



Diana Vera Riquelme

**A Defesa dos Direitos do Indivíduo Dentro
da Proteção Diplomática: O Caso Avena -
O Caso LaGrand**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre (Opção profissional) pelo Programa de Pós-Graduação em Análise e Gestão de Políticas Internacionais da PUC-Rio.

Orientadora: Prof^a. Andrea Ribeiro Hoffmann

Coorientadora: Prof. Florian Fabian Hoffmann

Rio de Janeiro
Setembro de 2021

Diana Vera Riquelme

**A Defesa dos Direitos do Indivíduo Dentro
da Proteção Diplomática: O Caso Avena - O
Caso LaGrand**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Análise e Gestão de Políticas Internacionais da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo.

Prof^a. Andrea Ribeiro Hoffmann

Orientadora

Instituto de Relações Internacionais – PUC-Rio

Prof. Florian Fabian Hoffmann

Co-Orientador

Instituto de Relações Internacionais – PUC-Rio

Prof. Carlos Frederico de Souza Coelho

Instituto de Relações Internacionais – PUC-Rio

Prof^a. Danielle Hanna Rached

Fundação Getúlio Vargas - RJ

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e da orientadora.

Diana Vera Riquelme

Graduado em Relações Internacionais pela Universidade Nacional Autónoma de México (UNAM), Faculdade de Estudos Superiores (FES) Acatlán, membro da carreira do Serviço Exterior Mexicano, pós-graduada em Mestrado Profissional em Análise e Gestão de Políticas Internacionais: Resolução de Conflitos e Cooperação para o Desenvolvimento (MAPI) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC- Rio).

Ficha Catalográfica

Riquelme, Diana Vera

A defesa dos direitos do indivíduo dentro da proteção diplomática : o caso Avena - o caso La-Grand / Diana Vera Riquelme ; orientadora: Andrea Ribeiro Hoffmann ; coorientador: Florian Fabian Hoffmann. – 2021.

39 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Instituto de Relações Internacionais, 2021.

Inclui bibliografia

1. Relações Internacionais – Teses. 2. Proteção diplomática. 3. Assistência consular. 4. Direitos do indivíduo. 5. Direitos humanos. 6. Estado emissor. I. Hoffmann, Andrea Ribeiro. II. Hoffmann, Florian Fabian. III. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Instituto de Relações Internacionais. IV. Título.

CDD: 327

Agradecimentos

Às pessoas que durante minha jornada me inspiraram a olhar a luta pela defesa dos direitos humanos com uma perspectiva de esperança e otimismo, onde me mostraram que há muito a fazer e muito a aprender.

Aos meus pais e irmãs que têm sido a maior força motriz, inspiração e o mais maravilhoso apoio da minha vida.

Ao meu marido, que veio a ser mais que meu amigo e companheiro desde que éramos estudantes, cercando-me de paz e alegria e encorajando-me a continuar sempre lutando para alcançar o que eu desejo, como minha alma gêmea que nunca me abandona.

E à minha adorada filha que nada mais fez do que alegrar minha vida com seu belo sorriso e sua alegria transbordante.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

Resumo

Riquelme, Diana Vera; Hoffmann, Andrea Ribeiro; Hoffmann, Florian Fabian. **A defesa dos direitos do indivíduo dentro da proteção diplomática: o caso Avena - o caso LaGrand.** Rio de Janeiro, 2021. 39p. Dissertação de Mestrado - Instituto de Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Este trabalho discute a aplicação e limites da defesa dos direitos do indivíduo, enquadrada na proteção diplomática e sustentada no exercício de interpretar e fazer cumprir a Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963. A discussão focará situações onde migrantes são condenados a penas severas, até mesmo a pena de morte, como no caso de milhares de mexicanos nos Estados Unidos da América. Com este objetivo, serão discutidos os casos emblemáticos LaGrand, de 2001, e Avena, de 2003, apresentados à Corte Internacional de Justiça pela Alemanha e México, respectivamente.

Palavras-chave

Proteção diplomática; assistência consular; direitos do indivíduo; direitos humanos; Estado emissor; Estado receptor; Caso Avena; Caso LaGrand.

Abstract

Riquelme, Diana Vera; Hoffmann, Andrea Ribeiro (Advisor); Hoffmann, Florian Fabian. (Co-Advisor). **Defending the Individual Rights Within Diplomatic Protection: Avena Case - LaGrand Case.** Rio de Janeiro, 2021. 39p. Dissertação de Mestrado - Instituto de Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

This paper discusses the application and limits of the defense of the rights of the individual, framed in diplomatic protection and sustained in the exercise of interpreting and enforcing the 1963 Vienna Convention on Consular Relations. The discussion will focus on situations where migrants are sentenced to severe penalties, even the death penalty, as in the case of thousands of Mexicans in the United States of America. To this end, the emblematic cases LaGrand, from 2001, and Avena, from 2003, brought before the International Court of Justice by Germany and Mexico, respectively, will be discussed.

Keywords

Diplomatic Protection; Consular Assistance; Fundamental Rights; Human Rights; Sending State; Receiving State; Avena Case; LaGrand Case.

Sumário

1. Introdução	9
2. A proteção diplomática como instrumento de defesa dos direitos do indivíduo	16
3. Estudos de Caso	18
3.1. Alemanha vs. EUA (Caso LaGrand, 2001).....	21
3.2. México vs. EUA (Caso Avena, 2003)	23
3.3. Resoluções da CIJ	26
3.4. Os EUA diante das reclamações que suportam os casos e as resoluções da CIJ.....	27
4. Os Estados e não cumprimento das normas internacionais.....	31
5. Perspectivas da defesa dos Direitos do Indivíduo e as ONG's	32
6. Conclusão	34
7. Referências bibliográficas	36

Lista de abreviaturas e siglas

Art.	Artigo
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CVDT	Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
CVME	Convenção sobre Missões Especiais
CVRC	Convenção de Viena sobre Relações Consulares
CVRD	Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas
OEA	Organização de Estados Americanos
ONG's	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas

1. Introdução

O exercício da proteção diplomática foi instaurado no cenário internacional, como uma ferramenta essencial do Direito Internacional mediante o qual, um Estado defende os direitos dos seus cidadãos, ante qualquer prejuízo sofrido por parte de um segundo Estado. Nesse sentido, é relevante considerar que a proteção diplomática alude a: invocação por parte de um Estado mediante a ação diplomática ou por outros meios de solução pacífica, da responsabilidade de outro Estado pelo prejuízo causado por um fato internacionalmente ilícito desse Estado a uma pessoa natural ou jurídica que é um nacional do primeiro Estado, com vistas a tornar efetiva essa responsabilidade (Organização das Nações Unidas — ONU, 2006).

Note-se que, para a correta interpretação e aplicação desta definição e das normas do Direito Internacional, é relevante considerar a responsabilidade global, como garantia do exercício deste direito, o que, atualmente pode ser sustentado através de diversos instrumentos jurídicos internacionais, que reiteram a obrigação dos Estados de seguirem determinadas regras de conduta em relação aos estrangeiros dentro do seu território, com a intenção de evitar incorrer numa violação e uma futura obrigatoriedade de reparar ou ressarcir os danos causados, no que concerne a um plausível direito de ser demandado pelo Estado o qual é nacional o lesado.

Nesta perspectiva, se os direitos de um indivíduo forem violados no exterior, sob os cuidados de outro governo, a proteção diplomática representa o modo que proporciona maior certeza aos Estados, que os seus nacionais recebem o tratamento mais justo fora do seu território e que, continuaram sob o abrigo da norma internacional a qual, tanto pessoas naturais ou jurídicas afetadas como os Estados, recorrem a este mecanismo de amparo após as violações cometidas contra eles, procurando melhor garantia à defesa dos seus direitos individuais (Vattel, 1758).

A impetração de compensação por danos em defesa dos Direitos Humanos do indivíduo feita pelos Estados emissores, será diligenciada de maneira pacífica, mediante a ação da proteção diplomática, cujo exercício conta com uma longa bagagem histórica que surge da diplomacia e se desempenha com a ajuda do trabalho realizado pelos funcionários consulares ou agentes diplomáticos, mediante

as missões diplomáticas as quais, antigamente serviram unicamente como promotoras dos interesses dos Estados e que, apesar de permitir a interação e o diálogo entre estes e outros atores internacionais, em muitas ocasiões limitaram o livre exercício e defesa dos interesses dos Direitos dos Indivíduos, buscando atualmente redefinir o seu papel no cenário da política internacional e a relevância deste apropriado exercício.

