸. De todo modo, é importante salientar alguns aspectos já presentes da decisão da CIJ sobre medidas provisórias no presente caso.

Em síntese, trata-se do endosso, pelo Estado paraguaio, de proteção diplomática de seu nacional, Ángel Breard, que havia sido julgado pela justiça norte-americana e condenado à pena de morte pela prática de homicídio no ano de 1992. Preliminarmente, o Paraguai apresentou perante à CIJ pedido de medidas provisórias, a fim de que os Estados Unidos se abstivessem de

²¹⁷ Citação oficial do caso Breard é caso Convenção de Viena sobre Relações Consulares

²¹⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, caso Breard, ordem de 10 de novembro de 1998

executar o nacional paraguaio, cuja execução estava programada para o dia 18 de abril de 1998, enquanto a Corte prosseguisse com o julgamento de mérito a respeito da alegada violação ao art. 36, 1, “b”, da CVRC. Os Estados Unidos alegaram que já haviam promovido um pedido formal de desculpas ao Estado paraguaio, mas que, em razão da organização do estado e do governo norte-americano e pela sistemática processual em vigor, não havia meios de se considerar a violação à assistência consular como impeditivo à execução da pena²¹⁹.

A CIJ, em decisão de 09 de abril de 1998, acatou, por unanimidade, o pedido do Paraguai e notificou es EUA a respeito da deliberação²²⁰. A unanimidade obtida, contudo, não foi pacífica. Em declaração escrita, o juiz Schwebel, então presidente da Corte, afirmou o “incômodo” no deferimento da medida, que se caracterizava mais pelo caráter humanitário de preservação da vida de um indivíduo do que pela juridicidade do pedido formulado pelo Paraguai²²¹.

O juiz Oda, em declaração escrita, afirmou que votou a favor, mas com hesitação²²². Salientou o juiz que a CIJ não pode atuar como tribunal de apelação criminal e não é competente para analisar habeas corpus. Adicionalmente, argumentou o lado das vítimas de crimes violentos, que seriam eventualmente desrespeitadas pela alegada falha processual, além do que, o pedido paraguaio de restitutio in integrum não implicaria garantia de liberdade a Ángel Breard. Em termos de admissibilidade, questiona ainda a necessidade de relação interestatal para o deferimento das Medidas Provisórias e que o indivíduo não seria o “subject-matter” do caso. A razão defendida por Oda pelo voto a favor da medida deu-se em virtude de “razões humanitárias”²²³.

Os EUA, após receberem a notificação da CIJ a respeito da ordem contida nas Medidas Provisórias, encaminharam às instâncias judiciais e estaduais para conhecimento. No entanto, a ordem de execução não foi sustada e Ángel Breard foi executado na data marcada, 18 de abril de 1998. Após isso, o Paraguai não deu seguimento à demanda e o caso foi encerrado²²⁴.

²¹⁹ Ibid, par. 18

²²⁰ Ibid, par. 41

²²¹ SCHWEBEL, Stephen, Declaração do presidente, caso Breard, ordem de 10 de novembro de 1998.

²²² Oda, Shigeru. Declaração do juiz, caso Breard, ordem de 10 de novembro de 1998, par. 1.

²²³ Ibid, par. 2

²²⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA., 1998, op. cit. .

É importante, porém, ter em mente as considerações de acolhimento do pedido de Medidas Provisórias, bem como as fundamentações dos votos dos juízes, uma vez que essa tendência seguirá vigente nos casos a serem analisados em sequência.

3.1 Caso LaGrand (Alemanha v. Estados Unidos da América)

O caso LaGrand foi o primeiro dos casos envolvendo o direito a assistência consular a ter sentença de mérito, o que significou a manifestação inédita da CIJ a respeito do tema, embora, conforme já analisado no capítulo 2 deste trabalho, desenvolvimentos jurisprudenciais a respeito da matéria já se encontrassem em curso perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (OC16/99).

Esse caso, envolvendo Alemanha e EUA, tratará de questões bastante relevantes a respeito da própria sistemática processual existente na CIJ, uma vez que foi a primeira oportunidade, desde a criação a CPJI, em que se concederam Medidas Provisórias *motu proprio*, o que gerou polêmica entre os próprios juízes da Corte e muitas críticas à atuação da Alemanha, conforme será abordado no curso deste trabalho.

A fim de melhor compreender a atuação da Corte na interpretação dos institutos em análise, é importante abordar os fatos que desencadearam o endosso à proteção diplomática por parte da Alemanha aos seus nacionais.

Walter e Karl LaGrand, nascidos na Alemanha (1962 e 1963, respectivamente), foram para os EUA em 1967, adotados por um nacional estadunidense, mas nunca tiveram a nacionalidade dos EUA. Em 1982, os irmãos se envolvem em um roubo a banco no Estado do Arizona, em que o gerente do banco foi morto e outro funcionário foi gravemente ferido. Em 1984, foram condenados à pena de morte e prosseguiram com os recursos disponíveis na sistemática processual em âmbito estadual e federal dos EUA. Apenas em 1992, os irmãos LaGrand souberam por fontes não oficiais sobre seu direito à assistência consular e requisitaram a notificação à repartição consular alemã²²⁵. Ressalte-se que, apenas em 31 de dezembro de 1998, o governo americano noticiou formalmente aos irmãos LaGrand sobre seu direito à assistência consular.

²²⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso LaGrand, Sentença de mérito, 10 de junho de 2001, par. 22.

A partir de então, os irmãos LaGrand passaram a argumentar a violação ao direito previsto no art. 36,1,"b", da CVRC; entretanto, esbarravam na objeção da justiça americana de análise dessa alegada violação, em virtude do instituto do "procedural default", que impede a alegação de fatos não arguidos em instâncias inferiores de serem examinados em instâncias posteriores. Após o esgotamento de todos os recursos possíveis, a Suprema Corte do Arizona definiu a data de execução de Karl (24 de fevereiro de 1999) e de Walter (03 de março de 1999)²²⁶.

As autoridades governamentais alemãs procederam a negociações diplomáticas, que, no entanto, não chegaram a bom termo. Foram mobilizados tanto o presidente quanto o primeiro-ministro alemão, por meio de envio de cartas ao governo estadunidense, clamando pela vida de seus nacionais²²⁷.

Após a morte de Karl LaGrand, na data estipulada, e na iminência da execução de seu irmão Walter, a Alemanha apresentou, no dia 02 de março de 1999, o pedido de Medidas Provisórias perante a CIJ. O acompanhamento das datas no presente caso se faz necessário, uma vez que a Alemanha acionou a Corte na véspera da execução Walter LaGrand.

Em caráter excepcional e, pela primeira vez em sua história, a CIJ se deparou com um pedido de Medidas Provisórias em que a decisão seria *motu próprio* e sem a oitiva da outra parte. Embora houvesse previsão normativa para tanto, essa opção nunca havia sido utilizada, sendo característica de todas as Medidas Provisórias até então a realização de audiência prévia entre as partes, a fim de ouvir os argumentos de ambos os lados antes de uma decisão. Dadas a exiguidade do tempo e a grande urgência, a CIJ, após reconhecer sua jurisdição para o caso, decidiu, unanimemente, pela concessão das Medidas Provisórias, que consistiam no dever dos EUA de tomar todas as medidas necessárias para garantir que Walter LaGrand não fosse executado até a decisão final da Corte sobre o caso e na notificação ao Governador do Arizona da ordem²²⁸.

A Corte, em sua fundamentação, deixou claro que as questões analisadas no caso não se relacionavam com o direito dos estados-membros dos EUA de aplicarem a pena de morte em caso de crimes hediondos e que a função da CIJ era a de resolver disputas internacionais entre Estados que poderiam versar, entre outros temas, sobre a interpretação ou aplicação de

²²⁶ Ibid, par. 24

²²⁷ Ibid, par. 26

²²⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso LaGrand, Medidas Provisórias, 03 de março de 1999, par. 29.

convenções internacionais. A CIJ não atuava como tribunal de apelação criminal²²⁹. Nesse sentido, a CIJ se antecipava de possíveis alegações dos Estados Unidos a respeito do tema e oferecia resposta aos questionamentos levantados no deferimento de Medidas Provisórias do Caso Breard.

Assim como no caso Breard, os juízes Oda e Schwebel se manifestaram separadamente a respeito da decisão da Corte. Oda reiterou a fundamentação de seu voto no caso anterior, afirmando a “hesitação” em votar a favor, mas que a opção se dava em razões humanitárias. Igualmente, mostrou-se preocupado com a atuação da Corte em intervir “diretamente” no destino de um indivíduo, o que seria uma mudança de atribuições no principal órgão judicial das Nações Unidas e que esperava que o caso não abrisse um precedente na história da Corte.²³⁰ Em posicionamento assertivo, Oda concluiu que, embora considerasse que a CIJ deveria ser mais acionada no mundo, ela não poderia ser utilizada para matérias como a do caso sob pretexto de proteção aos direitos humanos²³¹. Schwebel, por sua vez, teceu críticas a respeito da interpretação da CIJ a respeito da concessão das Medidas Provisórias *motu proprio*, além de criticar a postura da Alemanha de trazer a demanda na véspera da execução de Walter LaGrand²³².

Por conta da ordem emanada pela CIJ, o Órgão de Clemência do Arizona, embora não tenha concedido a comutação da pena a Walter LaGrand, facultou ao governador do estado a suspensão por 60 da execução do nacional alemão²³³. O governador, porém, não acolheu a sugestão e confirmou a execução, que foi efetivada na data estipulada²³⁴.

Ressalte-se ainda que, no mesmo dia 03 de março de 1999, o Estado alemão pediu à Suprema Corte que garantisse o cumprimento das Medidas Provisórias indicadas pela CIJ. O “Solicitor General” afirmou que “uma ordem da Corte Internacional de Justiça indicando medidas provisórias não é vinculante e não fornece base para revisão judicial”²³⁵. A Suprema Corte, a seu turno, negou o pedido da Alemanha, sob fundamento de atraso no encaminhamento

²²⁹ Ibid, par. 25.

²³⁰ ODA, Shigeru, Declaração do juiz, caso LaGrand, Medidas Provisórias, 03 de março de 1999.

²³¹ Ibid.

²³² SCHWEBEL, Stephen, voto separado, caso LaGrand, Medidas Provisórias, 03 de março de 1999.

²³³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. 2001, op. cit, par. 31.

²³⁴ “in the interest of justice and with the victims in mind”, cf. Ibid

²³⁵ Ibid, par. 33

da demanda e de barreiras jurisdicionais sob a legislação doméstica dos Estados Unidos²³⁶. Esses pontos serão amplamente abordados no julgamento de mérito do caso.

3.1.1. *Sentença de Mérito (27 de junho de 2001)*

A sentença de mérito envolve relevantes discussões a respeito do exercício da proteção diplomática, bem como da fixação de entendimento inédito da Corte a respeito do instituto da assistência consular.

Primeiramente, a Alemanha alegou que os EUA violaram os direitos dos irmãos LaGrand de se contatarem com as autoridades alemãs (art. 36,1, “b”), incorrendo, por conseguinte, na violação ao direito do Estado alemão de auxílio e assistência, previstos no art. 31, 1, “a” e “c”, da CVRC. Adicionalmente, a Alemanha afirma que foi lesada na pessoa de seus dois nacionais, o que dá origem à proteção diplomática em nome de Walter e Karl LaGrand²³⁷.

Isto posto, é importante analisar a primeira objeção feita pelos EUA à jurisdição da Corte e à admissibilidade do feito. O Estado americano reconhece a violação e não nega a jurisdição da Corte em relação ao art. 36,1, “b”, da CVRC²³⁸, além de afirmar que a conduta sob alegação de violação do art. 31, 1, “a” e “c” é a mesma daquela reconhecida na alínea “b”, ao que os EUA consideram “particularly misplaced”; contudo, afirmam os EUA que o pleito da Alemanha é baseado em exercício de proteção diplomática e, nesse caso, a demanda que foi levada à CIJ sob fundamentação do Protocolo Adicional I da CVRC não possui sustentação.

A argumentação do EUA parte do pressuposto de que há diferença entre a jurisdição sobre tratados e jurisdição sobre direito costumeiro, e, mesmo se tratado e costume possuírem o mesmo conteúdo, eles apresentam aplicabilidades distintas. Dessa forma, os EUA são enfáticos ao afirmar que “the Vienna Convention deals with consular assistance (...) does not deal with diplomatic protection”²³⁹. Essa distinção é conveniente à construção argumentativa, uma vez que, enquanto assistência consular possui natureza convencional e sua violação está sujeita à análise pela CIJ (dada a ratificação pelos EUA do Protocolo Adicional à CVRC), a proteção diplomática

²³⁶ Ibid, par. 33.

²³⁷ Ibid, par. 38.

²³⁸ Ibid, par. 39.

²³⁹ Ibid, par. 40.

apresenta natureza costumeira e a jurisdição da CIJ só poderia ser reconhecida caso os EUA aceitassem se submeter à competência contenciosa da Corte para o caso específico.

Em primeira fundamentação assertiva acerca do tema, a Corte rejeita a objeção dos EUA, afirmando que a própria análise da caracterização do art. 36, 1, “b”, da CVRC, se esse dispositivo cria direitos individuais ou não, faz parte da interpretação do tratado e, portanto, é objeto do Protocolo Adicional. Em relação à alegação dos EUA sobre proteção diplomática, a Corte afirma que:

Moreover, the Court cannot accept the contention of the United States that Germany's claim based on the individual rights of the LaGrand brothers is beyond the Court's jurisdiction because diplomatic protection is a concept of customary international law. This fact does not prevent a State party to a treaty, which creates individual rights, from taking up the case of one of its nationals and instituting international judicial proceedings on behalf of that national, on the basis of a general jurisdictional clause in such a treaty²⁴⁰.

Essa manifestação da Corte é muito importante, uma vez que aproxima o exercício da proteção diplomática à defesa de direitos individuais dispostos em tratados. Caso haja cláusula compromissória em uma convenção que possibilite o questionamento de eventual violação de um dispositivo do tratado perante a CIJ, e caso esse dispositivo violado esteja relacionado a garantia de direitos individuais, o exercício da proteção diplomática, que possui natureza costumeira, serve de instrumento para buscar a responsabilização de um Estado que viola direitos de nacionais de outro Estado. É necessário salientar, igualmente, que a manifestação aproxima o entendimento do instituto da proteção diplomática como meio instrumental para se exigir a responsabilidade internacional de um Estado, diferentemente do entendimento dos EUA, baseado no conceito tradicional de proteção diplomática como norma substantiva.

Outro aspecto das preliminares de admissibilidade da demanda que se relacionam diretamente com o presente trabalho é a questão do esgotamento de recursos internos.

Os EUA alegam que os irmãos LaGrand não esgotaram os recursos internos. Alegam ainda que a falha de não ter sido arguida a violação à CVRC tempestivamente é dos advogados dos irmãos LaGrand, e não do Estado americano. A Alemanha alega a exceção à regra do esgotamento que pressupõe a necessidade de existência de recursos disponíveis para que possam ser esgotados. Em razão da impossibilidade de se arguir a violação à CVRC por conta da regra o

²⁴⁰ Ibid, par. 42.

“procedural default”, os irmãos LaGrand não dispunham de meios jurídicos para interpor qualquer recurso.

A Corte rejeita o argumento de falha de estratégia na defesa dos LaGrand perante o judiciário estadunidense, uma vez que o próprio Estado americano reconhece a violação ao art. 36, 1, “b”, logo os EUA não podem se beneficiar da própria e reconhecida violação de informar aos irmãos LaGrand sobre o direito à assistência consular para culpar os defensores dos irmãos na condução dos processos²⁴¹. Assim, a CIJ rejeita a alegação de não esgotamento de recursos internos.

É importante ter em mente essa solução de reconhecimento da proteção diplomática pela exceção à regra, que está devidamente embasada tanto na doutrina quanto no costume internacional, além de corretamente disposto do Projeto de Artigos da CDI de 2006, porque, ao se analisar o Caso Avena, será constatada uma nova interpretação da Corte a respeito do tema, que levantará discussões relevantes nos votos separados dos juízes.

Por fim, a última alegação preliminar que trata diretamente da temática em estudo é a questão da reciprocidade como fundamento de exigência de admissibilidade da demanda perante a Corte.

Alegam os EUA que os padrões de observância a respeito do direito à assistência consular e de notificação às autoridades do Estado de nacionalidade do indivíduo que a Alemanha exige dos EUA no presente caso não são constatados ao se verificar a prática alemã de tratamento de indivíduos estrangeiros²⁴². Alega ainda que a Alemanha não provou que a violação ao direito à assistência consular em processos criminais implica anulação das sentenças e das penas impostas em seu próprio território, sendo a prática do Estado alemão apenas o pedido formal de desculpas, como ocorre em território americano.

A solução encontrada pela CIJ não reside propriamente em questões de reciprocidade, e sim de proporcionalidade. Embora reconheça que os padrões exigidos pelo art. 36 da CVRC impõem obrigações idênticas a todos os Estados partes do tratado, a Corte entende que os casos trazidos pelo EUA para justificar o tratamento da Alemanha com estrangeiros em nada correspondem à natureza das penas impostas aos indivíduos no presente caso. Assim, o pedido de

²⁴¹ Ibid, par. 59/60.

²⁴² Ibid, par. 61.

desculpas em situações de pequenos crimes mostrou-se apropriado, porém não foi provado nenhum caso de indivíduos presos, não informados de seu direito “sem demora”, sentenciado a severas penas como no caso dos irmãos LaGrand, o que ensejou a negação da preliminar dos EUA à admissibilidade do feito.

O fim das argumentações preliminares pelos EUA ensejou, no presente caso em análise, o término das discussões a respeito do exercício da proteção diplomática. Conforme serão abordados nas discussões sobre os casos seguintes, percebe-se que a CIJ adota o padrão de análise de exercício da proteção diplomática, bem como de suas condições de endosso, em admissibilidade de mérito das demandas, o que tem configurado, cada vez mais, o caráter procedimental da proteção diplomática, enquanto instrumento jurídico à disposição dos Estados para pleitear a responsabilização do Estado por atos ilícitos. Conforme analisado no capítulo 1, essa separação já foi realizada pela própria CDI, ao analisar o instituto da proteção diplomática em estudo separado do da responsabilidade do Estado.

Dessa forma, o mérito do caso LaGrand envolve diretamente a discussão a respeito da violação ao art. 36 da CVRC, tanto nas três alíneas do parágrafo primeiro, quanto no segundo parágrafo. Assim, a análise pode ser dividida em quatro partes: a) a violação do artigo 36, 1, “b” e sua inter-relação alíneas “a” e “c” do art. 36, 1; b) “procedural default” e violação ao art. 36, 2, CVRC; c) violação das Medidas Provisórias de 1999; e d) garantias de não repetição.

e) O artigo 36, 1 e a inter-relação entre as alíneas “a”, “b” e “c”.

Como os EUA não contestam a violação ao art. 36, 1, “b”, da CVRC, a questão jurídica enfrentada pela Corte está no pedido da Alemanha de violação, por consequência, às alíneas “a” e “c” do referido artigo e na caracterização do direito à assistência consular como um direito individual.

É oportuno, nesse sentido, transcrever todo o art 36, 1. A opção pela transcrição pela versão em língua inglesa afirma-se na necessidade de se discutir aspectos e termos jurídicos da mesma forma em que se deu no caso concreto.

Art.36

1. With a view to facilitating the exercise of consular functions relating to nationals of the sending State:

(a) consular officers shall be free to communicate with nationals of the sending State and to have access to them. Nationals of the sending State shall have the same freedom with respect to communication with and access to consular officers of the sending State;

(b) if he so requests, the competent authorities of the receiving State shall, without delay, inform the consular post of the sending State if, within its consular district, a national of that State is arrested or committed to prison or to custody pending trial or is detained in any other manner. Any communication addressed to the consular post by the person arrested, in prison, custody or detention shall be forwarded by the said authorities without delay. The said authorities shall inform the person concerned without delay of his rights under this subparagraph;

(c) consular officers shall have the right to visit a national of the sending State who is in prison, custody or detention, to converse and correspond with him and to arrange for his legal representation. They shall also have the right to visit any national of the sending State who is in prison, custody or detention in their district in pursuance of a judgement. Nevertheless, consular officers shall refrain from taking action on behalf of a national who is in prison, custody or detention if he expressly opposes such action.²⁴³

Segundo o Estado alemão, a violação à alínea “b” leva à violação de todo o parágrafo primeiro do artigo 36 da CVRC, uma vez que, quando não é observada a obrigação de informar à pessoa detida, “sem tardar” (without delay), acerca de seu direito de se comunicar com as autoridades consulares de seu país, os outros “direitos contidos no artigo 36, parágrafo 1, tornam-se praticamente irrelevantes, ou até mesmo sem sentido”²⁴⁴. Nesse sentido, ao demorar mais de 16 anos para informar aos irmãos LaGrand acerca de seus direitos à assistência consular, o próprio Estado alemão foi privado de fornecer assistência e proteção consulares, violando também o artigo 5º da CVRC.

²⁴³ A versão oficial em língua portuguesa (Decreto 61.078/1967) é a seguinte: 1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia:

a) os funcionários consulares terão liberdade de se comunicar com os nacionais do Estado que envia e visitá-los. Os nacionais do Estado que envia terão a mesma liberdade de se comunicarem com os funcionários consulares e de visitá-los;

b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar à repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira.

Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo;

c) os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conversar e corresponder-se com êle, e providenciar sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia encarcerado, preso ou detido em sua jurisdição em virtude de execução de uma sentença, todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, sempre que o interessado a isso se opuser expressamente. Cf. BRASIL, Decreto 61.078, de 1967.

²⁴⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. 2001, op. cit, par. 68.

A Corte reconheceu que, em geral, a violação à alínea “b” do artigo 36, 1 não gera, necessariamente, a violação das alíneas “a” e “c”. Contudo, dadas as circunstâncias do caso, em que houve atraso de mais de 16 anos na informação sobre os direitos de assistência consular, a CIJ entendeu que houve, de fato, violação conjunta de todo o artigo 36, 1, da CVRC. Ainda, é importante destacar o posicionamento da corte a respeito da interpretação desse parágrafo:

Article 36, paragraph 1, establishes an interrelated régime designed to facilitate the implementation of the system of consular protection. It begins with the basic principle governing consular protection: the right of communication and access (Art. 36, para. 1 (a)). This clause is followed by the provision which spells out the modalities of consular notification (Art. 36, para. I (b)). Finally Article 36, paragraph 1 (c), sets out the measures consular officers may take in rendering consular assistance to their nationals in the custody of the receiving State. It follows that when the sending State is unaware of the detention of its nationals due to the failure of the receiving State to provide the requisite consular notification without delay, which was true in the present case during the period between 1982 and 1992, the sending State has been prevented for all practical purposes from exercising its rights under Article 36, paragraph 1. (...) It is sufficient that the Convention conferred these rights, and that Germany and the LaGrands were in effect prevented by the breach of the United States from exercising them, had they so chosen.

