

# O INSTITUTO DA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA: UMA BREVE ANÁLISE DO CASO AVENA E OUTROS NACIONAIS MEXICANOS PERANTE A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

*The institute of diplomatic protection: a brief analysis of the case concerning Avena and other Mexican nationals before the International Court of Justice*

*Bartira Magalhães Filgueiras Nunes<sup>\*</sup>  
Thalita Christine de Mendonça Fontoura<sup>\*\*</sup>*

**RESUMO:** O presente artigo destina-se a uma melhor compreensão do instituto da proteção diplomática, entendido como um conjunto de medidas adotadas pelos Estados para a salvaguarda de seus nacionais. Primeiramente, serão apresentadas a atividade diplomática e a assistência consular, temas conexos à proteção diplomática. Em seguida, serão estudados os elementos desse instituto, sua compreensão histórica e sua posição no Direito Internacional. Após o estudo das bases teóricas de tal proteção, será analisado o caso Avena e outros nacionais mexicanos, destacando-se suas particularidades, relações com casos pregressos da Corte Internacional de Justiça e a polêmica doutrinária que o circunda. Por fim, pontuaremos a correlação entre o entendimento da Corte no julgado Avena e a necessidade de uma codificação vinculante para um maior encorajamento do respeito à proteção diplomática.

---

<sup>\*</sup> Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia(UFBA) e membro do NCI – Núcleo de Competições Internacionais – Direito Internacional. barti\_nunes@hotmail.com.

<sup>\*\*</sup> Aluna Especial: Mestrado em Administração (UFBA)- Disciplina: Globalização, Governança e Organizações Internacionais; Bacharela em Humanidades pela UFBA; Graduanda em Direito – UFBA e membro do NCI – Núcleo de Competições Internacionais – Direito Internacional. tcmfontoura@gmail.com.

**PALAVRAS-CHAVE:** proteção diplomática; corte internacional de justiça; assistência consular; caso Avena e outros nacionais mexicanos

**ABSTRACT:** The present article aims to provide a better understanding of the institute of diplomatic protection, known as a mechanism used by States to protect their nationals. First, the concepts of diplomatic activity and consular assistance will be presented, both connected to the diplomatic protection. After, the elements of this institute, as well as its historical context and its position in International Law, will be described. Following the theoretical framework of this protection, we will analyse the case concerning Avena and other Mexican nationals, highlighting its particularities, its relation to previous cases before the International Court of Justice and the controversy that surrounds it. Finally, we will show the relation between the reasoning of the Court in Avena and the necessity of a binding treaty that encourages respect towards the diplomatic protection.

**KEYWORDS:** diplomatic protection; international court of justice; consular assistance; case concerning Avena and other mexican nationals

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A importância da atividade diplomática e da assistência consular; 2.1. Quanto à atividade diplomática; 2.2. Quanto à assistência consular; 3. Proteção diplomática; 3.1. Contexto histórico; 3.2. Compreensão contemporânea da proteção diplomática; 3.2.1. Temas de Direito Internacional correlatos à proteção diplomática; 3.3. Elementos para a concessão da proteção diplomática; 4. O caso Avena e outros nacionais mexicanos; 4.1. Influências de casos pregressos e desdobramentos do caso Avena; 4.2. Particularidades do julgado em estudo; 4.3. A divergência doutrinária quanto à aplicação da proteção diplomática nesse caso; 5. Conclusão; 6. Referências.

## **1 INTRODUÇÃO**

O instituto da proteção diplomática é um dos tópicos mais antigos e notórios do Direito Internacional. Embora sobreleve em importância, tendo sido objeto de projeto da Comissão de Direito Internacional<sup>1</sup> e de inúmeras publicações doutrinárias, ainda pairam dúvidas de ordem prática sobre seu âmbito de aplicação. Por esse motivo, este trabalho irá, primeiramente, inserir a proteção diplomática no contexto mais amplo no qual se encontra, qual seja, o da representação do Estado perante a comunidade internacional e a defesa de seus nacionais no estrangeiro, e, em seguida, analisá-la à luz do atual panorama do Direito Internacional.

## **2 A IMPORTÂNCIA DA ATIVIDADE DIPLOMÁTICA E DA ASSISTÊNCIA CONSULAR**

A proteção diplomática guarda relação com duas outras atividades desempenhadas pelo Estado em suas relações internacionais: a atividade diplomática e a assistência consular. Em todas, guardadas as suas particularidades, há a noção de representação do Estado no exterior. Entretanto, embora haja essa aproximação, os três institutos apresentam marcadas diferenças.

### **2.1 Quanto à atividade diplomática**

O internacionalista brasileiro Marcelo Varella refere em sua obra que a diplomacia é o meio pelo qual os Estados estabelecem ou mantêm relações mútuas, comunicam-se uns com os outros ou realizam transações legais ou políticas, por meio de seus agentes autoriza-

---

1A Comissão de Direito Internacional(International Law Commission, na expressão em inglês) tem por objetivo desenvolver o estudo do Direito Internacional, formulando pareceres que auxiliem os Estados na interpretação de tratados, bem como elaborando projetos de futuras convenções internacionais.

dos<sup>2</sup>. É uma das atividades mais antigas de que se tem notícia<sup>3</sup>, englobando, atualmente, acordos de caráter político, cultural, econômico, dentre outros. No âmbito do Direito Internacional, a atividade diplomática gerou um campo específico, conhecido por Direito Diplomático, que estabelece normas e costumes, aceitos internacionalmente, para regular as relações diplomáticas entre os Estados e Organizações Internacionais<sup>4</sup>. Existem dois conceitos fundamentais nas relações diplomáticas. O primeiro deles é o do consentimento mútuo entre os Estados, ou seja, o estabelecimento das relações diplomáticas, bem como o envio de agentes, devem ser aceitos por ambos os Estados; o segundo, o da inviolabilidade dos agentes diplomáticos, a quem são conferidas também imunidades, para que melhor possam exercer suas funções no país estrangeiro.