Com o intuito de entender esse papel que a diplomacia tem desempenhado ao longo dos séculos para conseguir uma adequada defesa dos Direitos dos Indivíduos, é extremamente relevante destacar as suas origens. Dessa forma, é muito interessante observar que o registro escrito mais remoto, que se tenha conhecimento, sobre a sua origem é do tratado celebrado entre Eannatum, soberano da cidade de Lagash e a cidade de Umma na Mesopotâmia. Este, estipulava a demarcação de limites fronteiriços (Truyol, 1998). Posteriormente, destaca a Veneza do século XV, a qual se distinguiu como instauradora da diplomacia moderna ao efetivar a instauração de missões de caráter permanente em Roma e Constantinopla; sendo que, até a consolidação do Sistema Europeu dos Estados, após a Paz de Westfalia de 1648, surgiu a necessidade de estabelecer escritórios encarregados de administrar as referidas relações diplomáticas (Calduch, 1993), tal quais, como indicado anteriormente, são as que atualmente servem como "órgãos da Administração estatal estabelecidas no estrangeiro" (Calduch, 1993), capazes de proporcionar assessoria jurídica essencial para o desempenho da proteção diplomática ou de realizar gestões políticas ante as autoridades do país receptor.

Durante este percurso histórico e procura pela aplicação da norma de Direitos Humanos mediante o exercício de uma política da diplomacia eficaz, destaca-se que no final do século XIX e início do século XX, se observou um incremento exponencial e desmedido do fluxo migratório na América Latina devido à abundância de recursos naturais encontrados nesta região. Assim, a facilidade para a sua exploração provocou a aquisição de um sem número de propriedades por parte dos nacionais das grandes potências, terras que foram posteriormente expropriadas pelos governos locais (Dugard, 2013). Este fato, cercado por inúmeras irregularidades, resultou infinitas violações contra os particulares. Diante disso, surgiu a necessidade de criar um mecanismo para a defesa dos direitos pessoais e /

ou de propriedade dos estrangeiros, que demandaram a proteção e intervenção dos seus Estados de origem, resultando um mecanismo que contribuiu substancialmente com o desenvolvimento da jurisprudência deste ramo do direito (Dugard, 2013). No entanto, foi graças a este e a outros eventos que a proteção diplomática adquiriu a má reputação de ser um procedimento usado por nações ricas e desenvolvidas para interferir nos assuntos internos das nações em desenvolvimento.

Ao longo dos anos, o trabalho dos funcionários diplomáticos tentou incluir-se na legislação internacional, iniciando em 1815, durante o Congresso de Viena e culminando com a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 (CVRD), que determinou as prerrogativas e imunidades diplomáticas. Posteriormente, na Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 (CVRC)¹, na Convenção sobre Missões Especiais de 1969 (CVME) e a Convenção sobre a Representação dos Estados nas suas relações com organizações internacionais de caráter universal de 1975, que complementaram esta regulamentação.

Conseqüentemente, torna-se relevante destacar a diferença entre proteção diplomática e assistência consular -CVRC artigo 36.1(b)² onde, embora em ambos preceitos os Estados procuram que sejam respeitados os direitos dos seus nacionais. No primeiro, busca-se a defesa dos Direitos Humanos dos nacionais, os quais tenham sido objeto de medidas humilhantes ou arbitrárias por parte das autoridades locais; o segundo visa a garantia da legislação conforme o direito interno do Estado que os recebe, isto se o indivíduo foi detido sem importar a circunstância ou o cargo que se lhe impute, e o Estado emissor poderá prestar-lhe auxílio material ou ajuda administrativa e judicial.

Outrossim, destaco que os Estados que ratificaram a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (CVDT), o qual estabelece que um país não

¹ Art. 5 (i) O papel mais importante dos consulados será garantir que os nacionais do Estado emissor possam usar todos os direitos que lhes são conferidos pelo direito interno do Estado receptor, por um lado, e o, por outro lado, o direito internacional. Assim, no caso de verse violentados os seus nacionais, os cônsules então têm o direito de intervir de modo a obter justiça para eles. (Vermeer, 2007)

² Notificação consular... a pedido, as autoridades competentes do Estado receptor devem informar, sem demora, ao estabelecimento consular do Estado emissor se, dentro do seu distrito consular, um cidadão desse Estado for preso ou colocado em prisão, ou sob custódia pendente de julgamento, ou se for detido de qualquer outra forma.

poderá invocar as disposições do seu direito interno como justificção do incumprimento de um tratado, têm obrigação de cumprir com a sua responsabilidade como ator internacional, de modo a garantir a adequada execução dos direitos individuais. Os agentes diplomáticos também não devem interferir nos assuntos internos do Estado recetor Art. 41 (1) CVRD, mas proteção diplomática, se exercida em conforme o direito internacional, nunca é uma interferência com assuntos do Estado recetor, visto que a nação remetente exerce a proteção diplomática por direito próprio sendo que, após o esgotamento dos recursos locais, não é mais uma disputa entre um indivíduo e um Estado, mas entre dois estados. Transpondo de um assunto interno para uma disputa internacional (Vermeer, 2007).

Nesta análise, considero relevante destacar que a referida CVRC e o argumento normativo que doutrina os Estados a prestar assistência consular, sobretudo o parágrafo I da Declaração de Viena de 25 de junho de 1993, referente a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos³, a qual procura proteger aos indivíduos daqueles Estados que não salvaguardam os seus Direitos Humanos ao negligenciar as suas obrigações no tocante à promoção do respeito universal. Fato este que será sumamente relevante dentro desta análise se o que almeja é realizar uma revisão, não explícita, da obrigatoriedade que os Estados têm como assinantes nos tratados internacionais; tanto quanto debater de um modo mais amplo os limites da defesa dos Direitos Humanos por parte desses Estados através do Direito Internacional, e até que ponto, a participação da sociedade civil se torna central para a execução destes direitos.

Permito-me abrir um breve parêntese para enquadrar a compreensão de dois importantes conceitos, os quais mencionei constantemente durante esta análise, e consequentemente para esclarecer que direitos do indivíduo faz sinônimo com direitos humanos, do ponto de vista universal; ou seja, que correspondem ao ser humano por sua própria natureza e dignidade, que correspondem à pessoa pela essência, simultaneamente em seu aspecto corpóreo, espiritual e social, e que

³ A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global e de forma justa e equitativa, ... Os Estados têm o dever, sejam quais forem seus sistemas políticos, económicos e culturais, de promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

devem ser reconhecidos e respeitados por todo poder ou autoridade, por todas as normas legais positivas que já receberam muitos nomes:

Direitos do homem, garantias individuais ou sociais, direitos naturais, direitos inatos, direitos essenciais, liberdades públicas, direitos da pessoa humana, direitos públicos subjetivos e uma denominação que foi estendida é a de direitos fundamentais, a tal ponto que existe uma importante corrente doutrinária que se baseia em diferenciá-los dos direitos humanos. (Carpizo,2011)

Cabe mencionar que não estou apenas referindo ao que alguns autores classificam como “direitos fundamentais”, que são aqueles que constam em alguma Constituição Política e em Tratados Internacionais, ou seja, que fazem parte do direito positivo.

Dado que, a diferença essencial entre direitos humanos e direitos fundamentais seria que os primeiros implicam uma nuance filosófica maior, têm uma conotação prescritiva e ética, ainda que não tenham sido objeto de direito positivo em um Estado, enquanto os direitos fundamentais, são os direitos e liberdades reconhecidos e garantidos pelo direito positivo dos Estados e, para alguns autores, pelo direito internacional dos direitos humanos.

O Apartheid acaba por ser um exemplo concreto desta diferença, onde nesta lógica, este sistema não estaria violando garantias fundamentais, visto que ainda não eram reconhecidas na lei sul-africana, mas estaria violando direitos do indivíduo ou direitos humanos.

No entanto, Carpizo menciona que esses dois termos estão cada vez mais próximos e chegará um dia em que eles serão usados sem diferença alguma.

Com isso definido, posso asseverar que na justa defesa dos direitos do indivíduo diante das violações cometidas contra ele fora de seu território, quem melhor garante o exercício de seus direitos são seus Estados de origem, como já mencionei, um exercício que o trabalho diplomático vem buscando ao longo de sua história com sucessos e fracassos. Por conseguinte, este trabalho busca refletir um dos maiores sucessos nesta matéria, onde dois Estados deram grande impulso à defesa dos direitos do indivíduo com o apoio de organizações internacionais e da

sociedade civil, ajudando a perpetuar esse exercício como tarefa rotineira de Estados terceiros que recebem migrantes em seus territórios.