A interpretação da Corte aborda o escopo de proteção aos indivíduos estrangeiros em situação de prisão ou detenção. Ao delinear o caráter inter-relacional das alíneas do artigo 36, 1, a CIJ sustenta que há um duplo dever do Estado que prende o indivíduo estrangeiro: o de informar a essa pessoa acerca de seu direito à assistência consular e, caso o detido estrangeiro assim o requeira, o dever de notificação às autoridades consulares do Estado do indivíduo. Embora a Corte não avance, no caso LaGrand, a respeito das condições práticas do dever de informação e de notificação, esse tópico será objeto de intensa discussão no caso Avena, conforme será abordado posteriormente.

O segundo aspecto, e de grande relevância para o presente trabalho, foi o pleito da Alemanha para que a Corte se posicionasse a respeito da natureza do direito à assistência consular, se o artigo 36, 1, “b”, da CVRC confere direitos individuais ou mesmo direitos humanos aos indivíduos.

Em seu memorial, o Estado alemão apresentou que o tema já tinha sido objeto de interpretação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na OC16/99, e argumentou ser clara a noção de que o art. 36,1, “b” cria tanto direitos individuais como direitos para o Estado do

nacional estrangeiro²⁴⁵, para tanto, apresenta também a análise dos trabalhos preparatórios da CVRC e a Resolução 40/144, de 1985, da Assembleia Geral da ONU²⁴⁶.

A CIJ entendeu que, dada a redação da alínea “b” do artigo 36, 1, fica claro que o indivíduo tem o direito, se assim o solicitar, de que as autoridades consulares de seu Estado nacional sejam notificadas, sem tardar, de sua detenção ou prisão. Igualmente, ao final da alínea, é estabelecido que as autoridades do Estado receptor “deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo”. Além disso, a opção de o indivíduo estrangeiro, após ser informado de seu direito à assistência consular, não querer que seu consulado seja notificado (artigo 36, 1, “c”) corrobora o entendimento da Corte de que o direito à informação sobre a assistência consular é, de fato, um direito individual.

O entendimento da Corte, embora não tenha sido pioneiro, haja vista a já conhecida OC16/99 da CtIDH, amplia em escala geográfica a interpretação acerca da proteção à pessoa humana sobre o tema. Contudo, diferentemente da CtIDH, que, ressalte-se, não foi citada em nenhuma passagem de toda a sentença do caso LaGrand, a CIJ entendeu que, verificada a violação ao artigo 36, 1, “b”, da CVRC e que esta implica a não observância de um direito individual, “não se faz necessário considerar o argumento adicional desenvolvido pela Alemanha a esse respeito”, isto é, se o direito à assistência consular é um direito humano. Essa ausência de resposta categórica sobre o caráter de direitos humanos da assistência consular seria então objeto de demanda específica do México no caso Avena, conforme será analisado a seguir.

De todo modo, o posicionamento intermediário da Corte foi objeto de posicionamentos distintos entre seus membros. Os juízes Shi e Oda teceram críticas à categorização como direito individual, porém, enquanto o primeiro votou a favor da responsabilização do EUA por violação ao artigo 36, 1, “b”, após longa análise dos trabalhos preparatórios de elaboração desse dispositivo²⁴⁷, o segundo votou contra, tendo, inclusive, lamentado por ter votado a favor das Medidas Provisórias²⁴⁸.

²⁴⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, caso LaGrand, Memorial da Alemanha, par. 4.

²⁴⁶ Ibid, par. 75.

²⁴⁷ SHI, Jiuyong. Voto Separado, caso LaGrand, sentença de mérito, de 27 de junho de 2001.

²⁴⁸ ODA, Shigeru, Voto Dissidente, caso LaGrand, sentença de mérito, de 27 de junho de 2001, par. 15.

f) “procedural default” e violação ao art. 36, 2, CVRC

Antes de iniciar a análise, faz-se necessário transcrever o parágrafo 2 do artigo 36 da CVRC, adotando-se a mesma sistemática de apresentação do texto original em inglês:

Art.36

(...)

2.The rights referred to in paragraph 1 of this article shall be exercised in conformity with the laws and regulations of the receiving State, subject to the proviso, however, that the said laws and regulations must enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under this article are intended.²⁴⁹

As regras de direito interno norte-americanas, sobretudo a chamada “procedural default” impossibilitaram a arguição de violações acerca da violação à assistência consular por parte dos irmãos LaGrand, conforme argumentou o Estado alemão. Nesse sentido, as disposições normativas do direito estadunidense estariam impedindo o pleno efeito dos direitos reconhecidos no art. 36, 1, da CVRC²⁵⁰.

O entendimento da Corte foi no sentido de que a “procedural default”, per se, não viola o artigo 36, 2, da CVRC. Contudo, a aplicação desse instituto de preclusão processual, ao não permitir que houvesse a interposição de outros recursos após a constatação da violação do dever de informação, sem tardar, às autoridades consulares do Estado do indivíduo detido, incorria na violação do dever de adequação da legislação interna à disposição prevista na CVRC. A diferença que a Corte apresentou entre o instituto da “procedural default” e sua aplicação foi questionada pelo juiz Koroma. Segundo ele, é contraditória a conclusão da Corte nesse aspecto, embora reconheça que houve, de fato, violação ao artigo 36, 2, da CVRC, mas em razão dos direitos existentes no parágrafo primeiro do referido artigo, que não foram devidamente incorporados à legislação interna dos EUA²⁵¹.

A regra da “procedural default” foi objeto recorrente de arguição tanto nas Medidas Provisórias do caso Breard quanto das objeções preliminares e no mérito do caso LaGrand.

²⁴⁹ A versão em português, consoante o Decreto 61.078, de 26 de julho de 1967 é a seguinte: “2. As prerrogativas a que se refere o parágrafo 1 do presente artigo serão exercidas de acordo com as leis e regulamentos do Estado receptor, devendo, contudo, entender-se que tais leis e regulamentos não poderão impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos pelo presente artigo.”

²⁵⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. 2001, op. cit, par. 80/83.

²⁵¹ KOROMA, Abdul. Voto Separado, caso LaGrand, sentença de mérito, de 27 de junho de 2001, par. 4/6.

Posteriormente, ao analisar o caso Avena, será constatada a persistência dos EUA em violar a CRVC em relação a este ponto específico.

g) violação das Medidas Provisórias de 1999

Embora o ponto em análise não considere, especificamente, aspectos relacionados à proteção diplomática ou à assistência consular, entende-se que se faz necessário abordar os principais pontos dessa temática, porquanto se afigura a primeira oportunidade em que a CIJ discorreu acerca a obrigatoriedade de cumprimento das Medidas Provisórias²⁵², dirimindo, assim, qualquer atenuação nas versões em inglês e em espanhol do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (ECIJ).

A Alemanha argumentou que houve tripla violação por parte dos EUA ao não cumprimento das Medidas Provisórias: uma pelo “Solicitor General”, outra pela Suprema Corte e outra pelo Governador do Arizona. Afirmou ainda que as disposições da Corte nesse procedimento são obrigatórias, por disposição da própria Carta da ONU²⁵³. Os EUA alegaram outros três fatores para o descumprimento da ordem: o prazo exíguo, o sistema federativo com divisão de poderes e o caráter não vinculante das Medidas Provisórias, pela linguagem do artigo 41 do ECIJ e pelo artigo 94 da Carta da ONU²⁵⁴.

Em relação à linguagem do artigo 41, é necessário transcrever, em quadro comparativo, as versões oficiais do texto do Estatuto da CIJ em inglês e em francês:

<p>Art.41 1. The Court shall have the power to indicate, if it considers that circumstances so require, any provisional measures which ought to be taken to preserve the respective rights of either party. 2. Pending the final decision, notice of the measures suggested shall forthwith be given to the parties and to the Security Council.</p>	<p>Art.41 1. La Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire. 2. En attendant l'arrêt définitif, l'indication de ces mesures est immédiatement notifiée aux parties et au Conseil de sécurité.</p>
--	--

²⁵² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. 2001, op. cit, par. 98

²⁵³ Ibid, par. 94.

²⁵⁴ Ibid, par. 95/96.

A divergência entre as palavras “indicate” e “suggested” da versão em inglês e “indiquer” e “l’indication” da versão em francês levou aos EUA entenderem pelo caráter mais brando da versão em inglês, a fim de justificar o caráter não obrigatório da Medidas Provisórias.

Primeiramente, a Corte se deparou com a inexistência, na Carta da ONU, de disposição acerca de resolução de conflitos sobre as duas versões oficiais do Estatuto²⁵⁵. Contudo, buscou-se, nos mecanismos de interpretação vigentes na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (artigo 31²⁵⁶), os objetivos e propósitos do artigo 41 do ECIJ, cuja proposição é do jurista brasileiro Raul Fernandes, quando da elaboração do Estatuto da CPJI²⁵⁷.

Da leitura do artigo 94, 1, da Carta da ONU, que afirma que “cada Membro das Nações Unidas se compromete a conformar-se com a decisão da Corte Internacional de Justiça em qualquer caso em que for parte”, entendeu a Corte que não há distinção entre decisões e que, portanto, há obrigatoriedade de cumprimento de todas as decisões da CIJ, inclusive as existentes nas Medidas Provisórias²⁵⁸. Em razão disso, a Corte analisou a tripla violação arguida pela Alemanha e concluiu que as diferentes autoridades do Estado americano falharam em “take all steps to prevent the execution of Walter LaGrand”, conforme determinado nas Medidas Provisórias²⁵⁹.

Em votos separados, os juízes Koroma²⁶⁰, Para-Aranguren²⁶¹ afirmaram que não estava em discussão a interpretação do artigo 41, e, sim, se houve ou não descumprimento das Medidas Provisórias. O juiz Buergenthal, em voto dissidente, questiona a falha da Alemanha em

²⁵⁵ Ibid, par. 100.

²⁵⁶ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009), artigo 31: Artigo 31: Regra Geral de Interpretação 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade; 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

²⁵⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. 2001, op. cit, par. 105.

²⁵⁸ Ibid, par. 108/109.

²⁵⁹ Ibid, par. 116.

²⁶⁰ KOROMA, Ibid.

²⁶¹ PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, Voto Separado, caso LaGrand, sentença de mérito, de 27 de junho de 2001 .

apresentar o pedido de Medidas Provisórias em prazo tão exíguo, criticando a postura do Estado alemão no feito.

Em síntese, diferentemente do pedido da Alemanha para a caracterização do direito à assistência consular como direito humano, a CIJ, nesse caso, dedicou boa parte de sua fundamentação (25 parágrafos) para firmar entendimento de que suas decisões em sede de Medidas Provisórias são obrigatórias, o que ensejará mudança de postura dos EUA no caso Avena a respeito da expedição de Medidas Provisórias.

h) garantias de não repetição.

Em relação às garantias de não repetição, a Corte entendeu que os esforços do EUA de implementação de políticas específicas para a assistência consular, por meio da publicação do livreto “Consular Notification and Access: Instructions for Federal, State and Local Law Enforcement and Other Officials Regarding Foreign Nationals in the United States and the Rights of Consular Officials to Assist Them”²⁶², vão ao encontro do exigido pela Alemanha para evitar a repetição de violações ao artigo 36, 1, “b” pelo Estado americano²⁶³.

Por outro lado, a Corte entendeu que o pedido de desculpas formais apresentado pelos EUA após a execução dos irmãos LaGrand não foi suficiente e não será em casos análogos que porventura possam existir²⁶⁴. Em razão disso, a CIJ decidiu que, em casos envolvendo nacionais alemães sujeitos a penas severas e em que tenha havido violação à CVRC, devem os EUA permitir a revisão e a reconsideração das penas impostas, levando-se em conta a violação dos direitos estabelecidos na Convenção²⁶⁵.

Levando-se em consideração que não houve pedido de compensações pecuniárias por parte da Alemanha, essas foram as formas de reparação definidas pela Corte para o caso LaGrand.

²⁶² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. 2001, op. cit, par. 121.

²⁶³ Ibid, par. 124.

²⁶⁴ Ibid, par. 123.

²⁶⁵ Ibid, par. 127. (7). Em declaração existente na própria sentença, o juiz Guillaume, então presidente da CIJ, fixou o entendimento dessa parte dispositiva da sentença. Para ele, a interpretação a ser dada no caso das garantias de não repetição envolvendo severas penas a nacionais alemães não poderia ser estendida a nacionais de outros Estados ou a outros tipo de crimes. Embora os Juízes Oda, Shi tenham, em seus votos, abordados as razões de discordância (Oda) e concordância (Shi) com essa parte dispositiva, não houve nenhuma menção à interpretação do presidente da Corte a respeito.

3.2 Caso Avena e outros nacionais mexicanos (México v. EUA)

O caso Avena encerra a tríade de casos que a CIJ analisou a respeito da violação ao direito à assistência consular por parte dos Estados Unidos. Conforme será analisado, há um gradativo desenvolvimento nos pleitos dos Estados demandantes, a fim de instigar a Corte a ampliar o entendimento a respeito da aplicação do artigo 36 da CVRC como um todo.

Diferentemente do caso LaGrand, o caso Avena envolve circunstâncias mais complexas no âmbito factual. Embora não se trate também de simples endosso à proteção diplomática de violações inter-relacionadas, mas de uma demanda mista (“mixed claims”), em que há tanto violações diretas quanto indiretas ao direito de um Estado, no caso Avena as circunstâncias factuais das prisões de cada nacional não possuem, necessariamente, relação direta entre si o que implicou a análise pormenorizada da Corte que cada caso individualmente. Ao ter de interpretar e aplicar o artigo 36 da CVRC em mais de cinquenta casos diferentes, a Corte, em apenas uma sentença, desenvolveu variados posicionamentos acerca de cada hipótese factual de aplicação do instituto da assistência consular, o que contribuiu para balizar o presente julgamento como precedente de grande importância no próximo caso de violação ao mesmo instituto, que foi o Diallo.

Outro aspecto introdutório importante para se ressaltar é que o Estado autor da demanda, o México, foi o mesmo a solicitar, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o pedido de Opinião Consultiva que deu origem à OC16/99, acerca do direito à assistência consular no marco das garantias do devido processo legal. Como os EUA não se submetem à jurisdição contenciosa da CtIDH, foi perante a jurisdição da CIJ que o México buscou a responsabilização internacional dos EUA por violação a seu próprio direito e a de seus indivíduos. Antes, porém, o México requereu junto à Corte Medidas Provisórias de proteção a 54 nacionais mexicanos que estavam no corredor da morte nos EUA.

3.2.1 Medidas Provisórias (05 de fevereiro de 2003)

Em janeiro de 2003, o México arguiu que havia 54 anos indivíduos de nacionalidade mexicana que estavam no corredor da morte em diferentes estados e que tiveram, em alguma medida, desrespeitados seus direitos individuais garantidos pela CVRC. Desse total, 49

indivíduos nunca foram informados acerca dos direitos do artigo 36 da mesma convenção, 4 nacionais mexicanos foram informados, mas descumprido a obrigação da informação “sem tardar”(without delay), e 1 pessoa foi informada, mas de maneira inadequada²⁶⁶.

O México alegou que persistia o descumprimento, por parte dos EUA, em relação à aplicação da regra do “procedural default”, sobre a qual a Corte já havia responsabilizado os EUA no caso LaGrand. Igualmente, a necessidade de comprovação de “prejudice” perante os tribunais e a interpretação a 11ª Emenda à Constituição dos EUA pelas cortes domésticas tornavam ineficazes quaisquer questionamentos acerca da violação da CRVC levantadas pelos nacionais mexicanos em seus processos judiciais²⁶⁷.

Mesmo após anos de contatos diplomáticos entre os Estados, a fim de buscar a mitigação das violações por parte dos EUA, o mero pedido formal de desculpas após as execuções não se mostrava suficiente.

Houve pedido de responsabilização dos EUA por violação ao direito à vida, presente no artigo 6º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos²⁶⁸. Além disso, e antecipando possíveis argumentos do Estado americano já apresentados no caso LaGrand, salientou que o sistema de governo e forma de administração da justiça no âmbito interno não eximem os EUA de respeitarem suas obrigações internacionais²⁶⁹. Da mesma forma, alega o México que é necessário um “remedy at law”, e que o pedido de clemência não se caracterizava como remédio adequado para se questionar a violação ao CVRC²⁷⁰.

A caracterização da “mixed claims” pode ser constatada no pedido do México: a violação do direito próprio do Estado mexicano em fornecer proteção e assistência consulares a seus nacionais; a violação ao direito de seus nacionais, endossado, via proteção diplomática, como direito do México em exigir *restitutio in integrum*; a responsabilização dos EUA por violação ao art. 36, 2, da CVRC, em razão da aplicação da “procedural default”; garantias de não repetição; e a caracterização do direito à notificação²⁷¹ consular sob a CVRC como um direito humano²⁷².

²⁶⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Caso Avena e outros nacionais Mexicanos, Medidas Provisórias, de 05 de fevereiro de 2003, par. 2.

²⁶⁷ Ibid, par. 3.

²⁶⁸ Ibid, par. 12.

²⁶⁹ Ibid, par. 16.

²⁷⁰ Ibid, par. 27.

²⁷¹ Conforme analisado no caso LaGrand e no Capítulo II, há diferença entre os deveres de informação ao detido estrangeiro e de notificação às autoridades do Estado de nacionalidade desse indivíduo. Na apresentação da

Este último pedido apresentou-se de maneira explícita e o México, em suas razões, buscou fundamento na jurisprudência da CtIDH para a sua formulação.

Embora todos esses pedidos fossem relacionados com o mérito da demanda, houve pedido específico de Medidas Provisórias, tendo em conta que as primeiras execuções iniciariam no mês seguinte, em 14 de fevereiro de 2003.

A Corte, após firmar sua jurisdição para o caso²⁷³, analisou as circunstâncias específicas dos indivíduos que estavam no corredor da morte, a fim de determinar a ordem de Medidas Provisórias. Como só havia três nacionais mexicanos com execuções já marcadas para os meses seguintes, a ordem foi estrita e por unanimidade²⁷⁴: os Estados Unidos da América deveriam tomar todas as medidas necessárias para garantir que César Roberto Fierro Reyna, Roberto Moreno Ramos e Osvaldo Torres Aguilera não fossem executados até o julgamento final do presente caso²⁷⁵.

Os efeitos da ordem de Medidas Provisórias foram diferentes daqueles constatados no caso LaGrand. Em primeiro lugar, porque os três indivíduos indicados na ordem da Corte não foram executados durante todo o procedimento até a sentença de mérito, de 31 de março de 2004, embora houvesse estipulação de uma execução para o dia 18 de maio do mesmo ano²⁷⁶. Em segundo lugar, porque, dois dias após o México apresentar o caso perante a CIJ, o governador do estado de Illinois comutou a pena dos três nacionais mexicanos, cujas execuções estavam sob sua responsabilidade²⁷⁷. Até o presente estágio do trabalho, não se pode afirmar, categoricamente, que houve mudança de postura dos EUA em relação ao tratamento de estrangeiros detidos e seus

demanda, o México não discrimina qual parte do artigo 36, 1, “b” estaria abordando, o que fez com que a Corte se posicionasse, de maneira explicativa, a respeito dessas duas etapas do direito à assistência consular na sentença de mérito do caso Avena.

²⁷² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA., 2003, op. cit, par. 8.

²⁷³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA., 2003, op. cit, par. 39/42.

²⁷⁴ O juiz Oda, único a apresentar declaração individual, reitera suas convicções já analisadas em seus votos no casos Breard (Medidas Provisórias) e LaGrand (Medidas Provisórias e Mérito), ao votar a favor “por razões humanitárias”, mas ressaltando o fato de que a CIJ não é tribunal de apelação criminal e não julga habeas corpus. Além disso, questionou a existência de “dispute” no presente caso e que a aplicação da pena de morte não era objeto da demanda. Interessante notar que, voto dissidente na sentença de mérito no caso LaGrand, ele havia “lamentado” por ter votado a favor nas Medidas Provisórias daquele caso, conforme analisado neste trabalho, *cf.* ODA, Shigeru. Declaração do Juiz, caso Avena, Medidas Provisórias, de 05 de fevereiro de 2003. (nota 31)

²⁷⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA., 2003, op. cit, par. 59.

²⁷⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Caso Avena e outros nacionais mexicanos, sentença de mérito, de 31 de março de 2004, par. 21.

²⁷⁷ *Ibid*, par. 21.

direitos perante a CVRC; contudo, a discussão interna a respeito do direito à assistência consular ganhava forma, conforme será analisado na sentença de mérito do presente caso.

3.2.2. *Sentença de Mérito (31 de março de 2004)*

O primeiro aspecto a ser destacado, embora não tenha sido objeto de disputa entre as partes, mas de única manifestação por parte do juiz Parra-Aranguren, foi a retirada de indivíduos da lista final de nacionais protegidos pelo exercício da proteção diplomática. Dos 54 indivíduos relacionados na primeira ordem de Medidas Provisórias, dois foram retirados, um sob argumento de que teria tido seus direitos devidamente observados, e o segundo em razão de possuir dupla nacionalidade, a mexicana e a estadunidense.

Conforme já analisado no primeiro capítulo do presente trabalho, o desenvolvimento conceitual do instituto da proteção diplomática, tanto em âmbito jurisdicional quanto em âmbito doutrinário, não mais afasta, de pronto, a alegação de impossibilidade de exercício de proteção diplomática contra um dos Estados do qual um indivíduo possui dupla nacionalidade. O próprio artigo 7º do Projeto de Artigos da CDI de 2006 considera essa hipótese, razão pela qual o juiz Parra-Aranguren arguiu a falha do México em não discutir a temática sob essas bases.

Definida a nova lista com 52 nacionais mexicanos²⁷⁸, a Corte observou que, embora todos estivessem condenados à pena de morte, havia momentos processuais distintos entre eles, da mesma forma que havia diferentes caracterizações da violação à CVRC pelos EUA²⁷⁹, o que implicou um detalhado trabalho de construção jurisprudencial, a fim de definir, de modo inédito na CIJ, prazos e circunstâncias que caracterizam a violação ao direito de assistência consular.

Outro aspecto também relevante é a manifestação da Corte acerca da diferença entre os termos “informação” e “notificação” no que concerne à assistência consular. Conforme antecipado na análise do caso LaGrand, é na presente demanda que a CIJ firma posicionamento que confere maior sistematização na caracterização do instituto. Nesse sentido, o artigo 36, 1, “b”, da CRVC cria dois deveres para o Estado receptor: o dever de informação ao indivíduo sobre seu direito à assistência consular e, se o interessado assim solicitar, o dever de notificação às

²⁷⁸ Presos em 9 Estados: Califórnia (28), Texas (15)

²⁷⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2004, op. cit, par. 19.

autoridades consulares do Estado de nacionalidade do indivíduo privado de sua liberdade²⁸⁰. Dessa forma, no caso Avena, a Corte adotará o rigor conceitual a respeito da caracterização dos momentos de informação e de notificação, como partes inter-relacionadas do direito à assistência consular.

Estabelecidas essas análises preliminares, pode-se passar às questões de mérito do caso Avena que apresentam relação com o desenvolvimento dos objetos de estudo do presente trabalho.

Após a Corte reiterar sua fundamentação contida no caso LaGrand de que a CIJ não funciona como tribunal de apelação criminal, houve análise da objeção dos EUA de ausência de esgotamento de recursos internos por parte dos nacionais mexicanos, o que inviabilizaria o exercício da proteção diplomática pelo México.

A Alegação do Estado mexicano baseou-se na fundamentação da Corte no caso LaGrand, de que os EUA não poderiam alegar esse requisito da proteção diplomática, uma vez que não fornecia, em seu sistema jurídico interno, recursos disponíveis e eficazes para a alegação da violação à CVRC pelos nacionais mexicanos. Do mesmo modo, as Cortes norte-americanas não reconheciam que art. 36 da Convenção criava direitos individuais e os pedidos posteriores dos nacionais mexicanos esbarravam na aplicação da “procedural default”. Além disso, o sistema de pedido de clemência não poderia ser considerado na avaliação da regra do esgotamento dos recursos internos, uma vez que não era remédios judiciais²⁸¹.

A solução da Corte para a negação a arguição dos EUA não só foi diferente daquela decidida no caso LaGrand, como também representou manifestação inédita a respeito da exceção à regra do esgotamento de recursos internos. Entendeu a Corte que:

The Court would first observe that the individual rights of Mexican nationals under paragraph 1(b) of Article 36 of the Vienna Convention are rights which are to be asserted, at any rate in the first place, within the domestic legal system of the United States. Only when that process is completed and local remedies are exhausted would Mexico be entitled to espouse the individual claims of its nationals through the procedure of diplomatic protection. In the present case Mexico does not, however, claim to be acting solely on that basis. It also asserts its own claims, basing them on the injury which it contends that it has itself suffered, directly and through its nationals, as a result of the

²⁸⁰ Ibid, par. 18.

²⁸¹ Ibid, par. 39.

violation by the United States of the obligation incumbent upon it under Article 36, paragraph 1 (a), (b) and (c).

The Court would recall that, in the LaGrand case, it recognized that “Article 36, paragraph 1 [of the Vienna Convention], creates individual rights [for the national concerned], which...may be invoked in this Court by the national State of the detained person” (I.C.J. Reports 2001, p.494, para. 77).

It would further observe that violations of the rights of the individual under Article 36 may entail a violation of the rights of the sending State, and that violations of the rights of the latter may entail a violation of the rights of the individual. In these special circumstances of interdependence of the rights of the State and of individual rights, Mexico may, in submitting a claim in its own name, request the Court to rule on the violation of rights which it claims to have suffered both directly and through the violation of individual rights conferred on Mexican nationals under Article 36, paragraph 1 (b). The duty to exhaust local remedies does not apply to such a request. Further, for reasons just explained, the Court does not find necessary to deal with Mexico’s claims of violation under a distinct heading of diplomatic protection.²⁸²

O entendimento da Corte para rejeitar a alegação de não esgotamento de recursos internos foi o de que, como se tratava de uma demanda em que havia interdependência entre os direitos do Estado e os dos indivíduos, o requisito de esgotamento dos recursos internos não se aplicaria. Essa solução foi diferente daquela adotada no caso LaGrand e implicou manifestação por partes de alguns juízes da Corte em votos separados.

O juiz Peter Tomka afirma que a CIJ estaria criando uma nova doutrina, sem que a Corte citasse qualquer jurisprudência prévia que balizasse esse entendimento²⁸³. Tomka critica o fato também de a Corte não observar as exceções ao esgotamento de recursos internos que eram objeto de estudo na Comissão de Direito Internacional, notadamente no Projeto de Artigos sobre Proteção Diplomática então em desenvolvimento²⁸⁴. Nesse sentido, com base no próprio instituto da proteção diplomática, a Corte poderia rejeitar a arguição dos EUA, ao acolher a alegação do México de que não havia recursos eficazes para o caso, o que poderia ocorrer era simplesmente ignorar a objeção feita pelos EUA a respeito do tema.

O juiz Verershchetin afirma que a demanda do México contém dois fundamentos²⁸⁵: a violação de direitos próprios do México e do exercício de seu direito de proteção diplomática em favor de seus nacionais. Verershchetin afirma que o caso LaGrand foi igualmente uma demanda com dois fundamentos, mas que a Corte não disse que ao invocar direitos individuais dos

²⁸² Ibid, par. 40.

²⁸³ TOMKA, Peter. Voto Separado, caso Avena, sentença de mérito, de 31 de março de 2004, par. 6.

²⁸⁴ Ibid, par. 10.

²⁸⁵ “two heads”, ou duas cabeças, em tradução literal.

nacionais do Estado que envia se poderia evitar a regra do esgotamento dos recursos internos ou que, por essa razão, a invocação dessa regra estaria fora do escopo do direito de proteção diplomática²⁸⁶. A própria jurisprudência da Corte sobre proteção diplomática e o trabalho da CDI sobre o tema poderiam ter sido consideradas, mas, segundo o próprio juiz, nenhuma das opções foi sequer mencionada no julgamento.

Ainda segundo o juiz Verershchetin, em casos de “mixed claims”, a jurisprudência da Corte e o Projeto de Artigos de CDI abordam a regra da preponderância dos direitos em análise, o que, no presente caso, a preponderância recairia no exercício da proteção diplomática em favor dos 52 nacionais mexicanos, e não na violação direta de direitos do México. Assim, a regra do esgotamento dos recursos internos, enquanto requisito do endosso à proteção diplomática, deveria ser analisada. Ao final, o juiz concorda com a rejeição da objeção feita pelos EUA, tendo em vista a inexistência de recursos efetivos, contudo aponta que Corte deveria ter observado sua jurisprudência a respeito de “mixed claims” da regra da preponderância, e não ter criado novo entendimento²⁸⁷.

Para o juiz ad-hoc Bernado Sepúlveda, a afirmação da Corte introduz um elemento indesejado de imprecisão, ao que já havia sido desenvolvido no caso LaGrand, sobretudo no que concerne à aplicação da “procedural default” e o esgotamento de recursos internos. Igualmente, no caso LaGrand, a Corte já havia balizado o entendimento a respeito da diferença entre assistência consular e proteção diplomática, além de firmar posicionamento a respeito da possibilidade de endosso à proteção diplomática por violação de dispositivo de tratado que confira direitos individuais aos nacionais protegidos pelo Estado demandante²⁸⁸.

Ainda segundo o juiz ad-hoc Sepúlveda, a objeção dos EUA em relação ao esgotamento de recursos internos deveria ser rejeitada por duas razões: em primeiro lugar, para três nacionais mexicanos, já havia sido esgotados todos os recursos disponíveis; e em segundo lugar, para os outros 49 indivíduos, a aplicação da “procedural default”, tal qual ocorrida no caso LaGrand, seria uma exceção à regra do esgotamento²⁸⁹. Assim, a solução encontrada pela Corte no caso Avena não foi tão clara como no caso LaGrand.

²⁸⁶ VERESHCHETIN, Vladen. Voto Separado, caso Avena, sentença de mérito, de 31 de março de 2004, par. 6.

²⁸⁷ Ibid, par. 10-13.

²⁸⁸ SEPÚLVEDA, Bernardo, Voto Separado, caso Avena, sentença de mérito, de 31 de março de 2004, par. 17-20.

²⁸⁹ Ibid, par. 22.

O juiz Parra-Aranguren também criticou o parágrafo 40 da sentença, e lembrou os trabalhos da CDI a respeito do tema, sobretudo a questão relacionada à regra da preponderância em casos de “mixed claims”. Dessa forma, o juiz discordou da conclusão da Corte, uma vez que apenas por meio de uma análise pormenorizada de cada indivíduo é que se poderia averiguar se a regra do esgotamento de recursos internos foi ou não respeitada²⁹⁰.

O Juiz Raymond Ranjeva por sua vez, argumentou que a noção de inter-relação evidenciada no caso LaGrand a respeito dos direitos previstos no art. 36 da CVRC refere-se à facilitação do exercício da proteção consular²⁹¹, e não a uma exceção à regra do esgotamento dos recursos internos.

Constatando-se a quantidade de manifestações críticas de juízes a respeito da solução dada pela Corte à objeção de ausência de esgotamento de recursos internos, percebe-se que, de fato, a Corte inovou em sua fundamentação, distanciando-se de sua jurisprudência consolidada a respeito do tema, sobretudo do precedente de grande semelhança fática, que foi o caso LaGrand. Igualmente, embora o projeto de artigo da CDI ainda não estivesse concluído, os estudos relacionados à temática já haviam sido publicados nos relatórios apresentados por John Dugard à Comissão.

Outras três objeções à admissibilidade foram levantadas pelos EUA, mas todas não acolhidas pela Corte²⁹², inclusive uma objeção a respeito de exercício de proteção diplomática a indivíduos supostamente com dupla nacionalidade, em que a Corte entendeu que era discussão de mérito, conforme será analisado a seguir.

²⁹⁰ PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. Voto Separado, caso Avena, sentença de 31 de março de 2004, par. 20-28.

²⁹¹ RANJEVA, Raymond. Declaração do vice-presidente, caso Avena, sentença de mérito, de 31 de março de 2004, par. 13.

²⁹² A objeção relacionada à dupla nacionalidade não se confunde com a retirada da lista de dois nacionais mexicanos, abordada no início desse capítulo e tema de crítica pelo juiz Parra-Aranguren. Nessa etapa processual, questionava-se a existência de indivíduos com dupla nacionalidade entre os 52 nacionais mexicanos que receberem endosso à proteção diplomática pelo Estado mexicano. O conteúdo das outras duas objeções dos EUA à admissibilidade da demanda mexicana eram: 1) que o México poderia ter buscado contato diplomático com os EUA antes de levar o caso à CIJ; e 2) que o México não poderia invocar padrões que não cumpre. No primeiro caso, a Corte entendeu que houve, sim, contato do México com os EUA (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2004, op. cit, par. 44); já no segundo caso, a CIJ salientou que os EUA já haviam levantado a mesma objeção no caso LaGrand, e que, mesmo se o México não cumprisse os padrões exigidos na CVRC, isso não eximira os EUA de observarem o disposto na Convenção, *cf.* CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2004, op. cit, par. 47. Em razão disso, não foram acolhidas as objeções.

- a) A violação ao artigo 36, 1, da CVRC e o exercício da proteção diplomática por indivíduos de dupla nacionalidade.

A primeira manifestação da Corte a respeito do mérito do caso foi relacionada com a violação do art. 36, 1, da CVRC. Nesse sentido, a Corte reiterou seu entendimento, desenvolvido no caso *LaGrand*, de inter-relação entre as alíneas “a”, “b” e “c” do dispositivo, a fim de facilitar a implementação do sistema de proteção consular²⁹³. A Corte reconhece que os EUA não negam o seu dever de observar as obrigações que constam na Convenção, contudo o Estado norte-americano afirma que esse dever legal existe apenas em relação aos indivíduos mexicanos que não tenham a nacionalidade estadunidense²⁹⁴.

Conforme visto no capítulo I, há manifestações doutrinárias a respeito da possibilidade de exercício da proteção diplomática a indivíduo com dupla nacionalidade em que um dos Estados é o reclamante e o outro é o reclamado, o que foi igualmente defendido pela CDI tanto nos relatórios preliminares quanto no Projeto de Artigos sobre Proteção Diplomática, entretanto, a discussão entre as partes e a fundamentação da Corte baseou-se em considerações processuais a respeito de ônus da prova²⁹⁵.

Dessa forma, não se adentrou o mérito da possibilidade ou não de endosso à proteção diplomática nessa hipótese estrita de dupla nacionalidade; a discussão restringiu-se a definir qual Estado estaria incumbido de provar a dupla nacionalidade dos indivíduos. A Corte decidiu que cabia aos EUA provar as alegações de dupla nacionalidade²⁹⁶ e, tendo em vista a inexistência de provas, a alegação do Estado norte-americano não teve sucesso.

- b) A definição de “without delay” no artigo 36, 1, b, da CVRC

Conforme abordado anteriormente, os EUA não se insurgiram contra o dever de respeitar o artigo 36, 1, da CVRC, mas alegaram que não houve violação à alínea “b” do referido dispositivo, tendo em vista a interpretação da expressão “without delay”, que caracteriza o dever de informação sobre a assistência consular aos indivíduos detidos ou presos sem tardar.

²⁹³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2004, op. cit, par. 50.

²⁹⁴ Ibid, par. 51.

²⁹⁵ Ibid, par. 55-57.

²⁹⁶ Ibid, par. 57.

Essa alegação dos EUA inova a argumentação jurídica em relação à sua defesa no caso *LaGrand*, uma vez que esse ponto específico não havia sido objeto de disputa. Nesse sentido, a Corte, além de firmar seu posicionamento inédito a respeito do tema, aplicou seu padrão interpretativo a cada um dos 52 nacionais mexicanos a fim de verificar se houve eventual violação por parte dos EUA à CVRC. Para tanto, a CIJ entendeu que o artigo 36, 1, b, contém três elementos que, embora distintos, são inter-relacionados: 1) o direito do indivíduo de ser informado, sem tardar (“without delay”), de seus direitos conforme o art. 36, 1, “b”; 2), o direito da repartição consular de ser notificada, sem tardar (“without delay”), da detenção do indivíduo, se assim ele solicitar; 3) a obrigação do Estado receptor de encaminhar, sem tardar (“without delay”), qualquer comunicação endereçada à repartição consular pelo indivíduo detido²⁹⁷. Tendo em vista que os fatos do caso não abordam o terceiro elemento, a Corte analisou apenas os dois primeiros²⁹⁸.

No que concerne ao primeiro elemento, a Corte repartiu a análise em duas situações. Primeiramente, ela interpretou qual seria o momento oportuno em que surgiria o dever de informação à assistência consular e passou a aplicar esse entendimento caso a caso aos 52 nacionais mexicanos presentes na demanda. Em seguida, a Corte passou a interpretar o sentido da expressão “without delay”.

Em relação ao momento em que surgiria o dever de informar ao detido estrangeiro sobre seus direitos previstos no art. 36,1, “b”, da CVRC, a Corte entendeu que o dever surge na medida em que as autoridades percebem que o indivíduo é estrangeiro, ou na medida em que há motivos para pensar que o indivíduo provavelmente possa ser estrangeiro²⁹⁹. No entender da Corte, o momento exato de identificação desse critério pode variar segundo as circunstâncias do caso; nesse sentido, quando uma pessoa detida afirma ser de nacionalidade estadunidense, mas não o é, a confirmação de sua verdadeira nacionalidade pelas autoridades pode ocorrer em momento posterior.

A Corte notou que, em algumas jurisdições locais norte-americanas, o dever do Estado de informação ao indivíduo estrangeiro sobre a assistência consular em momento prévio ao primeiro interrogatório perante às autoridades já estavam sendo realizadas, em paralelo com os direitos

²⁹⁷ Ibid, par. 61.

²⁹⁸ Ibid, par. 62.

²⁹⁹ Ibid, par. 63.

consagrados na chamada “Miranda Rule”, que inclui o direito de permanecer em silêncio, o direito de possuir um advogado presente durante o depoimento e o direito de ter um advogado bancado pelo Estado, caso a pessoa detida não tenha condições financeiras para tanto³⁰⁰.

A interpretação da Corte a respeito da percepção pela autoridade policial de que a pessoa detida possa ser estrangeira foi alvo de críticas por parte de juízes da Corte. Para o juiz Peter Tomka, há o perigo de a interpretação da Corte levar ao enfraquecimento da proteção a determinada categoria de indivíduos, como as crianças, por exemplo³⁰¹. Segundo o juiz Tomka, a obrigação do Estado receptor de cumprir o artigo 36 da CRVR não depende de suas autoridades locais saberem se o indivíduo detido é estrangeiro; nesse sentido, a obrigação de informar sobre o direito à assistência consular deve surgir assim que o estrangeiro for detido³⁰², o que implica a estipulação de critérios mais objetivos para o cumprimento da norma. Por sua vez, o juiz ad-hoc Bernardo Sepúlveda entende que o dever de informação surge imediatamente após a detenção e antes do primeiro interrogatório³⁰³. Ainda, o juiz Sepúlveda traçou paralelo entre o momento oportuno de informação dos direitos previstos no artigo 36 da CVRC e a aplicação da Miranda Rule pelos EUA³⁰⁴, o que, segundo o magistrado, teriam estreita relação.

Estabelecidas as regras acerca do momento oportuno de fixação do dever de informação sobre a assistência consular, a Corte passou a analisar caso a caso a situação dos 52 nacionais mexicanos, a fim de averiguar se houve violação da CRVC pelos EUA. Importante destacar dessa fase do julgamento um dos casos individuais analisados pela Corte. Segundo os EUA, o detido Hernández Llanas, por ser foragido em seu país de origem, poderia não querer que seu consulado fosse informado de sua detenção. A Corte entendeu que o dever de informar sobre o direito a assistência consular não admite presunções como essas³⁰⁵, mesmo porque o próprio art. 36, 1, “b”, abarca a hipótese de o indivíduo não querer que seu consulado seja notificado, no entanto, o dever de informação inicial ao detido estrangeiro deve ser respeitado.

Acerca da interpretação da expressão “without delay”, havia grande divergência entre México e EUA. O Estado mexicano, em seu memorial, incorporou o entendimento da Corte

³⁰⁰ Ibid, par. 64.

³⁰¹ TOMKA, 2004, op. cit, par. 14. Voto separado juiz Tomka #14

³⁰² Ibid, par. 15.

³⁰³ SEPÚLVEDA, 2004, op.cit, par. 49. Voto separado juiz Bernardo Sepúlveda # 49.

³⁰⁴ Ibid, par. 54.

³⁰⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2004, op. cit, par. 76.

Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva n. 16/99, que identificava como “without delay” o momento logo após a detenção e antes da primeira declaração perante a autoridade competente³⁰⁶. O México também procurou formular sua alegação consoante a análise dos trabalhos preparatórios da Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Os EUA igualmente invocaram os trabalhos preparatórios da CVRC para provar o contrário, que “without delay” não significa “imediatamente”³⁰⁷.

A Corte entendeu que, pela análise dos trabalhos preparatórios e pelos objeto e finalidade da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, não há indicação de que “without delay” possa ser necessariamente interpretado como imediatamente após a detenção³⁰⁸, contudo a Corte reiterou seu entendimento de que o dever das autoridades de informar ao detido estrangeiro surge na medida em que se percebe que a pessoa seja estrangeira ou na medida em que haja motivos para se cogitar que a pessoa provavelmente seja estrangeira³⁰⁹. Nesse sentido, e citando um caso específico salientado pela Corte, o fato de as autoridades policiais estadunidenses terem levado 40 horas para informar ao nacional mexicano Arturo Juárez sobre seu direito à assistência consular, mesmo sendo reconhecido, no momento da detenção, de que se tratava de um nacional estrangeiro, levou à violação do artigo 36, 1, “b”, da CVRC³¹⁰.

O segundo elemento do artigo 36, 1, “b”, conforme interpretação da CIJ, refere-se ao direito da repartição consular de ser notificada, sem tardar (“without delay”), da detenção do indivíduo, se ele assim o solicitar. Nesse aspecto, a Corte entendeu que, mesmo no caso em que a repartição consular soube indiretamente (fora dos canais oficiais) antes do julgamento, ou mesmo em que não tenha havido prejuízos ao indivíduo processado, há violação ao segundo elemento do artigo 36, 1, “b” da CVRC³¹¹.

Pode-se constatar, pela análise da interpretação da CIJ a respeito do momento de configuração do dever de informar ao detido estrangeiro sobre os direitos a assistência consular,

³⁰⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, caso Avena, Memorial do México, par. 194/195.

³⁰⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2004, op. cit, par. 81.

³⁰⁸ Ibid, par. 83.

³⁰⁹ Ibid, par. 88.

³¹⁰ Ibid, par. 89.

³¹¹ Ibid, par. 96. Em um dos casos, no momento de detenção de Ramiro Hernández Llanas, não havia suspeitas acerca de sua nacionalidade mexicana. Após cinco dias detido, quando se descobriu que se tratava de um nacional mexicano, os EUA notificaram ao consulado sobre a situação de Hernández, o que, para a CIJ, não constituiu violação ao artigo 36,1, “b”, da CVRC.

que houve diferença de entendimento naquilo já disposto na Corte Interamericana de Direitos Humanos, inclusive em relação à interpretação dos trabalhos preparatórios da CVRC a respeito do significado da expressão “without delay”. Conforme será abordado posteriormente neste capítulo e mais desenvolvido no próximo, essa tendência se manteve em outros aspectos no julgamento do caso Avena.

- c) Violação ao artigo 36, 1, “b” e a privação do México em oferecer assistência consular aos seus 52 nacionais e a privação destes em receber essa proteção, conforme artigo 36, 1, alíneas “a” e “c”, da CVRC.

Tendo em conta o caráter inter-relacional das alíneas “a”, “b” e “c” do artigo 36, 1, da CVRC estabelecido pela CIJ no caso LaGrand, o México alegou que foi privado de oferecer assistência consular aos seus nacionais e que, por sua vez, esses mesmos indivíduos foram privados de toda a abrangência que a assistência consular possui.

Em relação ao artigo 36, 1, “a”, que dispõe sobre o direito do Estado que envia de se comunicar com seus nacionais no Estado receptor, a Corte entendeu que, à exceção do caso em que o próprio nacional não quis que a repartição consular mexicana fosse notificada, em todos os outros houve a falha dos EUA de permitir o acesso das autoridades consulares mexicanas aos seus nacionais, o que implicou a violação do referido dispositivo³¹².

No que concerne à análise da violação à alínea “c” do artigo 36, 1, CVRC, a Corte entendeu que havia dois comandos distintos no dispositivo citado.

c) consular officers shall have the right to visit a national of the sending State who is in prison, custody or detention, to converse and correspond with him and to arrange for his legal representation. They shall also have the right to visit any national of the sending State who is in prison, custody or detention in their district in pursuance of a judgement. Nevertheless, consular officers shall refrain from taking action on behalf of a national who is in prison, custody or detention if he expressly opposes such action.

³¹² Ibid, par. 101/102.