Com estas palavras dedico-me aos grandes esforços desenvolvidos não apenas por estes dois Estados, mas também por décadas de trabalho desenvolvido pelo corpo diplomático, obtendo assim êxito nestes casos, tais quais não envolvem apenas duas histórias, mas também uma bagagem de nações que cooperaram para que o sucesso alcançado seja implementado, mantido e desenvolvido, sempre em benefício da defesa dos direitos do indivíduo.

Em vista disso, este texto enfoca o Estados Unidos Mexicanos e da República Federal da Alemanha, que após fortes críticas e ataques perante a Corte Internacional de Justiça, não descansaram em buscar a defesa dos Direitos Humanos de seus nacionais, que sofreram violações cometidas pelas autoridades dos Estados Unidos da América, baseados na Convenção de Viena sobre Relações Consulares 1963 e apoiado por estes dois Estados.

Contudo, este trabalho discute a aplicação e os limites da defesa dos direitos do indivíduo enquadrada na proteção diplomática, e sustentada no exercício de interpretar e fazer cumprir a Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963. A discussão focará situações onde migrantes são condenados às penas severas, até mesmo a pena de morte, como no caso de milhares de mexicanos nos Estados Unidos da América. Com este objetivo, serão discutidos os casos emblemáticos LaGrand de 2001, e Avena de 2003, apresentados à Corte Internacional de Justiça pela Alemanha e México, respetivamente.

No entanto, durante o desenvolvimento deste trabalho, que partiu de uma visão muito mais tradicionalista das relações internacionais do que se desejava, ousou dizer que hoje não é possível fazer referência a uma concepção de vida neste ambiente global como anteriormente, uma vez que a defesa dos direitos da pessoa, considera outras entidades para o desenvolvimento do sistema internacional, como as empresas transnacionais; Organizações Não Governamentais Internacionais (ONG's); etc., neste caso, vou me referir especificamente à participação das ONG's, cujos esforços e cooperação permitiram aos Estados obter um alcance inimaginável.

Algumas dessas ONG's trabalham para que governos, empresas e grupos armados mudem suas políticas e leis contra a violação dos direitos humanos, e o fazem de várias maneiras, como treinar defensores de direitos humanos, defender o respeito a esses tratados criando movimentos que promovem e protegem os direitos das populações marginalizadas e vulneráveis, além de promoverem a paz internacional. Uma das grandes vantagens, diferentemente dos Estados, é que elas têm um alcance global e são muito mais empáticos com diversos atores internacionais, conseguindo transmitir sua mensagem de forma mais fluida e rápida.

2. A proteção diplomática como instrumento de defesa dos direitos do indivíduo

Gostaria iniciar lembrando que nas Relações Internacionais, em um cenário internacional que tem Estados como atores monopolistas mesmo no século XX, às responsabilidades dos Estados ficam sinalizadas na Carta das Nações Unidas⁴ da seguinte maneira: o respeito pelos Direitos Humanos e pelas liberdades fundamentais de todos, sem distinção quanto à raça, sexo, língua ou religião, para reafirmar a fé nos Direitos Humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana; para depois referir-me ao princípio do tratamento nacional que dita que estrangeiros e nacionais sejam tratados igualmente, evitando as possíveis vantagens que os estrangeiros possam ter com relação aos nacionais. Neste contexto será discutida a Cláusula Calvo e a limitação do uso do recurso da proteção diplomática por parte dos indivíduos (Vermeer, 2007), quem deverão submeter-se à jurisdição dos tribunais locais para à atenção das suas demandas.

A Cláusula Calvo se opõe ao que este trabalho pretende sustentar, sendo a necessidade de proteção diplomática para a defesa dos direitos do indivíduo fora do seu país de origem; no entanto, à Cláusula limita aos países mais poderosos de interferir na jurisdição dos mais fracos e o seu uso se enquadra em três situações: na elaboração de contratos entre um estrangeiro e o governo do país em que reside, após este esgotara todos os recursos da jurisdição local e finalmente quando a pessoa voluntariamente renuncia ao direito da proteção diplomática exercida por seu Estado de origem⁵. Unicamente um aspeto da Cláusula é compatível com o direito internacional, sendo a razoabilidade de oferecer ao Estado anfitrião a possibilidade de reparar o erro através do seu sistema judicial interno (Vermeer, 2007).

A origem da cláusula remonta à afirmação de que, um Estado não poderia assumir a responsabilidade por perdas sofridas por estrangeiros, isso na época das

⁴ Assinado em 26 de junho de 1945 em São Francisco, no final da Conferência da ONU, e um instrumento de direito internacional e é vinculativo para os Estados-Membros da organização, que inclui os princípios das relações internacionais, desde a igualdade soberana dos Estados, até a proibição do uso da força nas relações internacionais.

⁵ Os direitos protegidos no exercício de proteção diplomática podem pertencer ao cidadão individual, mas o direito a exercer proteção diplomática pertence ao Estado da nacionalidade e sendo que o indivíduo não possui o direito de exercer proteção diplomática e até que não seja titular deste direito, ele ou ela não pode denunciá-lo.

guerras civis recorrentes no século XIX; partindo do pressuposto de que os Estados mais fracos estariam sujeitos à possível intervenção de Estados fortes e criariam uma desigualdade injustificável entre nacionais e cidadãos (Arellano, 2010); em outras palavras, pretendia-se evitar qualquer forma de reivindicação diplomática feita por estrangeiros; sendo que os Estados ficariam impedidos por equidade e justiça de reclamar perante um tribunal internacional se não tiver cumprido as considerações a seu cargo.

É importante ressaltar que, para eliminação das controvérsias, não só com a aplicação da Cláusula Calvo, todos os meios de defesa e recursos previstos no ordenamento jurídico nacional devem ser esgotados, antes de se tentar recorrer à proteção diplomática para se defender de supostos atos de violação dos direitos do indivíduo.

É também importante notar que a promoção dos Direitos Humanos, tanto na prática internacional, como nos vários quadros teóricos a delinear no campo das Relações Internacionais, deve muito à multiplicidade de Organizações da Sociedade Civil (OSC) ou Organizações Não Governamentais Internacionais (ONG's) ativas na arena internacional (Centeno, 2008).

Estabelecido essas observações, devo definir que a ação de exercer a proteção diplomática, inerente aos Estados, tem a sua bagagem histórica, mas como já mencionado, sua sustentação se encontra na CVRD, especificamente no seu Art. 3.º b) (Hinojosa et al., 2018):

Proteger no Estado recetor os interesses do Estado emissor e os dos seus nacionais, nos limites permitidos pelo direito internacional.

Observar-se-á que o exercício da proteção diplomática neste estudo de caso, foi exercido para evitar a execução de inúmeras sentenças de morte, proferidas pelo governo dos Estados da América à cidadãos mexicanos e alemães, no entendimento de que o direito à vida é considerado um direito universal, conforme o estipulado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis, Políticos e o Segundo Protocolo Opcional ao Pacto sobre Direitos Civis e Políticos (Portilla, 2004).

3. Estudos de Caso

Deve-se entender, que o campo das Relações Internacionais não pode alcançar a sua própria especificidade ou autonomia científica como disciplina distinta do Direito Internacional, e que, portanto, o exercício da proteção diplomática está intimamente ligado a este último (Centeno, 2008). Neste entendimento, devo também apontar que a proteção diplomática é a muito pacífica de resolver controvérsias entre Estados; no entanto, pode levar ao nascimento de uma disputa internacional, para isso há justamente à regulamentação do Direito Internacional, que, para ser efetivamente aplicada no âmbito nacional, requer a validade do Estado para a sua inserção e legitimação no ordenamento jurídico doméstico; é aqui que a aprovação de um tratado internacional tem que passar por uma legislação interna que contemple os direitos e obrigações nele previstos, de forma que não contrarie os seus preceitos constitucionais. Assim, a aplicação do direito internacional pelos tribunais nacionais depende do que decidam os respectivos ordenamentos jurídicos nacionais, visto que ainda não existe uma norma internacional geral que estabeleça como os respectivos Estados devem incorporar o direito internacional nos ordenamentos jurídicos domésticos (Bosques, 2014).

Nessa perspectiva, o Art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁶, os EUA têm a obrigação de garantir que as suas leis e regulamentos internos não sejam um obstáculo para que os direitos reconhecidos por este artigo tenham pleno efeito⁷.