Conforme interpretação da Corte, as autoridades consulares do Estado que envia possuem um duplo direito, 1) o de visitar, conversar e se corresponder com seu nacionais presos, detidos ou sob custódia; 2) e de providenciar sua defesa perante os tribunais. Essa divisão foi feita pela Corte uma vez que foi constatado que, embora em 49 casos houvesse violação da primeira parte da alínea “c”, juntamente com a alínea “a”, em apenas 34 houve a violação da segunda parte da alínea “c”³¹³. A precisão da Corte na aplicação desse dispositivo foi verificada na parte dispositiva da sentença, com a discriminação exata dos casos em que houve violação da primeira ou da segunda parte da alínea “c”, todos culminados com a violação da alínea “a” do artigo 36, 1, CRVC³¹⁴.

d) Artigo 36, 2, CVRC e o procedural default.

Os EUA, assim como ocorrido no caso LaGrand, foram acusados de violar o dever de dar pleno efeito aos direitos reconhecidos no referido artigo. A Corte invoca seu precedente para reiterar que não se discutia o “procedural default” em si, mas sua aplicação em relação à violação da CVRC. Nesse sentido, observou a Corte que, entre o caso LaGrand e o julgamento do caso Avena, a regra da “procedural default” não foi revisada, o que ensejaria a violação do artigo 36, 2, CVRC³¹⁵. Contudo, tendo em conta os diferentes estágios processuais em que se encontravam os 52 nacionais mexicanos, apenas três deles (os que foram objeto das Medidas Provisórias) estavam em situação mais avançada, assim, a Corte entendeu que a aplicação da regra da “procedural default” incorreu em violação do referido artigo pelos EUA³¹⁶.

Dessa forma, a Corte conclui a análise pormenorizada de todos os aspectos relacionados ao artigo 36 da CVRC sem, contudo, identificar qualquer manifestação jurisprudencial tanto da Corte Interamericana quanto da Corte Europeia de Direitos Humanos a respeito do tema. No tópico da sentença “consequências jurídicas da violação”, a Corte analisa outras questões importantes como o pedido do México de *restitutio in integrum*, de garantias de não repetição, além do pedido alternativo de “review and reconsideration” das penas e das sentenças de todos os 52 nacionais mexicanos.

³¹³ Ibid, par. 106.

³¹⁴ Ibid, par.153 (6) e (7).

³¹⁵ Ibid, par. 113.

³¹⁶ Ibid, par. 114.

Acerca da *restitutio in integrum*, o México invocou o precedente da Corte no caso Arrest Warrant para pedir a anulação das sentenças dos 52 mexicanos no corredor da morte. No entanto, a Corte entendeu que o presente caso se trata da interpretação e da violação do artigo 36 da CVRC, e não das sentenças, o que tornou o pedido não acolhido.

No que concerne ao “review and reconsideration”, houve o debate a respeito do pedido de clemência, se poderia ser considerado um pedido de revisão ou de reconsideração, conforme os EUA alegavam, além do fato de a regra da “procedural default” barrar, na prática, pedidos de revisão das penas³¹⁷. A Corte manteve entendimento do caso LaGrand que os meios de implementação e de revisão devem ficar a cargo dos EUA, porém devem ser efetivos³¹⁸, além de afirmar que o sistema de pedido de clemência praticado pelos EUA não pode ser considerado como meio de revisão e reconsideração³¹⁹, o que, inclusive, gerou a violação ao artigo 36, 2, CVRC em relação a três nacionais mexicanos³²⁰.

Em relação à cessação das violações e às garantias de não repetição, o México afirmou que, embora os EUA tenham se esforçado para mitigar as violações ao artigo 36 da CVRC por meio de campanhas informativas às autoridades estadunidenses, isso não tem sido suficiente para prevenir novas violações. Além disso, em relação aos 52 nacionais mexicanos, as violações seguem existindo³²¹. A Corte, por sua vez, entendeu que o México não provou a continuidade das violações aos nacionais mexicanos, além disso, entendeu que a parte dispositiva a respeito das garantias de não repetição determinadas no caso LaGrand segue sendo aplicável, o que implica o compromisso dos EUA de implementar as medidas necessárias para o cumprimento do artigo 36 da CVRC³²².

Por fim, é importante analisar o pedido do México para que a CIJ considerasse o direito à notificação e à comunicação consulares fossem considerados direitos humanos fundamentais, que constituíssem parte do devido processo legal em processos criminais e que fossem garantidos no território de cada uma das partes da Convenção de Viena³²³. A manifestação da Corte, em poucas

³¹⁷ Ibid, par. 133.

³¹⁸ Ibid, par. 138.

³¹⁹ Ibid, par. 143.

³²⁰ Ibid, par. 153 (8).

³²¹ Ibid, par. 148.

³²² Ibid, par. 150. . Em voto separado, o juiz Peter Tomka declarou que, embora concordasse com a conclusão da Corte, divergia na fundamentação escolhida, cf. TOMKA, 2004, op. cit, par 17/21.

³²³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2004, op. cit, par. 124.

palavras, foi a seguinte: “Whether or not the Vienna Convention rights are human rights is not a matter that this Court need to decide”³²⁴. E assim concluiu: “The Court would, however, observe that neither the text nor the object and purpose of the Convention, nor any indication in the *travaux préparatoires*, support the conclusion that Mexico draws from its contention in this regard”³²⁵.

Diferentemente do padrão adotado na fundamentação de seus pontos no próprio caso Avena e no caso LaGrand, a CIJ não trouxe em sua fundamentação trechos dos trabalhos preparatórios que confirmassem sua decisão, como ocorreu na análise da expressão “without delay” anteriormente discutida neste trabalho, nem procurou estabelecer comentários mais aprofundados a respeito do objeto e da finalidade da Convenção a respeito dos direitos garantidos no seu artigo 36. Embora no primeiro momento a Corte tenha-se absterido de decidir a respeito do caso, por considerar que não se tratava do objeto do caso, logo em seguida a Corte passa a considerar que a alegação do México não se pode ser acolhida porque não se pode inferir que haja direito humano à assistência e à notificação consular. Em breve manifestação, a CIJ criou um forte precedente contra a afirmação de um instituto que, tanto no âmbito interamericano quanto no âmbito europeu, já era considerado um direito humano.

Essa contradição existente na sentença do caso Avena será duramente criticada pelo juiz Antônio Augusto Cançado Trindade em seu voto sobre a sentença de mérito do caso Diallo, conforme será devidamente analisado na presente pesquisa.

3.3 Caso Ahmadou Sadio Diallo – Exceções Preliminares (24 de maio de 2007)

O terceiro e último caso objeto do presente estudo é composto por três julgamentos distintos. O primeiro, de 2007, trata das exceções preliminares; o segundo, por sua vez, é a sentença de mérito, de 2010; por fim, a terceira sentença, de 2012, está relacionada com as reparações definidas na sentença de mérito. O caso Diallo caracteriza-se pela discussão mais avançada a respeito do instituto da proteção diplomática e sua inter-relação cada vez maior com a proteção dos direitos humanos. A análise do direito à assistência consular, conforme será demonstrada, ganhará um escopo de direito individual já consolidado, em que não se discutia

³²⁴ Ibid, par. 124.

³²⁵ Ibid, par. 124.

mais a natureza ou as condições de exercício do direito, e sim concepções de mérito sobre se houve ou não a violação.

Nesse mesmo período, é importante destacar a publicação final do Projeto de Artigos da CDI sobre Proteção Diplomática, em 2006, e da consolidação do direito à assistência consular internacionalmente. Dadas essas considerações iniciais, e antes de passar à análise da primeira sentença, é importante destacar os fatos do caso, que servirão de base para os três julgamentos.

Ahmadou Sadio Diallo nasceu da República da Guiné, mas se mudou para a República Democrática do Congo (então Zaire), em 1964. Em 1974, funda a empresa Africom-Zaire, empresa qualificada como “société privé de responsabilité limite” (SPRL), registrada na República Democrática do Congo (RDC), e da qual era também o administrador (“gérant”). Em 1979, Diallo, como administrador da Africom-Zaire e juntamente com outros parceiros privados, funda outra empresa, a Africontainers-Zaire que já no começo da década de 1980 houve reformulação no quadro societário e o capital da segunda empresa estava dividido entre Africom-Zaire (60%) e o próprio Ahmadou Diallo (40%). Nessa segunda empresa, Diallo também atuava como administrador (“gérant”).

O desenvolvimento dos negócios levou as empresas a serem credores de muitas outras companhias, inclusive do próprio governo congolês, o que implicou uma série de ações judiciais exigindo o pagamento do valores devidos.

Em 31 de outubro de 1995, o primeiro ministro do Zaire expediu uma ordem de expulsão contra Ahmadou Diallo, em cujo teor estava que a presença do sr. Diallo violava a ordem pública no Zaire, principalmente nas áreas econômica, financeira e monetária. Após isso, em 31 de janeiro de 1996, já sob custódia do Estado congolês, Diallo foi expulso da RDC por meio de uma recusa de entrada (refoulement) em razão de residência ilegal. Inúmeros fatos relacionados aos período de detenção e às datas em que houve a prisão de Diallo, bem como a própria natureza do decreto de expulsão, foram objeto de análise na sentença de mérito, que será abordada posteriormente.

Nesse contexto, é importante destacar que a República da Guiné, por meio de endosso à proteção diplomática de seu nacional, buscou junto à CIJ a responsabilização internacional da RDC pela violação aos direitos individuais de Diallo decorrentes de sua detenção, expulsão, tendo sido violados, entre outros direitos, aqueles presentes no artigo 36,1, “b”, da CVRC. A

República da Guiné entende também que a detenção, prisão e expulsão de Diallo inviabilizou seu nacional de exigir os créditos devidos às suas empresas, inclusive créditos judiciais. Segundo a Guiné, mesmo antes da expulsão, Diallo já havia sofrido um ano de prisão em 1988, depois de tentar cobrar devedores das empresas Africom-Zaire e Africontainers-Zaire.

Em 28 de dezembro de 1998, a República da Guiné apresentou o caso a CIJ, o que, após as etapas procedimentais e as alegações da RDC quanto à admissibilidade do caso, levaram a Corte a se manifestar preliminarmente³²⁶ em 2007. Em rápida digressão, pode-se perceber que o caso Diallo, em verdade, foi o segundo caso da CIJ a respeito do exercício da proteção diplomática pleiteando a violação de direito à assistência consular, contudo, em razão do desenvolvimento lento do processo, o presente acabou sendo o terceiro a possuir sentença de mérito a respeito.

A Sentença de Exceções Preliminares relaciona-se notadamente com exercício da proteção diplomática, como mecanismo procedimental necessário para que as violações contra Ahmadou Diallo e suas empresas pudessem ser analisadas. Para tanto, a República da Guiné buscou garantir a proteção diplomática a fim de exigir a responsabilização da RDC por violação a três categorias de direitos: 1) direito de Ahmadou Diallo enquanto indivíduo; 2) direitos de Diallo enquanto sócio das empresas; e 3) direitos das próprias empresas, por meio da proteção diplomática por substituição. Nesse sentido, pode-se passar a análise de cada uma das categorias de direitos, conforme deliberação da CIJ.

3.3.1 Proteção Diplomática de Diallo como indivíduo.

A República Democrática do Congo levantou objeções relacionadas à ausência de esgotamento de recursos internos por parte de Diallo como condição necessária ao endosso da proteção diplomática pelo Estado da Guiné.

Segundo a RDC, havia recursos disponíveis para que Diallo buscasse pleitear seus alegados direitos internamente, contudo reconhece que, inadvertidamente, a saída de Diallo do território da RDC se deu por uma ordem de “refoulement”, e não por um decreto de expulsão³²⁷.

³²⁶ Como a demanda foi apresentada sob fundamento na cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, não houve questionamentos a respeito da incompetência da Corte para julgar o caso.

³²⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Caso Diallo, Exceções Preliminares, de 24 de maio de 2007, par. 36.

Para a Guiné, essa mudança não é simples, enquanto o decreto de expulsão é apelável, a ordem de “refoulement” não dispõe de recurso cabível³²⁸.

A análise da Corte em relação a esse ponto iniciou com uma mudança de postura em relação aos casos LaGrand e Avena, uma vez que, passou a definir o instituto da proteção diplomática segundo artigo 1º do Projeto de Artigos da CDI sobre Proteção Diplomática, de 2006. Além de considerar que o referido artigo reflete o costume internacional³²⁹, a Corte declarou o seguinte:

Owing to the substantive development of international law over recent decades in respect of the rights it accords to individuals, the scope *ratione materiae* of diplomatic protection, originally limited to alleged violations of the minimum standard of treatment of aliens, has subsequently widened to include, *inter alia*, internationally guaranteed human rights³³⁰.

A CIJ entendeu que a dimensão material da proteção diplomática tem sido ampliada, a fim de abarcar direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Trata-se de uma relevante manifestação da Corte, que será devidamente desenvolvida no próximo capítulo, mas que já têm o condão de guiar a análise no sentido de afirmação progressiva dos direitos humanos por parte da Corte, ainda que haja divergência da categorização dos ditos direitos, como já abordado na temática referente à não consideração dos direitos previstos no artigo 36,1, “b”, da CVRC como direito humano.

Após afirmar que o pré-requisito da nacionalidade contínua para o exercício da proteção diplomática não estava em disputa entre as partes³³¹, a Corte passou a analisar as alegações relacionadas ao esgotamento de recursos internos. Primeiramente, abordou considerações a respeito de ônus da prova, em que cabe ao autor provar que os recursos foram esgotados ou que há exceção ao esgotamento; ao réu, por sua vez, cabe provar que os recursos são eficazes e efetivos, se invocada a exceção³³².

³²⁸ Ibid, par. 37.

³²⁹ Ibid, par. 39. .

³³⁰ Ibid, par. 39.

³³¹ Ibid, par. 41.

³³² Ibid, par. 44

Segundo a Corte, a saída de Diallo expedida como “refoulement” não pode ser entendida como mero erro das autoridades internas, que deveriam ter expedido um decreto de expulsão³³³. De todo modo, ainda que fosse o decreto de expulsão (que haveria recurso disponível), a CIJ entende que o recurso à autoridade administrativa não pode ser definido como recurso eficaz ou efetivo se o pleito do indivíduo se caracterizar como obtenção de um favor, e não como reivindicação de um direito, ou que tal pleito administrativo seja um pré-requisito de admissibilidade de procedimentos contenciosos³³⁴. Em razão disso, a Corte rejeitou a objeção da RDC acerca da proteção diplomática a Diallo enquanto indivíduo³³⁵.

3.3.2 *Proteção Diplomática de Diallo como sócio das empresas.*

Embora reconheça a possibilidade, em condições bastante limitadas, de exercício de proteção diplomática em favor de sócios, a RDC alega que os fatos relacionados à prisão, detenção e expulsão de Diallo não configura interferência na sua relação como sócio das empresas³³⁶. Além disso, utiliza o precedente do caso Barcelona Traction, a fim de identificar que apenas violações diretas aos direitos do sócios ou acionistas poderiam ensejar proteção diplomática, o que não ocorreu no caso Diallo.

A República da Guiné, por sua vez, invoca o artigo 12 do Projeto de Artigos da CDI sobre Proteção Diplomática que afirma que: “[t]o the extent that an internationally wrongful act of a State causes direct injury to the rights of shareholders as such, as distinct from those of the corporation itself, the State of nationality of any such shareholders is entitled to exercise diplomatic protection in respect of its nationals”. Nesse sentido, a República da Guiné afirma que a detenção, prisão e expulsão de Diallo teve o objetivo não apenas de impossibilitá-lo de administrar, gerenciar e controlar qualquer operação de suas empresas, mas também de impossibilitá-lo de exercer seus direitos, como o de buscar, em nome das empresas, recuperar os créditos devidos por outras empresas e pelo próprio Estado congolês³³⁷.

A base da proteção diplomática em favor de sócios ou acionistas é definida pela Corte como aquela já definida para pessoas naturais ou jurídicas, consoante o artigo 1º do Projeto de

³³³ Ibid, par. 46

³³⁴ Ibid, par. 47

³³⁵ Ibid, par. 48

³³⁶ Ibid, par. 50

³³⁷ Ibid, par. 54/57

Artigos da CDI, de 2006. Assim, a caracterização de um ato internacionalmente ilícito é a violação, pelo Estado reclamado, dos direitos dos sócios ou acionistas em relação à pessoa jurídica, direitos esses que são definidos pela ordenamento jurídico interno do Estado. A Corte entende que, o caso de proteção diplomática em favor de direitos diretos tanto de sócios de uma “société privée à responsabilité limitée” (caso Diallo) quanto de acionistas de uma empresa pública limitada (caso Barcelona Traction) não configura exceção à regra geral da proteção diplomática para pessoas naturais ou jurídicas, derivadas do Direito Internacional costumeiro³³⁸. No entanto, objeções acerca da qualidade e funções de sócio e gerente segundo o ordenamento interno da RDC são questões de mérito³³⁹. Em razão disso, dado os pré-requisitos da proteção diplomática observados (nacionalidade e esgotamento de recursos internos), é legítimo o endosso da República da Guiné em favor de Ahmadou Diallo enquanto sócio das empresas Africom-Zaire e Africontainers-Zaire³⁴⁰.

3.3.3 *Proteção Diplomática por substituição.*

A hipótese de proteção diplomática por substituição caracteriza-se pelo endosso em favor do acionista ou do sócio de nacionalidade estrangeira, por violação cometida contra a pessoa jurídica inscrita no próprio Estado causador da violação. No presente caso, tendo em vista a inscrição e registro das duas empresas em solo congolês, a regra geral de nacionalidade como pré-requisito de proteção diplomática impede que essas empresas possam pleitear responsabilização internacional da RDC por atos ilícitos. Dessa forma, a República da Guiné busca exercer a proteção diplomática dessas empresas em nome de seu sócio, Diallo, por substituição.

Segundo a República da Guiné, o pleito é legítimo tendo em vista considerações de equidade, a fim de justificar o exercício de proteção diplomática em favor de Diallo e por substituição a Africom-Zaire e Africontainers-Zaire, independentemente da violação dos direitos próprios de Ahmadou Diallo³⁴¹. A Guiné fundamenta seu pedido em um *obiter dictum* do caso

³³⁸ Ibid, par. 64

³³⁹ Ibid, par. 66/67

³⁴⁰ Ibid, par. 65 e 74

³⁴¹ Ibid, par. 77

Barcelona Traction³⁴² que abordava a possibilidade de proteção diplomática por substituição. Embora reconheça que a Corte, naquele julgamento, não tratou propriamente dessa possibilidade, a Guiné entende que a proteção diplomática por substituição é regra de Direito Internacional costumeiro, confirmada por inúmeras decisões arbitrais, e pela jurisprudência da ICSID e do Iran-United States Claims Tribunal³⁴³.

Adicionalmente, a Guiné baseia-se no artigo 11, “b”, do Projeto de Artigos da CDI sobre Proteção Diplomática, que afirma:

Article 11 – Protection of shareholders

A State of nationality of shareholders in a corporation shall not be entitled to exercise diplomatic protection in respect of such shareholders in the case of an injury to the corporation unless:

(...)

b) the corporation had, at the date of injury, the nationality of the State alleged to be responsible for causing the injury, and incorporation in that State was required by it as a precondition for doing business there³⁴⁴.

A Guiné afirma que as empresas Africom-Zaire e Africontainers-Zaire são SPRL, que possuem uma característica *intuitu personae* e que é, por estatuto, gerenciada e controlada pela mesma pessoa. Ainda, que Diallo era vinculado, pela legislação congoleza, registrar a incorporação das empresas no território da RDC (então Zaire)³⁴⁵. Dessa forma, seria legítima a proteção diplomática por substituição.

Em suas considerações, a Corte citou o caso Barcelona Traction que afirmava que uma ação direta de um Estado contra os direitos de uma empresa não necessariamente envolve responsabilidade em favor dos acionistas, mesmo que seus interesses tenham sido afetados³⁴⁶. O caso Diallo seria a primeira manifestação direta da Corte sobre a hipótese de a proteção diplomática por substituição ser regra de direito costumeiro e se haveria uma exceção no instituto geral da proteção diplomática acerca do pré-requisito da nacionalidade das empresas. É certo, e a

³⁴² “On the other hand, the Court considers that, in the field of diplomatic protection as in all other fields of international law, it is necessary that the law be applied reasonably. It has been suggested that if in a given case it is not possible to apply the general rule that the right of diplomatic protection of a company belongs to its national State, considerations of equity might call for the possibility of protection of the shareholders in question by their own national State.” (I.C.J. Reports 1970, p. 48, para. 93.)

³⁴³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2007, op. cit. par. 83

³⁴⁴ Projeto de artigos da CDI sobre proteção diplomática

³⁴⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2007, op. cit. par. 84

³⁴⁶ Ibid, par. 86

Corte recordou, que o caso ELSI tratou de proteção diplomática por substituição, mas sua configuração estava prevista em bases convencionais que previam tal hipótese³⁴⁷.

Nesse sentido, a Corte entendeu que, no Direito Internacional contemporâneo, a proteção de direitos das empresas e os direitos de seus acionistas, bem como o estabelecimento de solução de controvérsias entre eles, são basicamente geridos por acordos bilaterais e multilaterais de proteção de investimentos estrangeiros, como a Convenção de Washington de 1965, que criou o ICSID, e por meio de contratos entre Estados e investidores estrangeiros³⁴⁸. Assim, tendo analisado os precedentes de decisões arbitrais trazidas pela Guiné, que corroboram o caráter convencional e contratual como um regime especial de proteção a investimentos, e não como mudança no Direito costumeiro sobre proteção diplomática, a Corte entendeu que, no atual estágio do direito internacional costumeiro, não há exceções que permitam o exercício da proteção diplomática por substituição, tal como fundamentado pela Guiné³⁴⁹.

Em relação ao artigo 11, “b”, do Projeto de Artigos da CDI de 2006, a Corte entende que é uma questão separada se há no Direito Internacional costumeiro uma regra mais limitada sobre proteção por substituição. De todo modo, a Corte entende que a exceção prevista no Projeto de Artigos não corresponde com o caso trazido pela Guiné, razão pela qual a objeção da RDC é acolhida. Sobre a caracterização do artigo 11, “b” como regra costumeira, a Corte não se pronunciou.

Em relação a esse artigo, houve manifestação escrita dos dois juízes ad-hoc presentes no caso. Enquanto o juiz Mahiou questiona a rejeição do referido artigo, afirma ainda que a proteção diplomática por substituição poderia também ser enquadrada na hipótese do inciso “a” do artigo 11³⁵⁰, uma vez que houve o fechamento da uma das empresas pelo Estado congolês³⁵¹, o juiz Mampuya defende que o artigo 11, “b”, não foi adotado ainda como norma jurídica³⁵².

Ao final, a Corte acolheu o prosseguimento do caso para a análise de mérito em relação à violação dos direitos de Diallo enquanto indivíduo (entre as quais está a violação de seu direito à

³⁴⁷ Ibid, par. 87

³⁴⁸ Ibid, par. 88

³⁴⁹ Ibid, par. 89

³⁵⁰ A alínea “a” diz o seguinte: “The corporation has ceased to exist according to the law of the State of incorporation for a reason unrelated to the injury”; (projeto de artigos da CDI)

³⁵¹ MAHIOU, Ahmed, Declaração do juiz ad-hoc, caso Diallo, Exceções Preliminares, de 24 de maio de 2007.

³⁵² MAMPUYA, Auguste. Voto Separado, do juiz ad-hoc, caso Diallo, Exceções Preliminares, de 24 de maio de 2007.

assistência consular), e de seus direitos enquanto acionista das empresas Africom-Zaire e Africontainers-Zaire. É importante destacar menção direta aos trabalho da CDI sobre proteção diplomática e a manifestação inédita sobre a aplicação da proteção diplomática por substituição, além da interpretação abrangente acerca da ampliação do escopo de proteção que a proteção diplomática tem assumido progressivamente no Direito Internacional.

3.4. Caso Diallo – Sentença de Mérito (30 de novembro de 2010)

Se nos julgamentos LaGrand e Avena o mérito casos estava centralizado na violação ao artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, no caso Diallo, violação ao direito à assistência consular é uma das violações alegadas pela República da Guiné na primeira das duas categorias de direitos protegidos³⁵³ (direitos de Diallo enquanto indivíduo).

O caso Diallo foi reconhecido como o primeiro caso perante a CIJ que julgou violações de Direitos Humanos baseados em instrumentos globais e regionais de proteção, a saber, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CADHP). Igualmente, foi o primeiro caso da Corte em que houve citação de casos de outros órgãos de proteção, como o Comitê de Direitos Humanos do PIDCP e da Comissão Africana de Direitos Humanos, além da menção à jurisprudência da Corte Europeia (CtEDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH), ao determinar a responsabilização da República Democrática do Congo por violação a artigos do PIDCP e da CADHP³⁵⁴.

Embora a análise de todas as violações fosse relevante para o conhecimento integral da sentença de mérito, decidiu-se, por razões de objetividade e de atinência ao conteúdo da presente pesquisa, analisar a fundamentação da Corte acerca da violação ao direito à assistência consular unicamente. É certo que eventuais considerações a respeito do posicionamento da Corte nas

³⁵³ Em relação à segunda categoria de direitos protegidos, a dos direitos de Diallo enquanto acionista das empresas, optou-se, por razões de objetividade e atinência ao conteúdo proposto na pesquisa, não discorrer sobre o mérito das violações, uma vez que se tratava de violações a direitos que não se relacionavam diretamente com direito à assistência consular. Diferentemente da análise na sentença de exceções preliminares, em que havia a discussão específica a respeito do endosso à proteção diplomática como acionista, no mérito, a discussão está relacionada aos direitos de propriedade de Diallo, o que foge ao escopo do presente trabalho. De todo modo, a fim de evitar omissão de informações sobre todo o caso, a Corte decidiu por 9 votos a 5 rejeitar a alegação da Guiné de que Diallo teve seus direitos como acionista violados. Assim, embora a proteção diplomática tenha sido legítima, no mérito, a Corte entendeu que não houve violação por parte da RDC no caso, *cf.* CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Caso Diallo, Sentença de Mérito, de 30 de novembro de 2010, par. 165 (6).

³⁵⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Voto Separado, caso Diallo, sentença de mérito, de 30 de novembro de 2010, par. 5.

outras violações possam surgir paralelamente à discussão, mas o foco da análise permanecerá nos objetos de estudo, a proteção diplomática e a assistência consular. A postura da Corte em analisar violações de Direitos Humanos levando em conta a contribuição de outros órgãos e cortes será devidamente abordada no próximo capítulo.

Dessa forma, a sentença de mérito do caso Diallo, em relação ao tema em estudo, possui dois tópicos a serem discutidos: a própria alegação de violação ao direito à assistência consular e o capítulo sobre reparações na sentença.

3.4.1. *Violação ao artigo 36, 1, “b”, da CVRC.*

Diferentemente dos casos LaGrand e Avena, em que os indivíduos presos foram formalmente acusados e sentenciados por cometimento de crimes, no caso Diallo se trata de uma prisão administrativa³⁵⁵ decorrente de procedimento de expulsão entre 1995 e 1996³⁵⁶, o qual foi considerado ilícito pela CIJ³⁵⁷. Nesse contexto, a Corte inicia sua fundamentação afirmando que as disposições do artigo 36, 1, “b”, da CVRC são aplicáveis a qualquer tipo de privação de liberdade, mesmo fora do contexto de persecução criminal; portanto, as disposições da CVRC são aplicáveis no presente caso, o que não contestado pela RDC³⁵⁸.

A RDC, na fase escrita do procedimento, alegou que a Guiné falhou em provar que Ahmadou Diallo requereu junto às autoridades congoleesas que a repartição consular da Guiné fosse notificada sem tardar de sua situação. Ademais, que o embaixador da Guiné em Kinshasa (capital da RDC) estava a par da detenção e prisão de Diallo, como foi evidenciado pelos passos que ele tomou em nome de seu nacional³⁵⁹. Por fim, na segunda rodada de audiência orais, a

³⁵⁵ A prisão de Diallo entre 1995 e 1996 foi considerada pela CIJ violadora dos artigos 9, parágrafos 1 e 2 do PIDCP e do artigo 6 da CADHP, uma vez que foi ilegal, segundo a legislação local e porque Diallo não foi informado, no momento de sua detenção, dos motivos pelos quais estava sendo privado de sua liberdade. Em razão disso, por unanimidade, a Corte declarou que a responsabilização internacional da RDC pelo ato. No entanto, a Corte rejeitou, por 12 a 2, a alegação da Guiné de maus tratos a Diallo durante seu período encarcerado, por ausência de provas.

³⁵⁶ Houve também o pedido da Guiné de responsabilização internacional da RDC pela prisão de Ahmadou Diallo por um ano, entre 1988 e 1989. Contudo, por 8 votos a 6, a Corte entendeu que o pedido da Guiné relacionado a esse período de prisão era inadmissível, tendo em vista a ausência de formulação do pedido em momento oportuno durante o procedimento perante a CIJ, *cf.* CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, *op. cit.*, par. 24-47.

³⁵⁷ A violação decorrente da expulsão foi definida pelas violações aos artigos 13 do PIDCP e 12, 4, da CADHP. Foi nesse tópico em que a CIJ estudou as os precedentes dos órgãos de tratado e das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, a fim de definir sua interpretação a respeito das normas. Por unanimidade, a Corte declarou que a RDC violou os direitos de Diallo, ao expulsá-lo do país.

³⁵⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, *op. cit.*, par. 91.

³⁵⁹ *Ibid.*, par. 93.

RDC alegou que Diallo foi informado oralmente de seu direito à assistência consular imediatamente após sua detenção³⁶⁰.

Em relação à primeira alegação, a Corte entendeu que cabe às autoridades do Estado que efetua a detenção e prisão informar sobre os direitos previstos no artigo 36, 1, “b”, da CVRC. Esse dever de informação é de iniciativa das próprias autoridades, portanto o fato de a pessoa detida não requisitar não apenas incorre na violação do compromisso com o dever de informar, como também pode ser explicado, em alguns casos, justamente pelo fato de a pessoa detida não ter sido informada sobre seus direitos a esse respeito, conforme já declarado pela Corte no caso *Avena*³⁶¹.

Já a respeito da segunda alegação, a Corte entendeu que o fato de as autoridades consulares guineenses saberem da situação de seu nacional por outros canais não retira a violação do Estado receptor de seu compromisso de notificar, sem tardar, a repartição consular sobre a prisão ou detenção de seu nacional³⁶².

Por fim, no que concerne à alegação da RDC de ter informado oralmente a Ahmadou Diallo sobre seu direito à assistência consular imediatamente após a prisão, a Corte entendeu que a RDC trouxe essa alegação em momento processual inoportuno e que carece de um mínimo de prova para confirmar essa tese. Em razão disso, a Corte, por treze votos a um, declarou que a República Democrática do Congo violou o artigo 36, 1, “b”, da CRVC³⁶³.

Acerca dessa violação específica, apenas dois juízes se manifestaram em votos separados. O juiz ad-hoc Mampuya, o único que votou contra essa parte dispositiva, analisou a interpretação da Corte tanto no caso *LaGrand* quanto no *Avena*, além de buscar, nos trabalhos preparatórios da CVRC, refutar a “clareza” no pacificado entendimento da CIJ de que o artigo 36, 1, cria direitos individuais, embora reconheça que a natureza jurídica do referido artigo não tenha sido objeto de contestação por parte da RDC no presente caso³⁶⁴.

Mampuya entende que a obrigação disposta na CVRC é a de informar sobre o direito de solicitar assistência consular, se o detido estrangeiro assim solicitar, assim como o direito de se comunicar com a repartição consular do Estado de nacionalidade do detido. Afirma ainda que o

³⁶⁰ Ibid, par. 94

³⁶¹ Ibid, par. 95

³⁶² Ibid, par. 95

³⁶³ Ibid, par. 165 (4)

³⁶⁴ MAMPUYA, Auguste. Voto Separado, caso Diallo, sentença de mérito, de 30 de novembro de 2010, par. 17/22.

propósito do direito à informação é o de facilitar o exercício das funções consulares relacionadas ao nacional do Estado que envia, o que confirma que esse direito individual é estreitamente ligado aos direitos do próprio Estado e que o tratamento de indivíduos é inseparavelmente ligado a e derivado dos direitos do Estado que envia³⁶⁵.

O juiz Mampuya busca encontrar eventual contradição da Corte em *dictum* do caso Avena (já discutido neste trabalho), o qual afirma que o artigo 36, 1, “b”, da CVRC possui três elementos distintos, mas inter-relacionados, que devem ser analisados segundo os fatos e circunstâncias do caso concreto. Para o magistrado, segundo os fatos do caso, a detenção e prisão de Diallo não impediu o Estado da Guiné de exercer seu direito de contato com seu nacional, tampouco de oferecer assistência durante o período detido, razão pela qual entendeu não ter havido violação à CVRC por parte da RDC, uma vez que não houve prejuízo no exercício do direito do Estado³⁶⁶.

O juiz Cançado Trindade³⁶⁷, por sua vez, além de ter votado a favor da responsabilização da RDC por violação ao artigo 36, 1, “b”, da CVRC, proferiu detida análise a respeito da interpretação do referido artigo na salvaguarda dos direitos humanos, o que contribui, segundo ele, para “a humanização do direito consular”³⁶⁸.

Em relação ao direito à assistência consular, Cançado Trindade ressalta que, mesmo antes da disposições sobre o tema nos casos LaGrand e Avena, a primeira articulação do direito individual à informação sobre assistência consular foi desenvolvida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva n. 16, de 1999 (OC16/99). Esse julgamento foi invocado por ambas as partes tanto no caso LaGrand quanto no caso Avena³⁶⁹.

Mencionando o *dictum* da OC16/99 que afirma que o titular dos direitos previstos no artigo 36, 1, “b”, da CVRC é o indivíduo³⁷⁰, Cançado Trindade desenvolve sua argumentação por meio da ênfase na contribuição da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito do tema,

³⁶⁵ Ibid, par. 22/23

³⁶⁶ Ibid, par. 24

³⁶⁷ Tendo em vista a amplitude da análise dos institutos da proteção diplomática e da assistência consular, além da própria função da CIJ no julgamento de casos de violações de Direitos Humanos, o referido voto será também abordado no próximo capítulo, que analisará o papel da CIJ no desenvolvimento desses institutos jurídicos.

³⁶⁸ CANÇADO TRINDADE, 2010, op. cit, par. 9.

³⁶⁹ Ibid, par. 81

³⁷⁰ Ibid, par. 158

ao destacar que o referido artigo conforme o direito ao devido processo legal³⁷¹. Além disso, destaca que a CtIDH foi o primeiro tribunal internacional a alertar que a não observância com o cumprimento do artigo 31, 1, “b” da CVRC ocorre em detrimento não apenas do Estado que envia, mas também dos seres humanos em questão, o que a CIJ posteriormente “admitiu” no caso LaGrand³⁷².

O juiz Cançado Trindade pontou que, embora a OC16/99 tenha sido citada por ambas as partes litigantes dos casos LaGrand e Avena, tanto na fase escrita quanto na fase oral do procedimento, a Corte não se manifestou a respeito desse precedente nas duas sentenças³⁷³. O magistrado criticou também a solução Corte no caso LaGrand que, para ele, ficou “no meio do caminho”, uma vez que reconheceu os direitos individuais do artigo 36, 1, da CVRC, mas que não os inseriu no universo conceitual dos direitos humanos.

Em relação ao já discutido *dictum* da Corte no caso Avena, em que a Corte afirmou que não havia qualquer indicação nos trabalhos preparatórios que apoiasse o pleito do México de qualificação do direito à assistência consular como direito humano, Cançado Trindade afirmou que a CIJ “took a step backwards when it added suddenly, in a rather dogmatic and authoritarian tone (...) and the Court promptly concluded, *ex cathedra*, that Mexico’s submission could not therefore be upheld”³⁷⁴. Seguindo a crítica ao *dictum* da Corte, Cançado Trindade afirmou:

Yet, if the Court was not prepared to examine Mexico’s contention, and felt — for whatever reasons that escape my comprehension — that it did not need to decide on it, it should not have made such a statement without indicating on which assumptions it was based. The authority of argument is always far more persuasive than the argument of authority. The fact is that the Court’s statement is, *data venia*, without foundation. It does not resist closer examination, either in respect of the text of Article 36 (1) (b) of the 1963 Vienna Convention, or in respect of its object and purpose, or in respect of its travaux préparatoires.

Assim, Cançado Trindade procura contrapor, por meio da análise dos trabalhos preparatórios da CVRC, a manifestação da Corte declarada no caso Avena³⁷⁵ e afirma que a Corte, como principal órgão judicial das Nações Unidas, precisa se pronunciar novamente a

³⁷¹ Ibid, par. 161

³⁷² Ibid, par. 162, nota 113

³⁷³ Ibid, par. 168

³⁷⁴ Ibid, par. 171.

³⁷⁵ Ibid, par. 177/181

respeito³⁷⁶. Ao final de sua manifestação a respeito desse tópico, Cançado Trindade declarou o seguinte:

It is not for this Court to keep on cultivating, in obiter dicta, hesitations or ambiguities, such as those of paragraph 124 of its Avena Judgment of 2004. Furthermore, in this transparent age of internet, to attempt capriciously to overlook or to ignore the contribution of other contemporary international tribunals to the progressive development of international law — in the sense of the irreversible advance of its humanization — seems to attempt to avoid the penetrating sunlight with a fragile blindfold³⁷⁷.

Sua postura crítica em relação àquilo que denominou “hesitação ou ambiguidade” da CIJ será igualmente observada na decisão da Corte a respeito das reparações devidas, se o beneficiário é a República da Guiné ou o próprio Ahmadou Diallo.

Em relação às reparações, após concluir que a RDC violou os artigos 9 e 13 do PIDCP; 6 e 12 da CADHP e o artigo 36, 1, “b”, da CVRC, a Corte entendeu que, dados o caráter dos direitos humanos violados e o pedido da Guiné, a forma de reparação cabível seria a compensação, contudo essa forma de reparação seria devida apenas para as violações referentes à detenção e expulsão de Diallo. A sentença foi clara ao excluir do dever de compensar a condenação pela violação à CVRC. Como as partes optaram por negociar diretamente o montante devido, a Corte fixou um prazo de seis meses para o entendimento entre as partes, o que seria acompanhado pela CIJ³⁷⁸.

Embora essa solução tenha sido adotada por unanimidade dos juízes da Corte, o juiz ad-hoc Mampuya, em seu voto separado, ressaltou o caráter não material da responsabilização da violação ao direito à assistência consular. Para o magistrado, trata-se de “purely moral injury”, para a qual a forma de reparação não deveria ser pecuniária, e sim declaratória ou uma “reparação moral”³⁷⁹.

A crítica do juiz Cançado Trindade foi em relação à decisão da Corte em conceder o prazo de seis meses para a negociação direta entre as partes, o que pareceu um “procedimento

³⁷⁶ Ibid, par. 186

³⁷⁷ Ibid, par. 188

³⁷⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, op. cit, par. 160/164

³⁷⁹ MAMPUYA, 2010, op. cit, par. 7

arbitral, em vez de verdadeiro procedimento judicial”³⁸⁰. Em sua fundamentação, não parecia razoável que a negociação fosse requisitada entre os Estados partes, enquanto que o verdadeiro beneficiário das reparações fosse Ahmadou Diallo³⁸¹. Assim, embora a Estado reclamante fosse o autor da demanda, a vítima no caso era um indivíduo, o titular do direito à reparação³⁸².

A sequência dos fatos indicou que, após o prazo de seis meses concedido pela Corte, as partes não chegaram a um acordo, o que levou a CIJ a se manifestar, em novo julgamento, a respeito das reparações devidas.

3.5. Caso Diallo – Sentença de Reparções (12 de junho de 2012)

Tendo em conta que apenas as violações aos direitos individuais de Diallo foram reconhecidas pela Corte em sentença de mérito, a discussão nessa fase relacionaram-se às categorias de danos (materiais e morais), o valor das indenizações e o destino das reparações. Nessa fase, a Corte novamente baseou-se na experiência de outros órgãos e cortes regionais de direitos humanos no tratamento de questões relacionadas a detenção e expulsão ilegais de indivíduos estrangeiros³⁸³.

Em relação aos danos não materiais, a Corte reconheceu que os fatos que se seguiram à detenção por 72 dias e a expulsão de Diallo da RDC, onde residia há trinta e dois anos, gerou sofrimento psicológico significativo e perda de reputação. Para tanto, a fim de definir o valor, a CIJ baseou-se, entre outros, “no razoável exercício de sua autoridade judicial e com base na equidade”³⁸⁴, e considerou o montante de US\$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil dólares) como compensação apropriada para esse tipo de dano³⁸⁵.

No que concerne aos danos materiais, a Corte entendeu que a República da Guiné não provou a perda de propriedade pessoal (incluindo ativos bancários) de Diallo; entretanto, baseando-se novamente da jurisprudência das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos

³⁸⁰ CANÇADO TRINDADE, 2010, op. cit, par. 200

³⁸¹ Ibid, par. 203

³⁸² Ibid, par. 204

³⁸³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Diallo, Reparções, de 19 de junho de 2012, par. 13

³⁸⁴ (*Cantoral Benavides v. Peru*, judgment of 3 December 2001 (reparations and costs), IACHR, Series C, No. 88, para. 53) #24 do julgamento

³⁸⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, op. cit, par. 25

Humanos³⁸⁶, a CIJ considerou apropriada a fixação de um montante mínimo, como fundamento em considerações equitativas de gastos presumíveis, como transporte de pertences e gastos de deslocamento dos familiares. Assim, condenou a RDC ao pagamento de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares)³⁸⁷.

A jurisprudência da CEDH e da CtIDH e as decisões de outros órgãos de proteção serviram de base até mesmo para o não reconhecimento do direito de Diallo a compensação de valores eventualmente deixados de receber enquanto esteve encarcerado e os lucros cessantes advindos das violações, dados os padrões internacionalmente aceitos para a caracterização dessa forma de compensação³⁸⁸.

Nesse ponto específico, o juiz Yusuf afirmou que a Corte, embora tenha citado precedentes das cortes regionais de direitos humanos, não levou em conta corretamente sua jurisprudência a respeito do tema, o que implicaria a existência do direito à indenização em favor de Diallo³⁸⁹, enquanto que o juiz ad-hoc Mahiou defendeu o direito de Diallo de receber a indenização³⁹⁰.

Ao final, após estabelecer o valor total de US\$95.000,00 (noventa e cinco mil dólares) de indenização, a Corte declarou o seguinte:

The Court recalls that the sum awarded to Guinea in the exercise of diplomatic protection of Mr. Diallo is intended to provide reparation for the latter's injury³⁹¹.

Dessa forma, a CIJ afirmou expressamente que o destinatário final do valor da indenização é vítima das violações de direitos humanos, Ahmadou Diallo, e não a República da Guiné, Estado que endossou a proteção diplomática em favor desse nacional.

No que concerne às reparações e o exercício da proteção diplomática, houve algumas manifestações de juízes da Corte. O juiz Greenwood declarou que, embora o caso tenha sido trazido sob o instituto da proteção diplomática, o cerne da questão trata dos direitos humanos de Diallo. Os valores calculados e devidos pela RDC à Guiné são decorrência da perda sofrida por

³⁸⁶ *Lupsa v. Romania*, application No. 10337/04, judgment of 8 June 2006, *ECHR Reports* 2006-VII, paras. 70-72 ; *Chaparro Alvarez and Lapo Iniguez v. Ecuador*, judgment of 21 November 2007 (preliminary objections, merits, reparations and costs), IACHR, Series C, No. 170, paras. 240 and 242

³⁸⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA , 2012, op. cit, par. 36

³⁸⁸ Ibid, par. 40/49

³⁸⁹ YUSUF, Abdulqawi. Declaração do juiz, caso Diallo, Reparções, sentença de 19 de junho de 2012, par. 12/15.

³⁹⁰ MAHIOU, Ahmed. Voto Separado, caso Diallo, Reparções, sentença de 19 de junho de 2012, par. 17-18.

³⁹¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA , 2012, op. cit, par. 57.

Diallo e são a ele direcionados, e não ao seu Estado de nacionalidade³⁹². Embora tenha votado a favor do pagamento de indenização por danos morais, Greenwood entende que o montante foi superior ao normalmente aplicado pelas cortes regionais de direitos humanos³⁹³.

A crítica mais veemente foi do juiz ad-hoc Mampuya, que afirmou que, embora o caso tenha alguns aspectos de direitos humanos, trata-se de um caso de proteção diplomática de base interestatal e que a CIJ não virou uma corte de direitos humanos³⁹⁴.

O juiz ad-hoc Mahiou, a seu turno, destacou a influência da jurisprudência das cortes regionais de direitos humanos para a caracterização do dever de reparar o indivíduo³⁹⁵, além de fundamentar suas razões pelas quais a decisão da Corte foi acertada nesse aspecto.

O juiz Cançado Trindade, em seu voto separado, destacou que a titularidade das reparações é do indivíduo³⁹⁶ e pontuou que ambos os Estados em litígio concordaram que a reparações eram devidas à vítima; para tanto, trouxeram em suas manifestações escritas precedentes da CEDH e da CtIDH³⁹⁷. Além disso, o magistrado analisou o papel da CIJ que, embora seja uma corte com participação apenas de Estados, seus julgados ampliam o escopo unicamente interestatal, tendo alguns julgados relacionados diretamente a proteção de indivíduos³⁹⁸.