Da mesma forma, conforme o Art. 27 desta Convenção, os Estados Unidos da América (EUA) não podem invocar doutrinas ou normas extraídas do seu direito interno, nem afirmar que os atos que violam as referidas obrigações internacionais tenham sido cometidos por órgãos subordinados ou por outro nível de governo, ou por outro poder, inclusive o judiciário, para justificar o descumprimento das suas obrigações, desde que literalmente diz:

⁶ “Todo tratado em vigor é vinculativo para as partes e deve ser cumprido de boa-fé”

⁷ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. 27 de janeiro de 1980. OEA [online] referem-se a: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf Consultada em julho de 2021

"Uma parte não pode invocar disposições da sua legislação nacional como justificativa para a violação de um tratado".

Com base nisso, devo enfatizar que tanto para os EUA, como para muitos outros países, segundo o Art. 6.º inciso 2 da sua Constituição, fica estabelecido que (Gómez-Robledo, 2005):

"Esta constituição e as leis dos Estados Unidos feitas em conformidade com ela, e todos os tratados celebrados ou executados sob a autoridade dos Estados Unidos, serão a lei suprema do país e os juízes de cada estado serão obrigados a observá-los, apesar de qualquer disposição em contrário da Constituição ou das leis de qualquer estado".

Elucidando o anterior, devem ser considerados os regulamentos internacionais que apoiaram este caso de violação de direitos humanos e exigiram o exercício de emergência da proteção diplomática. Conforme o que acabei de esclarecer simplificarmente, o tratado que amparou a alegação judicial de ambos os países contra os EUA; a CVCR no seu Art. 5⁸ onde protege os seus interesses e os dos seus nacionais da seguinte forma:

Prestação de serviços a nacionais do Estado que envia, tais como assistência na proteção dos seus direitos e interesses perante as autoridades do Estado de acolhimento.

Igualmente, no seu artigo 36.1 y. 2⁹ estabelece os direitos consulares dos estrangeiros:

1) De modo a facilitar o exercício das funções consulares relacionadas com os nacionais do Estado que envia:

a) Os funcionários consulares podem se comunicar livremente e visitar os nacionais do Estado que envia. Os nacionais do Estado que envia devem ter a mesma liberdade para se comunicar e visitar os funcionários consulares desse Estado;

b) Se a parte interessada assim o solicitar, as autoridades competentes do Estado recetor informarão sem demora a repartição consular competente desse Estado quando, na sua circunscrição, um nacional do Estado que envia for detido de qualquer forma, detido ou colocado na prisão preventiva.

⁸ Convenção de Viena sobre Relaciones Consulares. 24 de abril de 1963. OEA [online] referem-se a: <http://www.oas.org/legal/spanish/documentos/ConvVienaConsulares.htm> Consultada em julho de 2021

⁹ Ibidem.

Qualquer comunicação dirigida à repartição consular pela pessoa detida, detida ou colocada em prisão preventiva, também será transmitida sem demora pelas referidas autoridades, que deverão informar sem demora o interessado sobre os direitos reconhecidos nesta alienação;

c) Os funcionários consulares terão o direito de visitar o nacional do Estado que envia que esteja preso, detido ou em prisão preventiva, de falar com ele e de organizar a sua defesa perante os tribunais. Da mesma forma, terão o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia que, na sua circunscrição, tenha sido detido, detido ou encarcerado em cumprimento a uma sentença. No entanto, os funcionários consulares devem abster-se de intervir a favor do nacional detido, quando este se oponha expressamente.

2) As prerrogativas a que se refere o parágrafo 1 deste artigo serão exercidas em conformidade com as leis e regulamentos do Estado recetor, e deve ser entendido, entretanto, que tais leis e regulamentos não impedem que os direitos reconhecidos por este tenham pleno efeito os direitos por este artigo.

Um suporte substancial para esta controvérsia foi o abordado pelo Protocolo Facultativo da CVRD, sendo o instrumento que permite que as controvérsias sobre a aplicação da Convenção de Viena sejam ouvidas na CIJ¹⁰, onde considero importante ressaltar que este foi ratificado pelos três países, pelo que estabelece essa obrigatoriedade de jurisdição da CIJ de acordo no seu Art. Primeiro¹¹:

“As controvérsias decorrentes da interpretação ou aplicação da Convenção serão submetidas à CIJ”.

Outra fonte de direito internacional que muito contribuiu para a proteção dos Direitos dos Indivíduos através da proteção diplomática, especificamente mediante o Caso Avena, foi o parecer consultivo OC-16/99, de 1.^a outubro de 1999. Série A. Edição 16 (1999), da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) promovida pelo México, onde se observou que a violação do direito à notificação consular em casos capitais, pode representar graves consequências para os direitos fundamentais dos acusados, incluindo o direito a um julgamento justo e defesa adequada, visto que o arguido está privado do direito à informação sobre a

¹⁰ A CIJ, como o principal órgão judicial das Nações Unidas, resolve disputas jurídicas entre os Estados-membros, bem como responde aos pedidos de pareceres consultivos levantados pela Assembleia Geral do organismo, do Conselho de Segurança, ou por agências especializadas autorizadas pelo Assembleia conforme a Carta das Nações Unidas.

¹¹ Protocolo Facultativo sobre a jurisdição obrigatória para a solução de controvérsias da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, 1961. OEA [online] referem-se a: Consultada em julho de 2021

assistência consular no quadro das garantias do devido processo legal (Gómez-Robledo, 2005).

Ordenança da CIJ de 9 de abril de 1998, caso referente à CVRC (Paraguai versus os EUA) (medidas provisórias), que evidenciou a violação das obrigações legais pelos EUA (Estado recetor) com o Paraguai (Estado emissor), em relação aos direitos do exercício do seu direito à proteção diplomáticas sobre um cidadão seu, acusado de pena capital¹²; visto que o governo paraguaio só teve conhecimento do caso três anos após ocorrida a detenção; em virtude disso, o Paraguai recorreu à CIJ em 3 de abril de 1998, onze dias antes da data programada para a execução, 9 de abril. A Corte emitiu uma ordem de medidas provisórias com a intenção que os EUA cancelassem a execução, até que os procedimentos correspondentes foram liberados; no entanto, as autoridades do Estado da Virgínia executaram ao Senhor Breard. Finalmente o requerente solicitou a retirada do processo do Tribunal no final do mesmo ano, após um pedido de desculpas direto oferecido pelo governo dos EUA.

3.1. Alemanha vs. EUA (Caso LaGrand, 2001)

Em 2 de março de 1999, a República Federal da Alemanha, doravante denominada Alemanha, ajuizou ação perante a CIJ, contra os EUA, por entender que havia violado a CVRC¹³ com um pedido urgente de medidas cautelares (Torrecuadrada, 2004), no caso dos seus nacionais, os irmãos Karl e Walter LaGrand, residentes permanentes nos EUA desde infância e condenados em 1984 à morte no Arizona por participar homicídio e tentativa de homicídio durante um assalto à mão armada a um banco no Arizona (Portilla, 2004).

O processo prosseguiu após esgotar todos os recursos ante as autoridades do Arizona e a nível federal, alegando omissão por parte do Estado recetor. Embora as autoridades soubessem que os LaGrand eram de nacionalidade alemã,

¹² O senhor Ángel Francisco Breard, cidadão paraguaio, foi preso e condenado à pena capital na Virgínia, EUA em 1992, executado em 14 de abril de 1998. O governo do Paraguai alega que o senhor Breard rejeitou um acordo com o promotor devido a mal-entendidos culturais.

¹³ Arts. 5.º e 36,1(b)

reconheceram que não lhes informaram sobre o seu direito de obter assistência consular. Em 1992 os irmãos conseguiram contactar com a sua autoridade consular e reclamaram os seus direitos (Portilla, 2004). Porém, primeiro irmão foi executado em 24 de fevereiro de 1999 e a execução do segundo estava prevista para o 3 de março do mesmo ano, apesar do pedido provisório de privação da morte de Walter, o Executivo estadual decidiu prosseguir, no entanto, a Alemanha continuou com os procedimentos legais internacionais na intenção de exigir que tais eventos não sejam repetidos pelos EUA (Portilla, 2004); e, por fim, obteve uma decisão favorável por parte da CIJ. Um fator a ser destacado nesta reclamação é que a CIJ indicou que, para a adequada administração da justiça é relevante que o pedido de medidas provisórias¹⁴ seja apresentado em tempo oportuno, dado que a reclamação deve ser protocolada perante ela, antes da definição das datas para a execução dos condenados.

A Alemanha refere-se à doutrina jurídica americana denominada "preclusão processual¹⁵" e o seu uso prejudicial contra os acusados. A noção de preclusão no sistema legal dos EUA exige que uma pessoa processada em tribunais estaduais e quem busca usar o "habeas corpus" na esfera federal, deve ter esgotado perante a Justiça Estadual toda a argumentação jurídica que recorra a qualquer legislação na esfera federal; caso não o tenha feito, não terá validade a utilização dos referidos argumentos por "habeas corpus" (Bosques, 2014).