Cançado Trindade considera que o caso Diallo, originalmente trazido à CIJ pelo seu Estado de nacionalidade (no exercício da proteção diplomática), foi emblemático, por ter a Corte considerado que o direito aplicável era o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Além disso, o caso é “testemunha” da reafirmação de um processo histórico em curso atualmente de humanização do Direito Internacional, para o qual o magistrado já vem sustentando desde a década de 1990³⁹⁹.

³⁹² GREENWOOD, Christopher. Declaração do juiz, caso Diallo, Reparções, sentença de 19 de junho de 2012, par. 1.

³⁹³ Ibid, par. 11.

³⁹⁴ MAMPUYA, Auguste. Voto Separado, caso Diallo, Reparções, sentença de 19 de junho de 2012, par. 32.

³⁹⁵ MAHIOU, 2012, op. cit, par. 9-16. Em suas razões, Mahiou também declarou que a Guiné deveria receber indenização enquanto Estado, por conta das custas do processo, contudo foi voto vencido na Corte, uma vez que foi definido que cada parte arcasse com suas próprias despesas processuais (cf. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, op. cit, par.61(6))

³⁹⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Voto Separado, caso Diallo, Reparções, sentença de 19 de junho de 2012, par. 1.

³⁹⁷ Ibid, par. 7

³⁹⁸ Ibid, par. 9

³⁹⁹ Ibid, par. 48

Analisados todos as sentenças e votos dos juízes nos casos Breard, LaGrand, Avena e Diallo, é possível discorrer, de maneira mais pormenorizada, sobre o papel da CIJ na consolidação do direito à assistência consular e na reformulação do papel da proteção diplomática no Direito Internacional contemporâneo, tema do capítulo seguinte.

CAPÍTULO IV – CONTRIBUIÇÃO DA CIJ PARA O DESENVOLVIMENTO ATUAL DOS INSTITUTOS DA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA E DA ASSISTÊNCIA CONSULAR.

A análise pormenorizada dos casos LaGrand, Avena e Diallo permite, no atual estágio do trabalho, sistematizar a contribuição da Corte para o desenvolvimento dos institutos da proteção diplomática e da assistência consular. Igualmente, permite relacionar a mudança paulatina de postura que se percebeu com a referência a outros órgãos e cortes regionais de direitos humanos, assim como a análise dos trabalhos da CDI sobre proteção diplomática.

Em relação a este último ponto, é constatada a diferença na abordagem da CIJ no tratamento de temáticas que já eram desenvolvidas por outros órgãos e cortes de direitos humanos entre os casos LaGrand e Avena, de um lado, e as sentenças do Caso Diallo, de outro. Bruno Simma, ex-juiz da CIJ, caracterizou em três as fases em que a CIJ lidou com questões referentes a direitos humanos. A primeira, são casos em que a menção a direitos humanos revela um certo grau de hesitação e limitação por parte da CIJ; na segunda fase, embora as discussões sobre direitos humanos ainda não dominassem o mérito dos casos, o assunto foi tratado de maneira mais abrangente; já a terceira fase está relacionada aos casos em que a Corte desenvolveu o direito de autodeterminação, mesmo havendo avanços e recuos no tema⁴⁰⁰.

Embora sejam recentes na jurisprudência da CIJ, Bruno Simma classificou os casos LaGrand e Avena como sendo componentes da primeira fase, a da hesitação e limitação da Corte na abordagem dos direitos humanos. Isso porque, mesmo tendo reconhecido os direitos constantes no artigo 36, 1, “b”, da CVRC como sendo direitos individuais, a Corte não levou em conta os pedidos específicos de Alemanha e México para se manifestar a respeito do caráter de direitos humanos do direito à assistência consular. Da mesma forma, a ausência de referência ao desenvolvimento jurisprudencial sobre o mesmo tema na CtIDH (OC16/99) levou ao autor a caracterizar os casos LaGrand e Avena como fase de hesitação e limitação da CIJ no julgamento de casos que envolviam direitos humanos. O caso Diallo, por sua vez, estaria em uma nova fase

⁴⁰⁰ SIMMA, Bruno. Mainstreaming Human Rights: The Contribution of the International Court of Justice. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol 3, No. 1 (2012), pp. 10-13

da CIJ, com mais casos em que o mérito das violações estaria relacionado diretamente com direitos humanos⁴⁰¹.

Nesse contexto, tendo em mente o desenvolvimento progressivo da jurisprudência da CIJ, pode-se sistematizar a sua contribuição para o atual estágio dos institutos da proteção diplomática e da assistência consular.

4.1 Proteção Diplomática: rumo ao caráter instrumental do instituto

Embora as críticas ao instituto da proteção diplomática sejam devidamente conhecidas no presente trabalho, percebe-se que muitos dos fundamentos e pressupostos de exercício do instituto têm sido modificados nos últimos anos, e a CIJ possui um papel de grande importância nesse aspecto.

Primeiramente, o próprio caráter substantivo da proteção diplomática tem sido modificado. Se, tradicionalmente, a proteção diplomática esteve relacionada com violações ao “international minimum standard of treatment of aliens” e com “denial of justice”, hodiernamente, conforme aponta Enrico Milano, percebe-se a inter-relação cada vez maior entre o “minimum standard” e os direitos humanos internacionalmente garantidos⁴⁰². Carmen Tibúrcio ressalta que as doutrinas de igualdade de tratamento e “minimum standard” foram resolvidas pela Carta da ONU, a qual afirma a não discriminação e a promoção e observância dos direitos humanos para todos⁴⁰³. Além disso, a exclusão da definição e da incorporação de “denial of justice” ao projeto de artigos da CDI sobre proteção diplomática revela a intenção de manter apenas questões procedimentais relativas à admissibilidade do instituto⁴⁰⁴.

Outro ponto a ser discutido é a superação do paradigma “Mavrommatis” de caracterização da violação sofrida pelo indivíduo como um direito próprio do Estado após o endosso. Até a sentença de exceções preliminares do caso Diallo, a natureza jurídica do exercício da proteção diplomática era baseada nesse precedente da CPJI largamente citado em votos, em decisões da

⁴⁰¹ i Ibid, p. 18.

⁴⁰² MILANO, Enrico. Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition? Netherlands Yearbook of International Law, volume 35, dezembro 2004, p. 103

⁴⁰³ TIBURCIO, CAMEN. The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law. Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p 67. A autora afirma ainda que a dificuldade em determinar esses standards se reduziram substancialmente, porque a cada ser humano é garantido uma série mínima de direitos. P. 51

⁴⁰⁴ MILANO, op. cit., p. 102

Corte e na doutrina jusinternacionalista, embora haja também críticas⁴⁰⁵. A ficção jurídica de que o Estado, ao endossar a proteção diplomática, age em seu próprio direito não mais encontrava ressonância no atual estágio do Direito Internacional, em que os indivíduos não são mais “objetos” ou “beneficiários” de direitos, mas sim “titulares” de direitos humanos internacionalmente garantidos⁴⁰⁶.

Assim, a sentença de 2007 do caso Diallo foi paradigmática. Em vez de trazer o precedente do caso *Mavrommatis* para o conceito de proteção diplomática, a Corte utilizou não apenas o artigo 1º do projeto de artigos da CDI sobre proteção diplomática,⁴⁰⁷ de 2006, como também afirmou que esse dispositivo reflete o atual costume internacional sobre o tema⁴⁰⁸.

A importância desse artigo no desenvolvimento do atual instituto da proteção diplomática pode ser constatada nos comentários ao Projeto:

Diplomatic protection has traditionally been seen as an exclusive State right in the sense that a State exercises diplomatic protection in its own right because an injury to a national is deemed to be an injury to the State itself. This approach has its roots, first in a statement by the Swiss jurist Emmerich de Vattel in 1758 that “whoever ill-treats a citizen indirectly injures the State, which must protect that citizen,” and, secondly in a dictum of the Permanent Court of International Justice in 1924 in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case that “by taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own right, the right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law”. Obviously it is a fiction – and an exaggeration – to say that an injury to a national is an injury to the State itself. Many of the rules of diplomatic protection contradict the correctness of this fiction, notably the rule of

⁴⁰⁵ Em voto separado, na sentença de mérito do caso Diallo, o juiz Cançado Trindade observou: “It is about time for this Court to overcome the acrobaties intellectuelles ensuing from an undue reliance on the old Vattelian fiction, revived by the PCIJ in the *Mavrommatis* fiction (not a principle, simply a largely surpassed fiction). It can no longer keep on reasoning within the hermetic parameters of the exclusively inter-State dimension. The recognition of the damage suffered by the individual (paragraph 98 of the Judgment) has rendered unsustainable the old theory of the State’s assertion of its “own rights” (droits propres), with its underlying voluntarist approach. The titulaire of the right to reparation is the individual, who suffered the damage, and State action in diplomatic protection is to secure the reparation due to the individual concerned”, cf. CANÇADO TRINDADE, 2010, op. cit, par. 205.

⁴⁰⁶ BEDI, Shiv RS, *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice*. Hart Publishing, 2007, pp. 259-260.

⁴⁰⁷ O artigo 1º assim dispõe: For the purposes of the present draft articles, diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility

⁴⁰⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2007, op. cit, par. 39. Nesse mesmo parágrafo, a Corte entendeu que o desenvolvimento do Direito Internacional nas últimas décadas levou à ampliação do escopo *ratione materiae* da proteção diplomática, abarcando não apenas violações a padrões mínimos de tratamento de estrangeiros, mas também direitos humanos internacionalmente garantidos.

continuous nationality which requires a State to prove that the injured national remained its national after the injury itself and up to the date of the presentation of the claim. A State does not “in reality” - to quote *Mavrommatis* - assert its own right only. “In reality” it also asserts the right of its injured national.

(...)

Draft article 1 is formulated in such a way as to leave open the question whether the State exercising diplomatic protection does so in its own right or that of its national - or both. It views diplomatic protection through the prism of State responsibility and emphasizes that it is a procedure for securing the responsibility of the State for injury to the national flowing from an internationally wrongful act.

Da leitura do comentário pode-se constatar que a CDI ressaltou o caráter instrumental da proteção diplomática, ao apresentar o instituto como um meio disponível para se reclamar a responsabilidade internacional de um Estado por violações a direitos de seus nacionais. Evidencia-se também que a CDI optou por não se manifestar a respeito de qual direito está sendo protegido, o do próprio Estado (na ficção vatteliana) ou o do indivíduo, uma vez que o foco do instituto é procedimental, em favor dos nacionais do Estado que endossa a proteção⁴⁰⁹.

Nesse sentido, ao afirmar, no caso Diallo (2007) que o artigo 1º do Projeto de Artigos da CDI sobre Proteção Diplomática faz parte do costume internacional, a Corte atualiza sua jurisprudência e consolida o caráter instrumental da proteção diplomática, modificando seu escopo para englobar violações de direitos humanos⁴¹⁰, como foi o mérito do caso Diallo.

Se, por um lado, a sentença de 2007 do caso Diallo trouxe avanços no entendimento da proteção diplomática, por outro, ainda foi considerada como mecanismo clássico da proteção diplomática, uma vez que a maior parte da discussão tratou o exercício de proteção diplomática da Guiné em razão da pessoa jurídica das empresas e de Diallo como acionista. Somente na sentença de mérito foi que a proteção diplomática ganhou a dimensão de proteção de direitos humanos⁴¹¹, e dessa forma, consolidou-se a forma instrumental do instituto, conforme apontou o juiz Cançado Trindade em voto separado:

⁴⁰⁹ Segundo Annemarieke Vermeer-Künzli, os direitos que constituem a matéria da demanda são direitos internacionais de indivíduos e o único direito que pertence ao Estado é o direito de exercício da proteção diplomática. VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. A matter of interest: diplomatic protection and state responsibility erga omnes. *International and Comparative Law Quarterly*, vol 56, julho 2007, p. 560.

⁴¹⁰ Em relação a isso, afirmou Bruno Simma: “I would submit that in thus squaring the procedures of diplomatic protection and human rights as direct rights of the individual under international law, the Court in Diallo has made an important contribution to the reconciling of these two areas of the law in a progressive sense, further away from the spirit of *Mavrommatis* and in line with the recent efforts of the ILC.” SIMMA, op. cit., p. 21.

⁴¹¹ O juiz Cançado Trindade, em voto separado, afirmou: The present A. S. Diallo case shows that diplomatic protection was initially resorted to herein, keeping in mind property rights or investments, but the dynamics of the

In respect of the merits (and reparation), this is indeed and clearly a case pertaining to human rights protection, rather than to diplomatic protection. This latter was the means (or the tool) whereby the complaint was lodged with the Court, once the cause of Mr. A. S. Diallo was espoused by his State of origin or nationality. But diplomatic protection, ineluctably discretionary in character, has already played its instrumental role, and the case now before the Court is substantively one pertaining to human rights protection.⁴¹²

Embora o juiz tenha críticas ao instituto como um todo, foi reconhecida a proteção diplomática como mecanismo válido e hábil para se pleitear a responsabilização internacional perante a CIJ, de caráter interestatal.

Enrico Milano, por outro lado, aponta certas vantagens que o atual instituto da proteção diplomática possui na salvaguarda de direitos humanos. Para o autor, a natureza costumeira e universal da proteção diplomática amplia a possibilidade de recursos a uma série de órgãos e cortes possíveis para se pleitear a responsabilidade internacional de um Estado⁴¹³. Em fundamentação semelhante também se manifestou o relator John Dugard no primeiro relatório sobre Proteção Diplomática, em 2001, acrescentando que a maior parte da população mundial encontra-se em regiões não abarcadas por sistemas regionais de proteção e monitoramento dos direitos humanos, o que tornaria a proteção diplomática um instrumento útil na defesa desses direitos⁴¹⁴.

É importante ressaltar que, embora a ficção jurídica de que um dano ao indivíduo é um dano ao Estado tenha sido ultrapassada, o caráter discricionário da proteção diplomática como um direito do Estado segue existindo, conforme se pode extrair do artigo 2º do Projeto de Artigos da CDI de 2006: “A State has the right to exercise diplomatic protection in accordance with the

case, at the stage of its merits, underwent a metamorphosis, and it reassuringly turned out to be a case, ultimately, of human rights protection, of the rights inherent to the human person, concerning its liberty and legal security. It is reassuring to see that even a tool conceived in the inter-State optics like diplomatic protection, may turn out to be utilized to safeguard human rights, *cf.* CANÇADO TRINDADE, 2010, *op. cit.*, par. 231. No mesmo sentido, Bruno Simma: while in Guinea’s original Application allegations of violations by the DRC of obligations arising under international economic law had enjoyed priority over the claims of violations of Diallo’s human rights, this, not surprisingly, underwent a marked change after the Court had in 2007 declined jurisdiction over the most important company and shareholders law claims. From now on, the human rights aspects rose like a phoenix from the ashes of the case, if I am allowed this rather unflattering metaphor, and enjoyed equal rank, if not priority, both in the Parties’ pleadings and in the final Judgment of the Court. SIMMA, *op. cit.*, p. 20.

⁴¹² CANÇADO TRINDADE, 2010, *op. cit.*, par 23.

⁴¹³ MILANO, *op. cit.* p. 89. O autor aponta outra razão: a de que, numa demanda interestatal, o Estado demandado levaria o caso mais a sério do que comparado a uma demanda indivíduo-Estado. Contudo, essa motivação carece de maior desenvolvimento empírico para a sua comprovação.

⁴¹⁴ DUGARD, 2000, *op. cit.*, p. 214.

present draft articles”. Em relação a isso, o Direito Internacional não sofreu mudança significativa; contudo, conforme atesta Vermeer-Künzli, nada impede que, no âmbito interno, o exercício da proteção diplomática não possa ser questionado nos tribunais domésticos, a fim de limitar a ampla discricionariedade do Estado⁴¹⁵. Nesse sentido, conforme aponta Forcese⁴¹⁶ e Dire Tladi⁴¹⁷, disposições legais e judiciais em países como a África do Sul e Canadá, embora não estabeleçam a obrigatoriedade do endosso pelo Estado, afirma que há limites para a negação da proteção diplomática.

Outro aspecto que revelou grande modificação no entendimento da proteção diplomática foi a decisão da Corte na sentença de Reparações do Caso Diallo. A doutrina clássica sobre proteção diplomática, conforme já analisada no primeiro capítulo, entende que não há qualquer dever legal em repassar o montante recebido a título de compensação pelo ilícito cometido por um Estado contra o indivíduo nacional do Estado demandante. Esse entendimento é decorrente da ficção vatteliana, que fundamentou o então paradigma Mavrommatis sobre proteção diplomática.

O Projeto de Artigos da CDI de 2006 é vago nesse ponto, ao indicar, na parte denominada “prática recomendada”, que “A State entitled to exercise diplomatic protection according to the present draft articles, should: (c) Transfer to the injured person any compensation obtained for the injury from the responsible State subject to any reasonable deductions.”⁴¹⁸. A ausência de uma disposição mais assertiva sobre reparações, segundo Milano, foi decisão política da CDI, que queria evitar qualquer codificação prematura, além da decisão de não querer lidar com as consequências jurídicas da proteção diplomática, para apenas focar na admissibilidade das demandas. Outro argumento utilizado foi o de que as consequências legais da responsabilidade do Estado já haviam sido tratadas no Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado, de 2001; contudo, aponta Milano, os comentários ao projeto tratam apenas dos métodos de avaliação da compensação, não lidando com a questão de se os direitos são do Estado ou do

⁴¹⁵ VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection. *Nordic Journal of International Law*, 75: 279-307, 2006, p. 280/281.

⁴¹⁶ FORCESE, Craig. The Obligation to Protect: The Legal Context for Diplomatic Protection of Canadians Abroad. *57 U. N. B. L. J.* 102, 2007

⁴¹⁷ TLADI, Dire. The right to diplomatic protection, the Von Abo decision, and one big can of worms: eroding the clarity of Kaunda, *20 Stellenbosch L. Rev.* 14 2009

⁴¹⁸ Projeto de artigos da CDI, art. 19

indivíduo. Dessa forma, o autor critica o fato de que, após dois projetos de artigos que lidam com a mesma matéria, não tenha havido nenhuma indicação mais concreta sobre o assunto⁴¹⁹.

Conforme analisado no capítulo anterior, o mérito do caso Diallo tratou prioritariamente das violações de direitos humanos cometidas pela RDC. Adicionalmente, a mudança de entendimento em favor do artigo 1º, do Projeto de Artigos da CDI diminuía o foco no Estado, para abarcar o indivíduo como possível titular do direito violado. Assim, se, no caso concreto, o titular das violações foi o indivíduo e o Estado da Guiné reconheceu o caráter instrumental da proteção diplomática para pleitear a violação de direitos humanos de seu nacional, então o titular das reparações deveria igualmente ser o indivíduo. Isso foi definido pela corte no parágrafo 57 da sentença de Reparções, quando afirmou que o montante atribuído à Guiné no exercício da proteção diplomática destinava-se à violação de Ahmadou Diallo.

O juiz Cançado Trindade, em seu voto na sentença de Reparções, proferiu longa análise a respeito da indissociabilidade entre titular da violação e da consequente reparação devida. Lembrou que ambas as partes concordaram que as reparações fossem devidas à vítima⁴²⁰ e que a violação de direitos humanos e o dever de reparação são “faces da mesma moeda”⁴²¹. Dessa forma, a postura da CIJ no tratamento do caso Diallo evidenciava o processo que ele tem chamado de “humanização do Direito Internacional”⁴²². Em recente estudo, Cançado Trindade afirmou que o dever de reparação é complemento imediato e indispensável de um ato ilícito internacional, a fim de fazer cessar todas as consequências que dele advêm, além de assegurar respeito pela ordem jurídica internacional⁴²³.

Dessa maneira, as três sentenças do caso Diallo apontam para um novo entendimento da proteção diplomática hodierna, que tende a ser mais voltada ao beneficiário último e titular dos direitos, que é o indivíduo. No entanto, é necessário salientar a postura da CIJ na admissibilidade de demandas que pleiteavam a responsabilização internacional por violação à CVRC no casos LaGrand e Avena. No caso LaGrand, a Corte entendeu que a CVRC conferia direitos individuais

⁴¹⁹ MILANO, op. cit., p. 108.

⁴²⁰ CANÇADO TRINDADE, 2012, op. cit, par. 6

⁴²¹ Ibid, par. 35.

⁴²² Ibid, par. 45.

⁴²³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. La presencia de la persona humana em el Contencioso interestatal ante la Corte Internacional de Justicia, in Os Tribunais Internacionais e Realização da Justiça. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 153.

e que, em razão da existência de cláusula compromissória em Protocolo Facultativo à Convenção, Estados poderiam, em nome próprio e de seus nacionais, pleitear responsabilização internacional por violação às disposições desse tratado. O caso Avena foi o que se poderia caracterizar como um “ponto fora da curva” no tratamento do instituto da proteção diplomática. Isso porque, conforme demonstrado no capítulo anterior, a Corte não seguiu a sua jurisprudência, tampouco buscou nos relatórios já existentes da CDI sobre proteção diplomática, qualquer embasamento para a sua solução de afastar a regra de esgotamento de recursos internos, ao afirmar que se tratava de demandas inter-relacionadas entre o México e seus nacionais Mexicanos.

Malgrado não se possa comprovar a hipótese levantada por Enrico Milano, o autor sugere que a Corte não tenha enfrentado efetivamente a regra do esgotamento tanto por conta da aplicação individual nos 52 casos levados pelo México quanto pela necessidade de comprovar a ineficiência do sistema de recursos estadunidense como uma das exceções à regra do esgotamento. Ainda assim, afirma Milano, a Corte poderia ter recorrido ao entendimento já esposado no caso LaGrand para ultrapassar essa questão sem necessitar desconsiderar seus precedentes⁴²⁴.

A própria caracterização de direitos inter-relacionados entre o Estado demandante e os nacionais representou outro “ponto fora da curva” no caso Avena. Conforme anteriormente analisado, a própria CDI já havia desenvolvido, baseando-se em precedentes internacionais, a solução dos chamados “mixed-claims”, por meio da regra da preponderância. Assim, seria claramente verificado que todo o caso Avena tratava de exercício de proteção diplomática em benefício dos nacionais mexicanos no corredor da morte, e não apenas uma demanda interestatal.

O último “ponto fora da curva” diz respeito à solução da CIJ a respeito de indivíduos com dupla nacionalidade. Conforme aponta Vermeer-Künzli, no caso Avena, diferentemente do caso LaGrand, havia objeções a respeito da nacionalidade dos indivíduos protegidos⁴²⁵; entretanto, a Corte buscou em soluções procedimentais baseadas em ônus da prova e não enfrentou a questões sobre o ponto de vista existente no Projeto de Artigos de 2006.

⁴²⁴ ⁴²⁴ MILANO, op. cit. , p. 128-129.

⁴²⁵ VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. WHERE THE LAW BECOMES IRRELEVANT: CONSULAR ASSISTANCE AND THE EUROPEAN UNION. *international and Comparative Law Quarterly*, vol 60, October 2011 pp. 987-989.

Essa sucinta análise a respeito do desenvolvimento do instituto da proteção diplomática está em consonância com a classificação proposta pro Bruno Simma e abordada no início do capítulo: a hesitação e limitação da CIJ em avançar no desenvolvimento do instituto nos casos LaGrand e Avena, com a ausência de qualquer referência aos trabalhos da CDI sobre a mesma temática, se contrapõe ao desenvolvimento abrangente da proteção diplomática partir no caso Diallo, por meio da incorporação de disposição do Projeto de Artigos da CDI que, por conseguinte, marcou a mudança de entendimento da CIJ em características fundamentais do instituto.

4.2. Assistência Consular: desenvolvimento conservador

O direito à informação sobre a assistência consular começou a ser objeto de discussão na CIJ contemporaneamente à análise da Corte Interamericana sobre o mesmo tema. Embora as rodadas escritas e os procedimentos orais dos contenciosos LaGrand e Avena tenham abordado a solução da Corte Interamericana sobre o tema (OC16/99), a CIJ, nas sentenças de mérito dos respectivos casos, não mencionou o trabalho da CtIDH, chegando, inclusive, a entendimentos diferentes ou mesmo antagônicos, conforme será analisado a seguir.

A caracterização, no caso LaGrand, de existência de direitos individuais no artigo 36, 1, “b”, da CVRC, foi muito importante para consolidação do entendimento de que um tratado que tradicionalmente possuía dimensão exclusivamente interestatal poderia também consagrar direitos para indivíduos. No entanto, no caso Avena, após ter confirmado o precedente do caso LaGrand, a CIJ afirmou em poucas palavras que não se poderia deduzir dos trabalhos preparatórios da Conferência preparatória para a CVRC que o referido artigo garantia direitos humanos aos indivíduos, conforme pleiteava o México no caso.

Além da manifestação já analisada no capítulo anterior do juiz Cançado Trindade, o tema também teve repercussão na doutrina. Segundo Vermeer-Künzli:

It is not difficult to see the relation between consular assistance and fair trial. Foreigners may be unfamiliar with the judicial system of the host state, they may not speak the language, and may not know how to request legal counsel. It is clear that the foreign national can substantially benefit from consular assistance in such instances. Yet, it is submitted that this does not necessitate the qualification of the right to information on consular assistance as a *human right*.

First, consular assistance is not a *conditio sine qua non* of fair trial. It is neither strictly necessary nor sufficient: without consular assistance, trials may be fair and they may be unfair even if there has been consular assistance. Second, even if the right to fair trial is part of human rights law, the law on consular relations as provided in the VCCR is not. One should not sever one provision of this Convention, take it out of the context of consular law and declare it a human right. Not every individual right is a human right. As its name suggests, the IACHR is a human rights court. It is therefore not surprising that it has decided on Mexico's request in its own vocabulary, that is, human rights language. It translated consular law into human rights law, because 'its [own] general objectives and "principles"...will seem more plausible than traditional interpretative techniques.' Had it not welcomed the VCCR as falling within the realm of human rights, it would have been unable to deliver an opinion on the issue. The nexus with the human rights protected under the Inter-American Convention on Human Rights was therefore crucial. The ICJ, however, was in a different position. It did not need to enter into a human rights debate in order for the VCCR to fall within its jurisdiction. Moreover, as opposed to the IACHR, the ICJ is not a regional court with geographically limited jurisdiction and felt more restrained with respect to the interpretation of a multi-lateral treaty that clearly went beyond the intention of the parties, especially where this interpretation is not necessary for the result desired by the ICJ.

It is thus not necessary, and in light of the context of the relevant treaty not desirable, to draw one provision of the VCCR into the ambit of human rights. Yet it is important to acknowledge that the VCCR clearly establishes an individual right and that the ICJ allowed Germany to claim this right before the Court in an exercise of diplomatic protection⁴²⁶

A autora busca uma solução conciliatória, ressaltando o fato de que a deliberação da CIJ em favor da existência de direitos individuais já demonstra o compromisso da Corte com a proteção de indivíduos em situações de privação de liberdade em território estrangeiro. Contudo, ao salientar a especificidade de “vocabulário” entre a CtIDH e a CIJ e ao pontuar o alcance global da decisão desta última corte, a autora acaba diminuindo a contribuição da Corte Interamericana para o desenvolvimento do tema, que, por sinal, foi a primeira a se manifestar sobre o assunto⁴²⁷.

Shiv RS Bedi, por outro lado, destacou que o entendimento da Corte sobre o tema assegurou e garantiu a proteção de indivíduos estrangeiros e salvaguardou seus direitos humanos⁴²⁸. Além disso, enfatizou desdobramentos internos nos Estados Unidos como forma de comprovar a eficácia da caracterização do artigo 36, 1, da CVRC como direito individual⁴²⁹.

⁴²⁶ VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. The Protection of Individuals by means of Diplomatic Protection. Tese de doutorado. Universiteit Leiden, 2007, pp. 137-138.

⁴²⁷ CANÇADO TRINDADE, 2006, op. cit., p. 499.

⁴²⁸ BEDI, Shiv RS, op. cit., p. 272.

⁴²⁹ Ibid, p.273-274.

Enrico Milano, por sua vez, entende que a resolução da CIJ no caso apresentou claro contraste com a OC16/99 da CtIDH⁴³⁰. Em suas palavras, “the only reasonable conclusion is that the Court in only one sentence wanted to openly contradict the findings of the Inter-American Court for Human Rights”⁴³¹. Igualmente, criticou o *dictum* do caso Avena a respeito da negação do direito à assistência consular como direito humano, afirmando o seguinte:

The sweeping and laconic statement of the Court was unnecessary (in its own admission) and possibly unjustified. (...) Instead, the Court seems to have shut the door for any human rights argument in the context of consular protection and possibly, once more, in the context of diplomatic protection.⁴³²

Milano entende também que a separação entre proteção diplomática, proteção consular e direitos humanos possui uma razão defensiva da Corte, na medida em que evitaria, em um cenário remoto, mas possível, uma demanda de um terceiro Estado alegando a natureza de direitos humanos da notificação consular sob a CVRC, com fundamento de violação de obrigação erga omnes⁴³³ do Estado receptor e o direito do terceiro Estado de buscar um julgamento

⁴³⁰ MILANO, op. cit, p 124.

⁴³¹ Ibid, p. 126

⁴³² Ibid, p. 130

⁴³³ A relação entre direitos humanos, obrigações erga omnes e proteção diplomática é fundada em *obiter dictum* da CIJ no caso Barcelona Traction, que afirma o seguinte: “In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character. #33-34. Inspirada nesse precedente, a CDI, em seu Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado por Atos Ilícitos, de 2001, dispôs, em seu artigo 48, 1, “b”, o seguinte: “Any State other than the injured state is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if...the obligation breached is owed to the international community as a whole”. Dessa forma, a caracterização de direitos humanos fundamentais, cuja obrigação é erga omnes, em tese, poderia ser atribuída a qualquer Estado o dever de buscar a responsabilização do Estado por atos ilícitos. Contudo, a próprio Projeto da CDI de 2001 tenta excluir demandas que tenham por requisito critérios de nacionalidade, como a proteção diplomática (artigo). Ainda assim, segue o debate acadêmico a respeito do tema, destacando-se VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. A matter of interest: diplomatic protection and state responsibility erga omnes. International and Comparative Law Quarterly, vol 56, julho 2007, pp.553-582; MILANO, op. cit, pp. 103-109; e CRAWFORD, James; PEEL, Jacqueline; OLLESON, Simon. The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading. European Journal of International Law, vol 12, No. 5, 2001, pp. 963-991.

declaratório para essa violação. Outro avanço foi ter reconhecido que as disposições do caso Avena se aplicavam também a outros indivíduos estrangeiros⁴³⁴.

Além disso, ressalta Milano que há provavelmente três razões de grande relevância por trás da escolha dos Estados de relacionar os institutos em análise com direitos humanos. O primeiro é que o “standard of treatment of aliens” é particularmente determinado pelo direito internacional dos direitos humanos hoje em dia, e, como dito acima, é um tanto superficial manter uma separação estrita entre os dois. Sustentar que um estrangeiro tem o direito a um julgamento justo significa dizer que seus direitos em um Estado estrangeiro são determinados internacionalmente pelo direito internacional dos direitos humanos⁴³⁵.

A segunda razão é definitivamente retórica: atualmente, Estados e a opinião pública mundial são tão sensíveis em relação a acusações de violações de direitos humanos que apresentar um direito individual sob determinada convenção como um direito humano assegura que a demanda jurídica relacionada a essa violação carregue consigo um apelo maior e implicações políticas maiores. Isso é ainda maior quando a demanda é apresentada contra a superpotência mundial, que é o berço ideológico dos direitos humanos, mas, por outro lado, executa penas de morte aos montes todos os anos⁴³⁶.

A terceira razão é evidente nos casos Breard, LaGrand e Avena e está relacionada com a efetividade dos “remédios” buscados pelos Estados demandantes. Nos três casos, os demandantes afirmaram que seus pedidos de medidas provisórias eram direcionados a evitar um dano ao seu direito e ao direito de seus nacionais: em particular, que a execução das penas de morte anteriores ao julgamento pela CIJ representaria uma violação ao direito à vida dos nacionais e criaria um grave prejuízo para a Corte, que não poderia ordenar ações efetivas a serem implementadas pelas autoridades estadunidenses⁴³⁷.

Analizada a divergência mais veemente entre o posicionamento da CIJ e da CtIDH em relação à assistência, pode-se passar à sistematização do direito à assistência consular, segundo entendimento da Corte, o que igualmente ensejará eventual comparação com a solução adotada pela Corte Interamericana.

⁴³⁴ MILANO, op. cit, p. 131.

⁴³⁵ Ibid, p. 122

⁴³⁶ Ibid, p. 122-123.

⁴³⁷ Ibid, p. 123.

Se, no caso LaGrand, a caracterização de direito individual e da inter-relação entre os parágrafos do artigo 36, 1, da CVRC foram destaques no desenvolvimento do instituto, no caso Avena, destacaram-se a diferenciação entre os momentos de informação e notificação consular, respectivamente ao indivíduo preso ou detido e à repartição consular de seu Estado, e a interpretação da Corte no que concerne à expressão “without delay” em todas as suas dimensões, tanto na informação quanto na notificação consular.

Nesse aspecto, percebe-se outra diferença entre os entendimentos da CIJ e da CtIDH, uma vez que, para esta, “without delay” significa o momento após a privação de liberdade e antes da primeira declaração perante a autoridade competente; já para aquela, “without delay” significa o primeiro momento em que se percebe que a pessoa não seja nacional do Estado receptor ou que haja fundada razão para se desconfiar de sua nacionalidade estrangeira⁴³⁸. Enquanto o critério da CtIDH é mais objetivo, a solução da CIJ confere maior poder à percepção das autoridades locais do Estado receptor, o que foi, inclusive, motivo de manifestação do juiz Peter Tomka, devidamente analisado no capítulo anterior.

O caso Avena também foi importante para a questão do “review and reconsideration” que a Corte exigiu dos EUA, a fim de cumprir suas obrigações perante o artigo 36, 2, da CVRC. Da mesma forma, salientou a impossibilidade de se considerar os pedidos de clemência como parte do processo de revisão das penas e das sentenças, embora tenha reconhecido que em alguns casos esse mecanismo tenha permitido a substituição da pena de morte por outras penas⁴³⁹.

Em relação ao caso Diallo, a contribuição da Corte para o desenvolvimento do instituto pode ser percebida na ampliação do entendimento a respeito da aplicação do direito à informação sobre a assistência consular. Até o caso Avena, a aplicação do artigo 36 da CVRC se referia a indivíduos detidos pelo cometimento de crimes ou de outras violações de natureza criminal. No caso Diallo, contudo, a prisão tinha caráter administrativo, para o cumprimento de uma ordem de expulsão que foi declarada pela Corte ilegal. Dessa forma, entendeu a CIJ que os direitos previstos no artigo 36, 1, da CVRC aplicam-se tanto a prisões de natureza criminal quanto às de natureza administrativa⁴⁴⁰.

⁴³⁸ Remeter às notas de rodapé do capítulo anterior.

⁴³⁹ Ibid, p. 135-136.

⁴⁴⁰ Destacar as notas de rodapé em que eu abordei isso no capítulo anterior.

O que se pode observar, pela sistematização do desenvolvimento do instituto da assistência consular, é um desenvolvimento paulatino desse direito individual, consolidado pela Corte após a sequência de casos julgados entre 1998 e 2012. Conforme identificado na doutrina, esse entendimento da Corte permitiu o alcance universal do direito à assistência consular, o que tem contribuído para a afirmação desse direito. No entanto, caso se adote a abordagem do sistema interamericano de Direitos Humanos em relação ao tema, o entendimento da CIJ ainda é conservador. Por outro lado, poder-se-ia afirmar que a CtIDH adotou uma visão mais liberalizante ou humanista do instituto. Esse debate, além de inócuo, não é objeto do presente estudo⁴⁴¹; porém, em razão de deliberada ausência de manifestação por parte da CIJ em relação à jurisprudência da CtIDH nos casos LaGrand e Avena, e pela escassez de argumentos que suportem a curta manifestação da CIJ acerca da não caracterização do art. 36, 1, “b” como direito humano, entende-se que esse tema deveria ser novamente objeto de análise, caso outra demanda sob o mesmo fundamento chegue à sua jurisdição.

Em relação à universalização do direito à assistência consular, John Quigley afirma que o instituto já faz parte do costume internacional⁴⁴². No mesmo sentido, afirma Cançado Trindade:

The aforementioned examples on the contemporary international practice on the issue converge in disclosing an *opinio juris* in the line of the views upheld by the IACtHR in Advisory Opinion No. 16. Even before this latter, there already was an incipient practice in the region under Article 36(1) of the Vienna Convention on Consular Relations. Such international practice was confirmed and enhanced by that Advisory Opinion, which has decisively contributed to the formation of an *opinio juris communis* as to the individual rights crystallized under Article 36(1) of the 1963 Vienna Convention. This development, on its part, reflects the ongoing process of *humanization* of International Law, encompassing relevant aspects of consular relations⁴⁴³.

⁴⁴¹ Além do debate a respeito da assistência consular como direito individual ou direito humano, pode-se mencionar a crítica de Koskeniemi a respeito da ampliação do escopo da linguagem de direitos humanos a outros direitos, como regras procedimentais, embora sua análise seja mais abrangente, abarcando a linguagem predominante dos direitos humanos em geral (“mainstreaming”), o que, segundo ele, constituiria um projeto institucionalizador de poder, cf. KOSKENIEMI, Martti. Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power. *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism and Development*, Vol. 1, n. 01, outono 2010, pp. 47-58.

⁴⁴² QUIGLEY, John. Vienna Convention on Consular Relations: in retrospecto and into the future. *Southern Illinois University Law Journal*, vol 38, No. 1, 2013-2014, p. 15.

⁴⁴³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Human Rights Court on International Case-law and Practice, *Chinese Journal of International Law* (2007), Vol.6, No. 1, 1 -16, p 15.

O mesmo autor ressalta o caráter pioneiro da OC16/99 e o impacto da DIDH na evolução do próprio Direito Internacional Público, principalmente por ter sido a CtIDH o primeiro tribunal internacional a apontar que a não observância do artigo 36, 1, “b”, da CVRC enseja violação não apenas ao Estado parte, mas também aos seres humanos em questão⁴⁴⁴. No âmbito interamericano, Cançado Trindade aponta diversas legislações e políticas públicas que buscam afirmar a consolidação do direito à assistência consular no continente e a consequente humanização do direito consular⁴⁴⁵.

Vermeer-Künzli estudou o direito à assistência consular na União Europeia, que possuía legislação comum específica a respeito. A autora afirma que os Estados do bloco são mais inclinados a garantir a seus nacionais certos direitos, contudo os sites dos ministérios de relações exteriores explicam explicitamente que há vários serviços que não são fornecidos, mesmo sendo, na prática, observados. Assim, entende a autora, é desafiada a criação de um costume, dada a ausência de *opinio juris*⁴⁴⁶.

A autora aponta ainda questões bastante pertinentes ao desenvolvimento tanto do instituto da assistência consular quanto da proteção diplomática, uma vez que a União Europeia é baseada na figura de uma cidadania comum, e não nacionalidade comum, o que, em tese, inviabilizaria o exercício de ambos os institutos em terceiros Estados. Nesse sentido, afirma a autora:

Contrary to a general tendency to regard human rights as attached to human beings, as opposed to nationals of a particular State, consular assistance is thus still very much confined to nationals. Article 23 TFEU is somewhat in between. The right to consular assistance is ultimately linked to nationality, since it is only available to EU citizens, who must be a national of an EU Member State. Yet, it goes beyond this by allowing assistance to non-nationals. Especially if the implementation of article 23 TFEU is effectuated without the consent of the receiving non-EU State, the absence of a bond of nationality between the assisting State and the assisted individual is a clear divergence from general international law⁴⁴⁷

São levantados no trabalho os efeitos para um Estado receptor ou acreditante não membro do bloco em anuir com as disposições de assistência consular e proteção diplomática

⁴⁴⁴ Ibid, p 8.

⁴⁴⁵ CANÇADO TRINDADE, 2006, op. cit, p. 501-507.

⁴⁴⁶ VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. WHERE THE LAW BECOMES IRRELEVANT: CONSULAR ASSISTANCE AND THE EUROPEAN UNION. *International and Comparative Law Quarterly*, vol 60, October 2011 pp. 987-989.

⁴⁴⁷ Ibid, p. 989.

comum do bloco, em situações de violações de direitos humanos, o que, também em tese (e já discutido na nota 433 do presente trabalho), ensejaria a possibilidade de um terceiro Estado buscar a responsabilização internacional de outro Estado por violações de obrigações erga omnes, consoante o Projeto de Artigos da CDI de 2001. Embora o estudo não seja conclusivo, uma vez que falta evidência empírica para comprovar as hipóteses lançadas pela autora, percebe-se que tanto a proteção diplomática quanto a assistência ainda poderão desenvolver novos desdobramentos no futuro, tanto no que concerne à obrigatoriedade de exercício da proteção diplomática, quanto pela discussão a respeito do critério de cidadania, ao contrário do atual de nacionalidade, para o exercício de ambos os institutos.

4.3 A Corte Internacional de Justiça e as Cortes de Direitos Humanos

Este último tópico do trabalho se destina a estudar a mudança de postura da CIJ em relação ao diálogo com outras Cortes e órgãos de monitoramento de direitos humanos. Conforme já detidamente analisado, os casos LaGrand e Avena marcaram a hesitação da Corte em ao menos discutir a contribuição da jurisprudência da Corte Interamericana, o que foi completamente modificado a partir da sentença de mérito do caso Diallo.

No entanto, conforme aponta Bruno Simma, essa mudança de postura teve início poucos anos antes, com o “salto qualitativo e quantitativo” dos casos levados à CIJ, em que o mérito da causa possuía como ponto central a questão dos direitos humanos, relacionados ou não com outros aspectos da proteção internacional da pessoa humana, como o Direito Internacional Humanitário⁴⁴⁸.

Cançado Trindade, por sua vez, ressalta que a postura inovadora da CIJ em buscar os trabalhos das Cortes Europeia e Interamericana, assim como dos órgãos de monitoramento de direitos humanos de escopo global e regional africano. Para o juiz:

[T]his is the first time in its history that the World Court has expressly taken into account the contribution of the case law of two international human rights tribunals, the European and the InterAmerican Courts, to the perennial struggle of human beings against arbitrariness. The ICJ, much to its credit, has done so, in paragraph 68 of the present Judgment, in relation to the interpretation, by the European and the Inter-American Courts, respectively, of Article 1 of Protocol No. 7 to the European

⁴⁴⁸ SIMMA, op. cit. pp. 18-19.

Convention of Human Rights, and of Article 22 (6) of the American Convention on Human Rights, which it regarded as consistent with what it has found in paragraph 65 of the present Judgment . Paragraph 65 refers to the protection of the human person against arbitrary treatment, encompassing the prohibition of arbitrary expulsion.

This discloses a new mentality in relation to another relevant issue. The co-existence of multiple international tribunals, fostering access to international justice on the part of a growing number of justiciables around the world in distinct domains of human activity, bears evidence of the way contemporary international law has developed in the old search for the realization of international justice. Contemporary international tribunals have much to learn from each other⁴⁴⁹.

A fundamentação da coexistência dos tribunais internacionais é afirmada, segundo o próprio juiz, no artigo 95 da Carta da ONU, que dispõe que “nada na presente Carta impedirá os Membros das Nações Unidas de confiarem a solução de suas divergências a outros tribunais, em virtude de acordos já existentes ou que possam ser concluídos no futuro”⁴⁵⁰, o que formaria, segundo o próprio juiz, “redes policêntricas de tribunais internacionais, afirmando e confirmando a aptidão do Direito Internacional para resolver os mais distintos tipos de controvérsias internacionais, em níveis tanto interestatal quanto intraestatal.”⁴⁵¹. Dessa forma, conclui Cançado Trindade, que “cabe a cada tribunal internacional dar sua efetiva contribuição à evolução contínua do Direito Internacional em sua busca da justiça internacional”⁴⁵².

Não se pode olvidar, contudo, que a CIJ não deixa de ser um tribunal internacional de caráter interestatal. Da mesma forma, diferentemente das cortes regionais de direitos humanos em que vige o paradigma compulsório, o sistema existente no contencioso da CIJ é o consensual⁴⁵³, em que Estados anuem, de maneiras distintas à jurisdição internacional da Corte, tendo ainda diversas limitações à sua atuação⁴⁵⁴.

⁴⁴⁹ CANÇADO TRINDADE, 2010, op. cit. Par. 237-238.

⁴⁵⁰ Carta da ONU, art. 95 (decreto n. 19.841, de 22-10-1945)

⁴⁵¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os Tribunais Internacionais Contemporâneos. Brasília: Funag, 2013.

⁴⁵² Ibid.

⁴⁵³ GALINDO, George Rodrigo Brandeira. A Paz (ainda) pela jurisdição compulsória? Revista Brasileira de Política Internacional, *Rev. Bras. Polít. Int.* 57 (2): 82-98 [2014]. Em detida análise sobre o paradigma compulsório das atuais cortes internacionais contemporâneas, Galindo afirma que o paradigma consensual existente na CIJ é mais exceção do que regra hodiernamente. Ainda assim, segundo o autor, a consolidação da paz pelo paradigma compulsório, conforme lecionada Kelsen, inspirado pelos trabalhos de Kant, não se mostra evidente nos dias atuais, o que, por si só, não exclui a grandeza do trabalho desenvolvido por esses autores, sob pena de incorrer em anacronismo.

⁴⁵⁴ MENEZES, Wagner. Tribunais Internacionais: jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 161-162.