A Alemanha foi o segundo Estado a apresentar seu caso perante a CIJ, já que como foi referido previamente o Estado do Paraguai apresentou sua reclamação formal em abril de 1998, solicitando uma decisão judicial a favor do seu nacional Ángel Francisco Breard, preso na Virginia, EUA, no entanto, não obteve êxito, uma vez que foi retirado pelo demandante, culminando a execução do paraguaio pelas autoridades dos EUA, por conseguinte, sem diminuir a relevância deste precedente, esta análise centra-se nos casos que foram submetidos perante CIJ com muito mais

¹⁴ Art. 73 do Regulamento da CIJ.

¹⁵ Preclusão processual significa que se durante o julgamento nos Tribunais Estaduais (Arizona neste caso), os réus não reclamaram da violação do seu direito à notificação e assistência consular, eles não poderiam usar esse argumento na sua petição de habeas corpus federal (ação em garantia da liberdade pessoal perante o poder público, quando isso a afeta de alguma forma e sempre que a afetação implique uma ilegalidade).

impacto dentro do direito internacional, para refletir com maiores consequências positivas.

Desta forma, se observou que o Estado da Alemanha demandou ante a CIJ (Bosques, 2014) seus direitos à notificação e assistência consular, a não aplicação da doutrina legal de “preclusão processual” para seus nacionais, o respeito as ordens vinculantes de medidas provisórias emitidas pela CIJ e que seja concedida à Alemanha uma garantia de que não se incorrerá novamente nestas violações ou em quaisquer procedimentos legais futuros contra cidadãos alemães. A legislação nacional não será usada para cancelar os direitos consagrados na Convenção de Viena.

No entanto, os EUA limitaram a sua interpretação da decisão de LaGrand a rever as penalidades impostas exclusivamente através de mecanismos de clemência executiva, em vista da liberdade da mídia que a CIJ lhe indicou para cumprir a obrigação Art. 36 (Gómez-Robledo, 2005).

3.2. México vs. EUA (Caso Avena, 2003)

Em 9 de janeiro de 2003, os Estados Unidos Mexicanos, doravante denominado México, ajuizou ação perante a CIJ contra os EUA, alegando supostas violações ao artigo 36 do CVRC, por prováveis violações aos direitos de 54 nacionais mexicanos condenados à punição capital e cujos direitos à assistência consular não foram respeitados, mesmo tomando conhecimento da execução de quatro cidadãos mexicanos que haviam sido executados no território dos EUA nas mesmas circunstâncias (Bosques, 2014).

Devido a essas supostas violações, o México não conseguiu exercer o direito à proteção consular estabelecido pelo CVRC nos seus Art. 5 e 36, portanto os seus nacionais não foram devidamente processados e a decisão foi alterada pelos fracos elementos atenuantes apresentados pela incompetência da defesa. Todavia, na época em que o México interveio como defensor de dois dos seus nacionais¹⁶, a

¹⁶ O caso do senhor Gerardo Valdez Maltos, sujeito a violações por parte das autoridades federais e locais dos EUA, onde o México soube do caso fortuitamente em 2001, três meses antes da data de

decisão da pena de morte foi anulada perante o júri de novas audiências do tribunal de apelação; reconhecendo-se assim, expressamente o papel fundamental que o governo mexicano desempenhou na obtenção de provas inéditas sobre a história familiar e estado mental dos acusados. Portanto, concluiu-se que se houvesse informado oportunamente, o México teria intercedido para conseguir uma defesa e um julgamento justo para os seus nacionais, provavelmente alterando a pena máxima imposta pelo júri (Gómez-Robledo, 2005).

Após a revisão dos autos dos 54 cidadãos mexicanos, em última instância, e no curso do litígio, 52 mexicanos foram condenados à morte, pois 2 deles tinham dupla nacionalidade, mexicana e estadunidense. Em março de 2004, o caso Avena foi encerrado com a decisão da CIJ em favor do México.

A opinião Consultiva OC-16/99, 1.^a outubro de 1999 da CIDH, que o México obtém após solicitá-la ao exercer o seu direito como membro da Organização dos Estados Americanos (OEA), estabeleceu a base para a reclamação no Caso Avena interposta pelo México, visto que, como relatei anteriormente, reconhece os direitos individuais dos detidos estrangeiros ao defender o seu direito à informação sobre a assistência consular, sem demora; bem como o devido processo legal consagrado no artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁷, ambos como atribuições correlatas a cargo do Estado recetor, independentemente da sua estrutura federal ou unitária (Guerrero, 2011).

Embora os fundamentos desta queixa aleguem violações dos direitos humanos, especificamente a negação do seu direito à assistência consular, para esta ser eficaz o Estado mexicano teve de argumentar os danos que esta omissão causou ao exercício do seu poder como Estado soberano (Guerrero, 2011).

execução, depois de onze anos preso por uma sentença de homicídio. O presidente mexicano, Vicente Fox interveio, obtendo a graça do governador e do Conselho Local de Perdão e Liberdade Condicional, duas prorrogações e, finalmente, a anulação da pena de morte pelo Tribunal de Recursos Criminais de Oklahoma.

Por outro lado, o caso do mexicano executado em 2002 o senhor Javier Suárez Medina, onde o México, após várias tentativas de obter pelo menos uma prorrogação da sua execução perante as autoridades norte-americanas, destacou perante a CIJ a inação dos EUA, quem violentou o direito à assistência consular dos cidadãos mexicanos.

¹⁷Art. 14/3. Toda a pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a garantias mínimas: 2. A dispor do tempo e dos meios necessários à preparação da sua defesa e a comunicar-se com defensor da sua escolha.

O Estado mexicano apelou ao seu direito de apresentar o caso perante a CIJ, pois buscava criar uma nova ordem internacional que não priorizasse o direito interno e defendesse os Direitos dos Indivíduos, sendo este um dos maiores precedentes da história do Direito Internacional, onde se procurou a defesa dos cidadãos mexicanos sobre o seu direito de exercer a proteção diplomática, que o governo do México foi notificado a tempo das referidas detenções; assim como a exigência de que notificação de direito a assistência consular ao arguido, ocorra antes que o Estado recetor possa questioná-lo ou tomar qualquer ação contra ele.

Da mesma forma, o México apelou à obrigação internacional dos Estados de fornecer uma revisão e reconsideração eficazes dos julgamentos derivados de casos em que houve violação a proteção diplomática; substituir a referida revisão pelo procedimento de clemência; e ao aplicar preclusão processual e outras doutrinas jurídicas municipais que não reconhecem a importância jurídica do significado legal às violações; diante disso, o Estado mexicano demandou aos EUA a reparação por “*restitutio in integrum*”¹⁸.

Assim sendo, destacou que se as sentenças não forem anuladas, os EUA fornecerão pelos meios que eles optarem, uma revisão e reconsideração significativa das mesmas, sendo que tal obrigação não poderá considerar-se como satisfeita através de processos de clemência, ou em caso de aplicação de qualquer doutrina doméstica inconsistente com a reclamação e que devem cessar as suas violações do da CVRC, no que diz respeito aos cidadãos mexicanos e deve fornecer garantias adequadas para isso.

Como pode ser observado, ao contrário de LaGrand, o Caso Avena não aplicou perniciosamente preclusão processual, com isso o México exigiu a revogação das sentenças e de todos os processos penais.

¹⁸ Refere-se a um benefício legal, pelo qual uma pessoa que sofreu um dano em algum ato ou contrato, consegue que as coisas sejam restauradas ao estado em que estavam antes do dano. Cattán, Ángela. Atala. La *restitutio in integrum* no Direito Indiano, IJ UNAM, [online] referem-se a: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/820/14.pdf> Consultada em agosto de 2021

3.3. Resoluções da CIJ

Antes de falar sobre as resoluções da CIJ nos casos Avena e LaGrand, vale ressaltar que ao contrário dos tribunais nacionais, onde um poder executivo tem o direito de realizar os seus julgamentos, o sistema internacional ainda tem algumas limitações importantes sobre o impacto das decisões dos seus tribunais. Um dos mais importantes é seu limite de jurisdição. Outro é que todos eles têm pouca capacidade de fazer cumprir as suas próprias decisões. Este sistema internacional de Justiça depende fortemente da vontade que os atores cumprirão voluntariamente, visto que não há poder real para impor o que foi decidido. No melhor dos casos a conformidade é bem-vista tanto pela opinião pública local quanto pela internacional. O cumprimento das regras estabelecidas por todos, impede que um Estado se torne um pária em meio ao crescimento regional, comunidades e o estabelecimento de acordos universais (Moreno, 2009). Mesmo assim, devo salientar que todos os Estados que sejam parte do seu Estatuto, podem recorrer à Corte na sua dimensão contenciosa (Bosques, 2014).