Conforme atesta Bruno Simma, apenas cinco dos grandes tratados de direitos humanos possuem cláusulas compromissórias que permitem o exercício da jurisdição da Corte em questões jurídicas sobre as disposições desses tratados⁴⁵⁵, sendo que somente a Convenção contra o Genocídio permite o acesso imediato à Corte. Em casos como o da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a previsão expressa de se estabelecer negociações diretas como mecanismo prévio para o recurso à jurisdição da CIJ implicou a inadmissibilidade do contencioso entre Geórgia e Rússia⁴⁵⁶, o que foi motivo de críticas da doutrina⁴⁵⁷.

Outras duas razões são apontadas por Simma para a relativa escassez de casos envolvendo direitos humanos na CIJ. A primeira é estrutural, uma vez que, em razão da grande parte as violações de direitos humanos ser cometida pelo próprio Estado de nacionalidade do indivíduo, a CIJ não teria, em princípio, jurisdição para julgar casos de tal natureza, já que esbarraria no critério de nacionalidade da proteção diplomática⁴⁵⁸. A segunda razão é de ordem prática: dado o caráter interestatal da Corte, se os Estados não trouxerem demandas especificamente relacionadas a direitos humanos, a Corte não poderá se manifestar sobre a temática⁴⁵⁹. No entanto, o próprio desenvolvimento do mérito do caso Diallo, conforme analisado anteriormente, levou à modificação na abordagem da questão: de questões patrimoniais e empresariais para uma caso de proteção de direitos humanos.

É preciso ainda ter em conta que o desenvolvimento observado entre a ausência de diálogo entre cortes nos casos LaGrand e Avena e a mudança evidenciada no caso Diallo permitem, no momento, apenas demonstrar um fato ocorrido na interpretação do institutos da proteção diplomática e da assistência consular, bem como de violações específicas de direitos humanos decorrentes de prisão ilegal e expulsão do Estado de residência. Sabe-se que a temática de diálogo entre cortes é bastante complexa e necessita de muitas pesquisas empíricas, conforme

⁴⁵⁵ Convenção sobre genocídio, convenção sobre os direitos políticos das mulheres de 1952, Convenção Internacional para a Eliminação de todas as formas de discriminação racial, de 1965; Convenção para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, de 1979; e a Convenção contra a tortura e outras penas ou tratamentos degradante, desumano ou cruéis.

⁴⁵⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Caso Geórgia v. Federação Russa, Exceções Preliminares, sentença de 01 de abril de 2011.

⁴⁵⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, pp. 149-150; e SIMMA, op. cit., pp.22-24.

⁴⁵⁸ SIMMA, op. cit., p. 16.

⁴⁵⁹ Ibid, p. 16

salienta George Galindo⁴⁶⁰, a fim de apontar para uma situação de convergência ou de divergência entre tribunais internacionais. Embora seja uma temática que desperta grande interesse, aspectos gerais relacionados ao diálogo de cortes não são objeto do presente trabalho.

Reconhecidas as limitações da atuação da CIJ no julgamento de casos de direitos humanos, percebe-se que o momento atual da Corte de observar os trabalhos de cortes de direitos humanos, assim como a modificação significativa no instituto da proteção diplomática, em grande parte realizada pela sua própria jurisprudência, tende a levar a um estágio de afirmação progressiva de direitos individuais, como o de assistência consular, por meio da possibilidade de uso instrumental da proteção diplomática para se exigir a responsabilização internacional do Estado por violações dessa natureza.

⁴⁶⁰ GALINDO, George. Dialogando na Multiplicação: uma aproximação, *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 1-9, jul./dez. 2012. Em seu artigo, Galindo realiza uma análise crítica da teoria de Anne-Marie Slaughter, em razão, sobretudo, de falta de evidência empírica em seus estudos que comprovem um momento atual “tendência à ordenação” entre tribunais internacionais. O autor não discorda de eventuais efeitos positivos a respeito da convergência e do diálogo entre tribunais, contudo ressalta a necessidade de maiores estudos empíricos, a fim de comprovar essa hipótese. Ainda sobre diálogo entre cortes, Marcelo Neves ressalta que “essa ‘conversação’ (...) não deve levar a uma ideia de cooperação permanente entre ordens jurídicas, pois são frequentes os conflitos entre perspectivas judiciais diversas. No limiar, toda ‘conversação’ entre cortes carrega em si o potencial de disputa. O problema é como solucionar essas disputas sem a imposição *top down* na relação entre ordens”, *cf.* NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Matins Fontes, 2013, pp. 117-118.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por finalidade analisar o desenvolvimento de dois institutos diferentes, mas que possuem estreita relação, sobretudo na defesa de direitos humanos. Por meio da análise doutrinária e da prática dos Estados, se pôde traçar o panorama tanto da proteção diplomática quanto da assistência consular até o final do século XX, quando novas movimentações, seja na Comissão de Direito Internacional da ONU, seja em tribunais internacionais, passaram a se debruçar especificamente sobre esses institutos jurídicos.

Em relação à proteção diplomática, verificou-se que a ficção vatteliana, consolidada pelo paradigma Mavrommatis no “case law” da CIJ, sofreu grandes modificações com a recorrência de casos de violações de direitos individuais que chegavam à Corte. Para tanto, foi importante a contribuição dos estudos da CDI, que, desde o fim do século passado, já trabalhava na codificação do instituto, adotando um caráter instrumental para a proteção diplomática e ampliando seu escopo para a proteção de direitos humanos.

Foi nesse sentido que a CIJ, embora num primeiro momento hesitante, passou a considerar o conceito atualizado de proteção diplomática, em que a ficção jurídica baseada no paradigma Mavrommatis, que identificava que a violação ao direito do nacional representava uma violação ao direito do Estado, havia sido ultrapassada. Em seu lugar, não havia mais imposição de que direito estava sendo violado, o que, ao final, beneficia o indivíduo, uma vez que o simples fim da ficção jurídica já permite encarar o instituto de maneira mais condizente com o atual estágio do Direito Internacional, que garante a titularidade de direitos aos seres humanos.

Os requisitos para o exercício da proteção diplomática (esgotamento de recursos internos e nacionalidade contínua) seguem vigendo, embora no que concerne à nacionalidade, a doutrina e a própria CDI já identifiquem algumas atualizações, como o caso de apátridas e refugiados. De todo modo, a limitação do endosso à proteção diplomática pelo critério da nacionalidade gera uma limitação do pleno exercício desse instituto na defesa dos direitos humanos, uma vez que usualmente o maior violador é o Estado de nacionalidade do indivíduo.

Contudo, não se pretendeu, no presente trabalho, fazer uma defesa da proteção diplomática. Não se afirma que o instituto tem o condão de substituir mecanismos já existentes de

proteção, como as cortes regionais e os órgãos de monitoramento, contudo, dado o seu desenvolvimento recente, se pode, sim, afirmar que a proteção diplomática, em sua acepção instrumental balizada pela CIJ a partir do caso Diallo, é um meio disponível aos Estados e aos indivíduos para se pleitear a responsabilização internacional por violações de direitos humanos cometidas por outros Estados.

Quando se diz que a proteção diplomática é um meio disponível aos Estados não se está afirmando nenhuma novidade. O instituto, tal qual disposto pelo costume internacional e atualizado pela CDI e pela CIJ ainda constitui, no plano internacional, como um direito discricionário dos Estados, embora não se afirme mais que o Estado pleiteie direito próprio, como já exposto anteriormente.

No que concerne à afirmação de que a proteção diplomática é meio disponível aos indivíduos, a situação é um pouco diferente. No plano internacional, como é sabido, é prerrogativa dos Estados seu exercício; contudo, percebe-se que, em alguns Estados, tem havido movimentações internas no sentido de se exigir o dever de proteger os nacionais desses estados de violações sofridas em território estrangeiro. Embora não se possa afirmar um dever de proteção diplomática, é certo que, em alguns casos, a discricionariedade do Estado tem sido limitada. Não se pode afirmar ainda que seja uma tendência, mas já é um fato, e a disseminação de informações a respeito do tema pode contribuir para a ampliação desses fatos isolados em outros Estados.

Diferente em natureza e no próprio desenvolvimento, a assistência consular foi-se firmando, paulatinamente, como um direito material dos indivíduos. Por assistência consular entende-se sua acepção mais ampla, que abarca, entre outros, o próprio direito de informação sobre a assistência consular. Nesse sentido, o artigo 36, 1, da Convenção de Viena sobre Relações Consulares prevê um direito a direitos, isto é, o direito à informação sobre a assistência consular enseja um gama de novos direitos, inclusive o de não querer que sua repartição consular seja notificada.

A disposição da assistência consular em um tratado de natureza eminentemente interestatal, que lida com as relações consulares estabelecidas entre Estado que envia e Estado receptor, gerou amplo debate a respeito da possibilidade de existir, dentro desse tipo de convenção, previsões sobre direitos individuais ou mesmo direitos humanos.

Esse debate foi iniciado no sistema interamericano, que identificou a assistência consular no marco dos direitos básicos judiciais do devido processo legal, assim, a assistência consular passou a ser entendida, pela Corte Interamericana, como um direito humano.

Num período não muito distante, a CIJ também lidou com a matéria, mas sob sua jurisdição contenciosa. A sequência dos casos *Breard*, *LaGrand* e *Avena* contra um mesmo Estado demandado, os Estados Unidos, teve grande repercussão na doutrina e nos próprios votos dos juízes da corte. Cada aspecto específico sob o artigo 36 da CVRC foi analisado, sobretudo o questionamento a respeito da existência ou não de direitos individuais.

A solução da Corte de afirmar que o artigo 36, 1, da supracitada convenção prevê, sim, direitos individuais foi um marco no Direito Internacional, embora não se possa deixar de destacar o pioneirismo da Corte Interamericana na avaliação do tema. Contudo, a caracterização expressa de que, pelos propósitos e objetivos da CVRC, bem como pelo seus trabalhos preparatórios, não se podia afirmar que havia direitos humanos naquele dispositivo legal, gerou uma clara diferença de abordagem entre as duas cortes que lidaram o tema, a CIJ e a CtIDH.

No entanto, a partir do caso *Diallo*, a CIJ passou a considerar o desenvolvimento não só da CtIDH, mas também da CtEDH e de outros órgão de monitoramento na análise de violações de direitos humanos ou na questão de reparações devidas ao indivíduo em casos envolvendo proteção diplomática. Assim, passou-se a uma nova etapa de interação da CIJ com outros órgãos, o que, no passado não muito distante (casos *LaGrand* e *Avena*) havia sido negligenciada.

Nesse sentido, após longa análise sobre os institutos da proteção diplomática e da assistência consular, percebe-se que a CIJ teve um papel destacado no desenvolvimento de ambos, na afirmação do caráter instrumental da proteção diplomática e no caráter material da assistência consular. Exemplo disso é o próprio caso *Diallo*, em que, por meio da proteção diplomática, buscou-se a responsabilização da República Democrática do Congo violações a inúmeros direitos de Ahmadou Diallo enquanto pessoa humana, entre os quais estava o direito à assistência consular, que não mais foi objeto de discussão acerca de sua natureza, sendo reconhecido por ambos os Estados como um direito à disposição do indivíduo.

Dessa maneira, espera-se que este breve, mas dedicado trabalho, possa contribuir um pouco com os estudos sobre proteção diplomática, assistência consular e sobre a própria atuação da Corte Internacional de Justiça na afirmação dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABI-SAAB, Georges. Évolutions dans le règlement pacifique des différends économiques depuis la Convention Drago-Porter, *in* Actualité de la Conférence de la Haye de 1907, deuxième conférence de la paix – colloque. Londres/Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. Vol I, São Paulo: Quartier Latin, 2009

ACCIOLY, H., NASCIMENTO E SILVA, G. E., CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ACTES DE LA DEUXIÈME CONFÉRENCE DE LA PAIX, *in* Actualité de la Conférence de la Haye de 1907, deuxième conférence de la paix – colloque. Londres/Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.

AMERASINGHE, Chittharanjan F. **Diplomatic Protection**. Oxford: Oxford, 2008.

BENNOUNA, Mohamed. Preliminary report on diplomatic protection. International Law Commission, 1998.

BROCHARD, Edwin M. **The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims**. New York: Banks Law Publishing Co, 1915.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997

BUERGENTHAL, Thomas; MURPHY, Sean D. **Public International Law**. Fourth Edition. St. Paul: Thomson/West, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. La presencia de la persona humana em el Contencioso interestatal ante la Corte Internacional de Justicia, *in* Os Tribunais Internacionais e Realização da Justiça. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **International Law for Humankind: towards a new jus gentium**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 499.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion No. 16 (1999) of the Inter-American Human Rights Court on International Case-law and Practice, *Chinese Journal of International Law* (2007), Vol.6, No. 1, 1 -16.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. The presence and participation of Latin America at the Second Hague Peace Conference of 1907, in *Actualité de la Conférence de la Haye de 1907, deuxième conférence de la paix – colloque*. Londres/Leiden: Martinus Nijhoff, 2008,

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Apontamentos sobre o uso das ficções no Direito Internacional, in *O direito internacional em um mundo em transformação (ensaios 1976-2001)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos*. Brasília: Funag, 2013

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015

CASSESE, Antonio. **International Law**. 2ª Ed. Oxford: Oxford, 2005.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte Interamericana de Derechos Humanos – repercussão jurídica das Opiniões Consultivas**. Curitiba: Juruá, 2008.

CRAWFORD, James; PEEL, Jacqueline; OLLESON, Simon. The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading. *European Journal of International Law*, vol 12, No. 5, 2001, pp. 963-991.

DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. **Instituciones de Derecho Internacional Público**. 17ª Ed. Madrid: Tecnos, 2009.

DUGARD, John. First Report on diplomatic protection. International Law Commission, 2000, par. 25

DUGARD, John. Third Report on diplomatic protection. International Law Commission, 2002.

DUGARD, John. Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of the International Law Commission, *Australian Year Book of International Law*, vol. 24, 2005, pp. 75-91.

GALINDO, George. Dialogando na Multiplicação: uma aproximação, *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 1-9, jul./dez. 2012

GALINDO, George Rodrigo Brandeira. A Paz (ainda) pela jurisdição compulsória? *Revista Brasileira de Política Internacional*, *Rev. Bras. Polít. Int.* 57 (2): 82-98 [2014].

GARCÍA AMADOR, F.V. State Responsibility: some new problems. *Recueil des Cours*, 1958, pp. 365/492.

JENNINGS, Robert. General Course on Principles of International Law. *Recueil des Cours*, 1967, pp. 323/ 620

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A Razoável Duração do Processo*. Salvador: JusPodivm, 2009.

KOSKENNIEMI, Martti. Human Rights Mainstreaming as a Strategy for Institutional Power. *Humanity: Na International Journal of Human Rights, HUmanitarianism and Development*, Vol. 1, n. 01, outono 2010, pp. 47-58.

LEE, Luke T.; QUIGLEY, Jonh. *Consular Law and Practice*. 3ª Ed. Oxford: Oxford, 2008

MARESCA, A. *Las Relaciones Consulares*. Madrid: Aguilar, 1974.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, vol. I

MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais: jurisdição e competência*. São Paulo: Saraiva, 2013

MILANO, Enrico. Diplomatic protection and human rights before the International Court of Justice: re-fashioning tradition? *Netherlands Yearbook of International Law*, volume 35, dezembro 2004, pp 85-142.

NASCIMENTO, Blenda Lara Fonseca. *Solução de Controvérsias Internacionais: Revisão da ONU como pilar da segurança nacional*. Curitiba: Juruá, 2007

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Matins Fontes, 2013.

PANCRACIO, Jean-Paul. *Droit et institutions diplomatiques*. Paris: Pedone, 2007

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008

PARRY, Clive. *Some considerations upon the protection of individuals in international law*, *Recueil des Cours*, 1956, pp. 654/726

PELLET, Alain. *The Second Death of Euripide Mavrommatis? – Notes os the International Law Comission’s Draft on Diplomatic Protection*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.

QUIGLEY, Jonh; ACEVES, William J; SHANK, S. Adele. *The Law of Consular Access – a documentary guide*. New York: Routledge, 2010

QUIGLEY, John. *Vienna Convention on Consular Relations: in retrospecto and into the future*. *Southern Illinois University Law Journal*, vol 38, No. 1, 2013-2014.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar: 2004.

REZEK, J. F. *Le Droit International de la Nationalité*, *Recueil des Cours*, 1986, pp. 333/400.

REZEK, J. F. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SATOW, E. *Satow’s Guide to Diplomatic Practice*. 5ª Ed. New York: Logman, 1988.

SHAPOVALOV, Alexsandr. *Should a requirement of “clean hands” be a prerequisite to the exercise of diplomatic protection? Human Rights implications of the International Law Comission’s debate*. *Am. U. Int’l L. Rev.* 829, 2004-2005.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. 5ª Ed. Cambridge: Cambridge, 2003.

SIMMA, Bruno. *Mainstreaming Human Rights: The Contribution of the International Court of Justice*. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol 3, No. 1 (2012), pp. 7-29.

STEVENSON, João Penteadó Erskine. *Prática Consular – Ensaio de Direito e Legislação Consular*. São Paulo, 1941.

TIBURCIO, CAMEN. **The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law**. Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

VATTEL, Emmer. **O Direito das Gentes**. Brasília (trad. Vicente Marotta Rangel): IPRI/EdUnB, 2004, Livro II.

VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. A matter of interest: diplomatic protection and state responsibility erga omnes. *International and Comparative Law Quarterly*, vol 56, julho 2007, pp.553-582

VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. WHERE THE LAW BECOMES IRRELEVANT: CONSULAR ASSISTANCE AND THE EUROPEAN UNION. *international and Comparative Law Quarterly*, vol 60, October 2011 pp 965-995.

VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. As if: The Legal Fiction in Diplomatic Protection. *European Journal of International Law*, Vol. 18, n. 01, 2007.

VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. The Protection of Individuals by means of Diplomatic Protection. Tese de doutorado. Universiteit Leiden, 2007

FORCESE, Craig. The Obligation to Protect: The Legal Context for Diplomatic Protection of Canadians Abroad. *57 U. N. B. L. J.* 102, 2007

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, caso Breard, ordem de 10 de novembro de 1998

SCHWEBEL, Stephen, Declaração do presidente, caso Breard, ordem de 10 de novembro de 1998.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso LaGrand, Sentença de mérito, 10 de junho de 2001

ODA, Shigeru, Declaração do juiz, caso LaGrand, Medidas Provisórias, 03 de março de 1999.

SCHWEBEL, Stephen, voto separado, caso LaGrand, Medidas Provisórias, 03 de março de 1999.

BRASIL, Decreto 61.078, de 26 de julho de 1967.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, caso LaGrand, Memorial da Alemanha, par. 4.

SHI, Jiuyong. Voto Separado, caso LaGrand, sentença de mérito, de 27 de junho de 2001.

ODA, Shigeru, Voto Dissidente, caso LaGrand, sentença de mérito, de 27 de junho de 2001, par. 15.

KOROMA, Abdul. Voto Separado, caso LaGrand, sentença de mérito, de 27 de junho de 2001, par. 4/6
BRASIL, Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, Voto Separado, caso LaGrand, sentença de mérito, de 27 de junho de 2001 .

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Caso Avena e outros nacionais Mexicanos, Medidas Provisórias, de 05 de fevereiro de 2003,

ODA, Shigeru. Declaração do Juiz, caso Avena, Medidas Provisórias, de 05 de fevereiro de 2003.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Caso Avena e outros nacionais mexicanos, sentença de mérito, de 31 de março de 2004.

TOMKA, Peter. Voto Separado, caso Avena, sentença de mérito, de 31 de março de 2004

VERESHCHETIN, Vladen. Voto Separado, caso Avena, sentença de mérito, de 31 de março de 2004.

SEPÚLVEDA, Bernardo, Voto Separado, caso Avena, sentença de mérito, de 31 de março de 2004

PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. Voto Separado, caso Avena, sentença de 31 de março de 2004.

RANJEVA, Raymond. Declaração do vice-presidente, caso Avena, sentença de mérito, de 31 de março de 2004.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, caso Avena, Memorial do México, par. 194/195

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Caso Diallo, Exceções Preliminares, de 24 de maio de 2007.

MAHIOU, Ahmed, Declaração do juiz ad-hoc, caso Diallo, Exceções Preliminares, de 24 de maio de 2007.

MAMPUYA, Auguste. Voto Separado, do juiz ad-hoc, caso Diallo, Exceções Preliminares, de 24 de maio de 2007.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Caso Diallo, Sentença de Mérito, de 30 de novembro de 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Voto Separado, caso Diallo, sentença de mérito, de 30 de novembro de 2010.

MAMPUYA, Auguste. Voto Separado, caso Diallo, sentença de mérito, de 30 de novembro de 2010.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Diallo, Reparações, de 19 de junho de 2012.

YUSUF, Abdulqawi. Declaração do juiz, caso Diallo, Reparações, sentença de 19 de junho de 2012.

MAHIOU, Ahmed. Voto Separado, caso Diallo, Reparações, sentença de 19 de junho de 2012.

GREENWOOD, Christopher. Declaração do juiz, caso Diallo, Reparações, sentença de 19 de junho de 2012.

MAMPUYA, Auguste. Voto Separado, caso Diallo, Reparações, sentença de 19 de junho de 2012.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Voto Separado, caso Diallo, Reparações, sentença de 19 de junho de 2012.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Caso Geórgia v. Federação Russa, Exceções Preliminares, sentença de 01 de abril de 2011.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso *Bucholz v. Alemanha***. Julgamento de 06 de maio de 1981.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso *Ruiz Mateos v. Espanha***. Julgamento de 23 de junho de 1993.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso *Deumeland v. Alemanha***. Julgamento de 29 de fevereiro de 1986

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião Consultiva 16/99 “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”**, de 01.10.1999. Série A, n. 16

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS **Opinião Consultiva 6/86**, de 9 de maio de 1986. Série A.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso *Tibi v. Equador***. Exceções Preliminares. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 07 de Setembro de 2004, § 131.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Maritza Urrutia v. Guatemala*, Sentença de 27 de novembro de 2003. Série C n°103.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras*, Sentença de 7 de junho de 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Acosta Calderón v. Ecuador*, Sentença de 24 de junho de 2005, Série C, n. 129.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Genie Lacayo v. Nicarágua*. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Série C, n. 30.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Suárez Rosero v. Ecuador*. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C, n. 35.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros v. Brasil (Guerrilha do Araguaia)*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, n. 219.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Valle Jaramillo y otros v. Colômbia*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C, n. 192.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco v. México*. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C, n. 209.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguai*. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C, n. 214.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Case Concerning Uniter States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran)*, Julgamento de 24 de maio de 1980.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Case Concerning Elettronica Sicala S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos v. Itália)*, Julgamento de 20 de julho de 1989.