Nestes casos a CIJ teve um papel fundamental, uma vez que tanto o México quanto a Alemanha apresentaram-se, com o intuito de resolver as controvérsias geradas pelos EUA com base no Direito Internacional, depois que este Estado recetor violou os instrumentos internacionais ratificados por ele mesmo. Conforme mencionei e em concordância com o estipulado no CVRC, não apenas os direitos humanos dos nacionais detidos foram violentados, mas o poder dos Estados emissores de ajudar esses concidadãos.

Em relação ao caso LaGrand, a CIJ pronunciou-se em 27 de junho de 2001 e indicou que a apresentação das ações judiciais futuras não será facilmente admitida, faltando apenas horas ou dias para a execução dos réus (Gómez-Robledo, 2005). Porém, declarou que, para obter a reparação pelos danos sofridos aos cidadãos alemães, deve haver uma revisão e reconsideração do veredicto de culpado da sentença, sendo que pela primeira vez o valor das Ordenanças em que são indicadas medidas provisórias, mostraram consequência a responsabilidade dos EUA pelo descumprimento da ordem proferida pela Corte em 3 de março de 1999 (Torrecuadrada, 2004).

Da mesma forma, a Corte declara que os EUA devem fornecer à Alemanha garantia de que não incorreram novamente atos ilegais e que, em qualquer processo jurídico futuro contra cidadãos alemães, vão assegurar que a legislação nacional (a doutrina legal de “preclusão processual”), não seja usada para cancelar os direitos consagrados na CVRC (CIJ, 2005).

No caso do México, a CIJ, na sua Ordenança do 5 de fevereiro de 2003, emitiu medidas provisórias ao respeito de dois pontos em particular.

Em 2008, 2011, 2014, 2017 e 2018, os EUA cumpriram a sentença de execução de seis¹⁹ dos 51 mexicanos que, graças à decisão proferida pela CIJ no Caso Avena, receberam o direito de revisar e reconsiderar as suas sentenças, isso como parte das obrigações que os EUA tiveram de cumprir, após o óbvio desrespeito ao devido processo onde os réus foram envolvidos pelas autoridades estadunidenses, como uma violação clara do Art. 36 1.b do CVRC, sendo que até o 2020, ainda continuavam 30 presos com sentença de pena de morte (CNDH, 2020).

Essas ações permitem dar evidências claras da violação da decisão emitida pela CIJ no Caso Avena e a pouca garantia que esses instrumentos representam perante a comunidade internacional, visto que, neste caso, a Corte não pode ser visualizada num panorama onde as suas ordenanças ou decretos sejam cumpridos perante os seus Estados-membros, porque não há figura obrigatória onde os compromissos são assumidos, e onde as resoluções que dela emanam são cumpridas por ordem, prejudicando a sua autonomia e, claro, a eficácia do julgamento.

3.4. Os EUA diante das reclamações que suportam os casos e as resoluções da CIJ

É preciso ressaltar que a jurisdição do Tribunal se estende a todos os litígios apresentados pelos Estados e a todos os assuntos previstos na Carta das Nações Unidas (tratados e convenções em vigor), portanto os Estados podem ser obrigados

¹⁹ maio de 2008, José Ernesto Medellín Rojas (Texas); julho de 2011, Humberto Leal García (Texas); Janeiro de 2014, Edgar Tamayo Arias (Texas) e Ramiro Hernández Llana (Texas); novembro de 2017. Rubén Ramírez Cárdenas

de antemão a aceitar a jurisdição do Tribunal em casos especiais, através de declarações de aceitação obrigatória.

Da mesma forma, destacarei o Art. 29 da CVDT, que estabelece a natureza vinculativa dos tratados para as partes²⁰. Portanto, os EUA são internacionalmente responsáveis pelo descumprimento da norma convencional.

Nessa perspectiva, a demanda apresentada pelos EUA não tem cabimento, visto que insistiu na incompetência da CIJ em ambos casos, argumentando que o Protocolo Facultativo ao CVRC não é um vínculo jurisdicional válido para o exercício do direito estadual exercido pela Alemanha, isso no Caso LaGrand, o que significa que a Corte seria competente para ouvir violações do CVRC, mas não para o exercício de proteção diplomática por ser um conceito de direito internacional consuetudinário²¹; do mesmo modo que, segundo eles, são incompetentes para conhecer a fundo a demanda alemã, dada a inexistência de controvérsia internacional (Torrecuadrada, 2004).

O aspeto mais contrastante desse argumento acontece no ano 1979, no caso EUA vs. Irã²², a defesa estadunidense afirmou que, como assinante da Carta das Nações Unidas, todo o país deve obedecer a qualquer decisão ou ordem emitida pela CIJ assim como a aplicação da CVRC e seu Protocolo Facultativo (Bosques, 2014).

Outro dos preceitos notáveis durante a defesa dos EUA foi que o promotor no Caso LaGrand, se caracterizou por ignorar a relação entre o direito internacional e o direito interno, o que não justifica o seu descumprimento, mas o levou a desobedecer a uma ordenança da CIJ, onde foram adotadas medidas cautelares para os sentenciados alemães (Torrecuadrada, 2004).

²⁰ Art. 29 CVDT: um tratado obriga cada uma das partes em relação a todo o seu território para a totalidade do seu território, a menos que uma intenção diferente surja do tratado, ou seja, estabelecida de outra forma

²¹ Este fato não impede que um Estado parte de um tratado que cria direitos individuais, se ocupe com o caso de um dos seus nacionais e inicie processos judiciais internacionais em nome do seu nacional, com base numa cláusula jurisdicional geral desse tratado (CIJ, 2005).

²² Refere-se à crise de reféns na Embaixada dos EUA, envolvendo pessoal diplomático e consular desse país em Teerã, 1979.

No caso *Avena*, em contraste com os Casos *LaGrand* e *Breard*, a defesa dos EUA não reconheceu que havia violado as suas obrigações internacionais sob o CVRC, isso com a intenção de que a CIJ decidisse que as reclamações do governo mexicano fossem resolvidas por meio do antecedente da decisão alemã; mesmo assim afirmou que os casos dos 54 mexicanos originalmente apresentados eram complexos e díspares entre si e que, portanto, não poderiam ser incluídos no mesmo processo (Robledo, 2005).

A esperança surgiu quando, em 28 de fevereiro de 2005, o presidente Bush emitiu um memorando ao procurador-geral, onde determinava que os Estados Unidos deveriam cumprir as suas obrigações internacionais, conforme estipulado na decisão da *Avena*. Porém, a sua natureza jurídica nunca foi clara, além de nunca ter sido apresentada como ordem executiva. Depois disso, os EUA anunciaram a sua retirada do Protocolo Facultativo em 7 de março de 2005, expressando a sua inconformidade com o Caso e reiterando que as decisões da CIJ não são vinculativas na legislação doméstica.

Devo enfatizar que a maior das controvérsias que o governo dos EUA justificou foi que, embora a revisão e reconsideração dos 51 casos contidos no Caso *Avena* não tenham sido concedidas, isso não significa que a decisão tenha sido violada, visto que insistiu na aplicabilidade da ordem interna, como no caso de Texas em 2008, a Suprema Corte desse país determinou que não está obrigado a suspender as execuções de estrangeiros, alegando que nenhum tribunal Internacional pode substituir as leis estaduais nem dos EUA e que o governo federal não tem autoridade para ordenar que os estados revisem as sentenças.

Finalmente, considero relevante mencionar o chamado "excepcionalismo" dos EUA, autoimposto por eles mesmos, e pelo qual se destacam qualitativamente de outras nações em muitos aspectos. Neste caso, perante o Direito Internacional priorizando sua legislação nacional, faz com que se destaquem como uma nação sem noção da atual situação internacional; sem perceber que a melhor forma de aclamar pela proteção do Direito dos Indivíduos é baseando-nos no dever de solidariedade entre todos os atores internacionais.

Este fato se reflete nas recentes ações políticas em nível internacional e bilateral, onde os EUA optaram por se retirar de acordos como:

- Acordo de Paris. - Saída em 2018, promovendo assim a inação e simulação de muitos países, em quanto as medidas para reduzir as emissões de gases de efeito estufa. Os EUA assinaram seu retorno em 20 de janeiro de 2021.

- Tratado de Céus Abertos. - Saída 2020, provocou a saída de países como a Rússia, então agora duas grandes potências estão livres para realizar voos de vigilância aérea sobre instalações militares de outros países.

Organização Mundial da Saúde. - Saída em julho de 2020 ameaçou retirar-se da organização; no entanto, em fevereiro de 2021, reiterou seu interesse em permanecer com ela.

Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. - Retirou-se em junho de 2018, retornando em outubro de 2021.

Ações que não denotam mais do que a falta de compromisso por parte desta nação com o entorno global, de como se impor, exibindo-se como um Estado que tem a crença de que ocupa uma posição especial na história e no cenário mundial, não é difícil entender que eles se definem, como os árbitros de todos os conflitos internacionais.

4. Os Estados e não cumprimento das normas internacionais

Após a análise realizada neste trabalho, uma das maiores incógnitas que me surgiu é o fato dos Estados, como entidades de Direito Internacional, não serem obrigados a cumprir os compromissos assumidos por meio de tratados internacionais ou, se são obrigados, por que a comunidade internacional não pode observar o seu descumprimento e requerer indenização por danos ou, melhor ainda, prevenir essas infrações cometidas contra estrangeiros, impedindo-as de acontecer; Portanto, com base nisso, estabeleci algumas percepções que durante este estudo considerei relevante mencionar, pois embora tenha sido observado que a responsabilidade internacional dos Estados surge no momento da violação dos direitos dos indivíduos, a jurisprudência interna é colocada perante o internacional, como justificativa para a defesa da soberania.

Conforme afirmou J.A. Carrillo em 2000, o relativismo do Direito Internacional aponta que, em princípio, para que uma obrigação de vincular um Estado, ou uma situação produza efeitos jurídicos em relação a ele, é necessário que esse Estado tenha participado de sua criação ou os reconheceu; daí a relevância do consentimento no Direito Internacional, e que os Estados procurem determinar qualquer ponto controverso, de fato ou de Direito, segundo seus próprios critérios. Essas reivindicações não prevalecem sobre a obrigatoriedade das normas de Direito Internacional, mas em cada situação são valorizadas por cada Estado, unilateral e subjetivamente, sem que as percepções de um Estado prevaleçam automaticamente sobre as de outro.

Fato que os EUA denotam ao apontar indiretamente que o principal, no que diz respeito à regulação do Direito Internacional, especificamente na defesa dos direitos do indivíduo, é uma mudança na concepção de soberania estatal perante a ordem internacional, uma vez que a o Estado não pode eximir-se de suas responsabilidades como entidade global, além do fato de que a responsabilidade entre os Estados não difere em cada caso nem depende de avaliações, tese que foi reforçada pelas sentenças proferidas pela CIJ em ambos os casos.

5. Perspectivas da defesa dos Direitos do Indivíduo e as ONG's

A defesa dos Direitos do Indivíduo representa uma imensa oportunidade no cenário das relações internacionais, visto que os atores que nele convergem podem alcançar a verdadeira defesa direitos dos nacionais que se encontram fora do seu Estado de origem. Isto exige o cumprimento dos compromissos internacionais assumidos, tais como a implementação de medidas coercivas pelo CIJ quando uma sentença não é cumprida, de modo a assegurar o respeito pela ratificação de um instrumento jurídico internacional.

Com isto quero dizer que apoiar o trabalho da diplomacia tradicional, com o do desempenho das funções das ONG's, asseguram o respeito pelo direito internacional e pelos direitos dos indivíduos e certamente, para o alcance dos valores que delas emanam tais como a proteção da dignidade do ser humano (Abad, 2014).

Esta diversidade de participação entre o Estado e as ONG's na defesa dos Direitos dos Indivíduos permite uma maior pluralidade na defesa destes valores, que estão ligados à proteção dos indivíduos e dos povos, aos seus direitos e aspirações, e não apenas aos direitos e aspirações dos Estados.

Deve-se reconhecer que a contribuição potencial das ONG's é maior que a da diplomacia tradicional, dada a sua maior flexibilidade e liberdade de ação dentro do cenário global e a sua capacidade de intervenção precoce, assim como a sua capacidade de mobilizar recursos e agir mais rapidamente; por exemplo, intervindo para estabelecer contatos preliminares entre as partes, assim como o fato de ser menos ameaçadoras para certos Estados partes, porque não são movidas por interesses e objetivos geopolíticos ou regionais.

Além da contribuição que os novos atores podem oferecer, a vontade dos Estados é fundamental para o bom exercício do Direito Internacional em prol da defesa dos indivíduos, onde essas ONG's podem desempenham um papel fundamental como facilitadoras e mediadoras, pois atualmente são elas quem permitem:

- Integração e entendimento internacional, universal e regional.
- Um processo de socialização do Direito Internacional, na medida em que regula as relações sociais e humanas mais complexas e mais amplas do que as relações políticas tradicionais entre Estados soberanos (Carrillo, 2000).
- Um processo de humanização da ordem internacional pelo fato do Direito Internacional ter começado a dar entrada aos povos e à pessoa, rompendo assim o tradicional exclusivismo dos Estados como únicos sujeitos deste Direito (Carrillo, 2000)
- Estabelecimento e reconhecimento de normas de Direito Internacional com estrutura descentralizada, permitindo o surgimento de mais atores internacionais.

Ainda há muito a considerar aqui, visto que as ONG's enfrentam uma série de problemas no seu campo de ação, sendo o principal obstáculo a limitada influência que elas têm na execução de mandatos considerando a ausência da autoridade.

Do mesmo modo, a fonte dos seus fundos representa outro problema grave e por causa disso, os objetivos de algumas ONG's são por vezes impostos, assim como a ligação que elas podem ter com certos sistemas governamentais, o qual significa que podem perder a sua própria análise racional e credibilidade (Abad, 2014), fatos que devem ser cuidados e respeitados para não cair em um novo vício da política internacional e continuarem cometendo crimes que prejudicam indivíduos indefesos perante o marco jurídico internacional.

As novas estruturas da ordem social que surgiram de acordo com o Direito Internacional para a defesa dos indivíduos, geraram gradativamente uma nova ordem global que impôs aos Estados a abertura de suas fronteiras e redistribuiu suas prioridades, obrigando-os a interagir com outros atores internacionais; fato que se reflete na forma como passam a exercer sua política internacional nesse novo cenário e os julgamentos de defesa de indivíduos em nível internacional, perante fóruns internacionais que ajudam os Estados a tomar decisões para resoluções mais justas.

6. Conclusão

Devemos considerar que a defesa dos direitos dos indivíduos enquadrados no Direito Internacional carece de uma estrutura forte para ser aplicada, no sentido de que há vários atores envolvidos em sua execução; portanto, o caminho percorrido por México e Alemanha na reivindicação perante a CIJ para o correto exercício desse direito foi um grande avanço que repercutiu no processo de difusão do poder, enfatizando as mudanças relevantes e necessárias que até agora viviam no exercício da política internacional e que impediu a correta aplicação e definição desta Lei, para a defesa das pessoas que viram seus direitos violados nas mãos de terceiros Estados; denotando assim a clara concepção de que o regime de poder internacional não está única e exclusivamente nas mãos dos Estados.

Por outro lado, a responsabilidade internacional, gerada como resultado da violação dos instrumentos jurídicos internacionais, tais como tratados e as suas decisões derivadas, neste caso pela CIJ, quem obriga aos Estados a responder prontamente à comunidade internacional, mas quando permite que um ato ilegal aconteça em seu território e, ainda mais se for cometido pelas suas próprias autoridades, por conseguinte, é exigido que tanto os Estados como os tribunais internacionais atendam e apoiem aos nacionais e as decisões emitidas pelos tribunais.

Ficou demonstrado através desta análise que o maior risco que corremos dentro do cenário internacional é nossa vulnerabilidade como indivíduos perante terceiros Estados, devido à ineficácia dos tribunais internacionais ou o desprezo desses Estados pela falta de compromisso com as responsabilidades anteriormente assumidas.

Este fato deve alertar a comunidade internacional, visto que neste caso de análise o CIJ é uma das figuras que, supostamente, assume a função de garante do exercício dos Direitos Internacionais, pelo que diante de um panorama tão hostil, diversos organismos internacionais manifestaram seu desânimo e indignação, ressaltando que não só é preocupante a violação do direito à vida e do devido processo legal, mas também do incumprimento das obrigações jurídicas internacionais (Portilla, 2004).

Nesta perspectiva, é evidente que a garantia dos Direitos Humanos dos nacionais não deve ser patrimônio de uma ideologia ou de um partido político, nem de um sector particular da sociedade, nem apenas de um Estado particular na cena internacional, mas deve ser uma bandeira da humanidade, cujo objetivo é defender os direitos últimos e mais básicos de todos os seres humanos (Centeno, 2008).

Nesse sentido, as ONG's participam cada vez mais ativamente, mas ainda de forma limitada, para lutar pelo respeito dos Direitos dos Indivíduos e por um exercício cada vez mais igualitário do direito internacional, uma vez que a diplomacia tradicional não pode mais se defender por se só e, portanto, requer o apoio desses atores para alcançar aquilo que os Estados por vezes não conseguem alcançar autonomamente; foi a isto que o antigo Secretário-Geral da ONU Kofi Annan chamou "nova diplomacia", uma forma de política internacional definida por um grau de cooperação e coordenação sem precedentes entre os diferentes atores.

7. Referências bibliográficas

Livros e publicações periódicas

ABAD-CASTELOS, Montserrat. **La diplomacia paralela de las organizaciones de la sociedad civil ante los conflictos: ventajas, inconvenientes y desafíos, con especial referencia a la UE.** 2014.

ACHARYA, Deciancio, Tussie. **Latin America in global international relations.** Taylor & Francis, New York, 2022. pp. 1-10.

ARELLANO, Carlos. **Evolución de la cláusula Calvo y la zona prohibida en el Derecho constitucional mexicano y en el Derecho internacional.** Derecho, UNAM. Pub 05 México, 2010. pp. 11-16.

BEM, Freire e Arruda. **As origens históricas da diplomacia e a evolução do conceito de proteção diplomática dos nacionais.** Anuário Mexicano de Direito Internacional, UNAM Vol. XVII, 2017 pp. 625.

BOSQUES, Gilberto. **EL CASO AVENA: A diez años del fallo de la Corte A diez años del fallo de la Corte Internacional de Justicia.** Senado de la República. Centro de estudios Internacionales. 2014.

CALDUCH, R. **Dinâmica da Sociedade Internacional.** Edit. CEURA. Madrid, 1993.

CARPISO, Jorge. **Los Derechos Humanos: naturaleza, denominación y características.** Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm 25, UNAM, julio-diciembre 2011. Pp. 13-14.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. **"Derechos humanos y derecho internacional."** Isegoría, 22, 69-81. 2000.

CATTÁN, Ángela. Atala. **La restitutio in integrum en el Derecho Indiano, IIJ UNAM,** [online] referem-se a: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/820/14.pdf> Consultada em agosto de 2021.

DUGARD, John. **Artigos sobre proteção diplomática.** ONU, 2013 pp.1-2.

GÓMEZ-ROBLEDO, Juan Manuel. **El Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia.** Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. V, 2005, pp. 173-220.

GRAHAM, James. **El Fallo “Avena” De La Corte Internacional de Justicia y la Violación de los Derechos Consulares de los detenidos extranjeros.** Secretary of State Bayard to Chargé in México, Foreign Relations of the United States, Bolivia, 2007.

GUERRERO, Martha. **Casos Presentados ante la Corte Internacional de Justicia por Impedimento al Ejercicio de la Asistencia Consular.** Revista Holística Jurídica, Universidad de San Buenaventura Seccional, Medellín. N.º 9, 2011 pp. 79-94.

HINOJOSA, Portilla, Chao. **Los Mecanismos de Repatriación en la Frontera de Tamaulipas de Niños e Infantes Emigrantes Mexicanos No Acompañados desde una Perspectiva Humanitaria y de la Protección Integral.** 2013-2015. México 2018.

JUÁREZ, Carlos. **Derechos Humanos y Relaciones Internacionales: Reflexiones sobre el Entrecruzamiento de estas Disciplinas en la Teoría y Prácticas Internacionales.** Anuario del CIJS, Madrir, 2008. pp. 3,7,9.

KLEIN, Natalie. **Avena and Other Mexican Nationals: How the International Court of Justice Lost its Crown.** UNSW Sydney, 2004.

MARTINEZ, Zaldivar. **A proteção consular como direito humano.** Revista de Direito, Universidade do Oriente, Cuba, não. 18, 2015.

MORENO, Rubén. **The Avena Case: Prospective and Proposals on the International Justice System and the United States Practice of International Obligation derived from International Tribunals.** Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, México, 2009.

ORTEGA, Elisa. **Natureza jurídica da proteção diplomática à luz do desenvolvimento progressivo do Direito internacional: Direito do Estado ou da pessoa humana?** Anuário Mexicano de Direito Internacional, Vol. XVI, 2016, pp. 3-45.

PARADELL, Luis. **A precariedade do direito internacional nos Estados Unidos: os casos BREARD e LÁGRAND.** Revista UNAM [online] referem-se a: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/download/6286/6758/12668> Consultada em fevereiro de 2021.

PORTILLA, Juan Manuel. **El Derecho Internacional y los mexicanos sentenciados a pena de muerte en Estados Unidos.** Alegatos, Num. 56, 2004.

SERNA, Teresa. **El Caso Avena, diez años después: problemas relativos a la efectividad de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia.** CEI International affairs. Escuela Diplomática de Barcelona, 2015.

VARELA, Luis Alberto. **Proteção diplomática e nacionalidade das Pessoas.** Revista costa-riquenha de Direito Internacional, I Edição, janeiro Costa Rica, 2014 p. 41.

VATTEL, Emer de. **O Direito das Nações, ou os Princípios do Direito Natural.** 1758, p. 214.

VERMEER-KÜNZLI, Anna Maria Helena. **The Protection of Individuals by means of Diplomatic Protection: Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument**. Tesis doctoral, Países Bajos, Universidad de Leiden, 2007.

Y SERRA, António Truyol. **História do Direito Internacional Público**. Madrid, Tecnos, 1998, p. 19.

Tratados e outras fontes

A /CN.4 / 1. 684 (29 de maio de 2006), Comissão de Direito Internacional, ONU. [online] referem-se a:

https://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/anuario/CD%20Anuario%202007/Dip/CDI/CDI%20ACN%2041%20684.pdf Consultada em fevereiro de 2021

Artigo 1. Definição e âmbito do projeto de artigos sobre a proteção diplomática (A/CN.4/L. 684 * 29 de maio de 2006), Comissão de Direito Internacional da ONU na sua 58.ª sessão, Genebra.

Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. 27 de janeiro de 1980. OEA [online] referem-se a:

https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf Consultada em julho de 2021

Convenção de Viena sobre Relaciones Consulares. 24 de abril de 1963. OEA [online] referem-se a:

<http://www.oas.org/legal/spanish/documentos/ConvVienaConsulares.htm> Consultada em julho de 2021

Convenção de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. 18 de abril de 1961

Estatuto da Corte Internacional de Justiça, ONU [online] referem-se a:

https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf Consultada em agosto de 2021

Protocolo Facultativo sobre a jurisdição obrigatória para a solução de controvérsias da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, 1961. OEA [online] referem-se a:

<http://www.oas.org/legal/spanish/documentos/convencionviena.htm> Consultada em julho de 2021

Viena. Parágrafo 1º, Declaração e Programa de ação de Viena, Conferência Mundial dos Direitos Humanos. 1993.

Sites

Amnistía Internacional, Pena de Muerte. [online] referem-se a:
<https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/pena-de-muerte/> Consultada em julho de 2021

CNDH, Comunicado de imprensa DGC / 322/2020. O CNDH segue mexicanos que enfrentam pena de morte no exterior. outubro 2020.

Hoppe, Carsten. One step forward, two steps backward: The ICJ interprets Mexico's Request for Interpretation of Avena and other Mexican Nationals. 2009. Blog of the European Journal of International Law, [online] referem-se a:
<https://www.ejiltalk.org/one-step-forward-two-steps-backward-the-icj-interprets-mexico%E2%80%99s-request-for-interpretation-of-avena-and-other-mexican-nationals/> Consultada em agosto de 2021. Pp. 14-15

Casos

Caso LaGrand (Alemania contra los EUA), 2001. Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la CIJ 1997-2002. Naciones Unidas, Nueva York, 2005. Nº 134. pp. 200-2013

Caso relativo a la Convención de Viena Sobre Relaciones Consulares (Paraguay contra los EUA), 1998. Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la CIJ 1997-2002. Naciones Unidas, Nueva York, 2005. Nº 110. pp. 30-34

Causa relativa a Avena y otros nacionales mexicanos (México contra los EUA), 2004. Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la CIJ 2003-2007. Naciones Unidas, Nueva York, 2008. Nº 141. pp. 11-14