A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, concluída em 1961, representou a formalização de diversas regras já praticadas pelos Estados em suas relações internacionais, contando atualmente com 190 Estados-parte<sup>5</sup>. É tido como um dos tratados internacionais de maior sucesso no âmbito das Nações Unidas, principalmente devido à longa estabilidade das regras básicas de direito diplomático<sup>6</sup>. Seus cinquenta e três artigos disciplinam, entre outros, as funções da missão diplomática, imunidades dos agentes diplomáticos, o regime das inviolabilidades e procedimentos em caso da ruptura de relações diplomáticas.

Pode-se perceber, pelas características mencionadas, que, enquanto a atividade diplomática insere-se no âmbito geral e abrangente

---

2 VARELLA, Marcelo Dias. Relações Diplomáticas e Consulares. In: \_\_\_\_\_. Direito Internacional Público. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. cap. 6, p. 337 – 380.

3 DENZA, Eileen. Vienna Convention on Diplomatic Relations. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009. Disponível em: <[http://legal.un.org/avl/pdf/ha/vcdr/vcdr\\_e.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/vcdr/vcdr_e.pdf)>. Acesso em: 6 de maio de 2016.

4 VARELLA, Marcelo Dias, op. cit., p.337.

5 Vienna Convention on Diplomatic Relations. United Nations Treaty Collection. Disponível em: <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=III-3&chapter=3&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-3&chapter=3&lang=en)>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

6 DENZA, Eileen. Vienna Convention on Diplomatic Relations. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009. Disponível em: <[http://legal.un.org/avl/pdf/ha/vcdr/vcdr\\_e.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/vcdr/vcdr_e.pdf)>. Acesso em: 6 de maio de 2016.

das relações entre Estados e entre estes e Organizações Internacionais, podendo incluir cooperação política, econômica, cultural e afins, a proteção diplomática possui um escopo bem mais limitado, como se verá nos itens que se seguem.

## **2.2 Quanto à assistência consular**

As relações consulares, embora tenham em comum com a atividade diplomática a ideia de representação do Estado, possuem relativa independência e são regidas por regras próprias. Cabe notar, quanto à questão da independência, que a função consular é principalmente de cunho administrativo e de promoção comercial<sup>7</sup>; portanto, o rompimento de relações diplomáticas entre dois Estados não acarreta forçosamente o rompimento de suas relações consulares. Com relação às regras, as atividades consulares são regidas primariamente pela Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963<sup>8</sup>, contendo diretrizes gerais para seu estabelecimento, o que não exclui a existência de tratados bilaterais sobre a matéria, que disciplinem normas específicas entre Estados.

De acordo com o artigo 5º da referida Convenção, uma das funções de uma repartição consular é a de assistir os interesses dos nacionais no Estado estrangeiro, providenciando-lhes inclusive representação legal perante tribunais<sup>9</sup>. Vê-se, portanto, que a função de assistência consular e a proteção diplomática estão intimamente ligadas, sobretudo porque ambas acarretam posturas ativas do Estado em defesa de seus nacionais. De fato, não é simples distinguir, na prática, quais ações estatais se enquadram num exercício estrito de assistência consular e quais podem ser identificadas como proteção diplomática, sobretudo por conta da assimetria entre a definição ampla de “ação

---

7 VARELLA, Marcelo Dias, op. cit., p. 370.

8 Tratado que seguiu o padrão básico de seu antecessor sobre relações diplomáticas e também foi elaborado no âmbito das Nações Unidas.

9 UNITED NATIONS. Vienna Convention on Consular Relations. 24 de abril de 1963. Disponível em: <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_2\\_1963.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf)>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

diplomática”, para fins de proteção diplomática, estabelecida na doutrina<sup>10</sup> e a prática dos Estados<sup>11</sup>.

Costumava-se afirmar que a proteção diplomática só se caracterizava efetivamente quando eram desenvolvidos procedimentos judiciais, ou seja, quando um pedido oficial era levado a uma corte<sup>12</sup>. Esse critério, no entanto, não condiz com o disposto pela Comissão de Direito Internacional sobre o assunto. Em realidade, a distinção que nos parece mais significativa é a diferença entre o caráter preventivo ou reparativo de cada um dos institutos<sup>13</sup>. A proteção diplomática é um método de remediar os efeitos provocados por atos internacionalmente ilícitos cometidos contra nacionais, ao passo que a assistência consular desempenha um papel preventivo na defesa de seus direitos.

### **3 PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA**

#### **3.1 Contexto histórico**

Em seus primórdios, a proteção diplomática era o mecanismo de defesa por excelência do Estado perante seus nacionais no estrangeiro. O princípio que norteava tal proteção era o de que um ataque ao nacional era um ataque ao próprio Estado, como enunciou o teórico e jurista suíço Emmerich de Vattel em sua principal obra, *The Law of the Nations*, com a emblemática frase: “Whoever ill-treats a citizen indirectly injures the State, which must protect that citizen”<sup>14</sup>. Não

---

10 Ver tópico 3.3.

11 Annemariëke Vermeer- Künzli relata situação em que, apesar de haver contato oficial entre os Ministros das Relações Exteriores da Holanda e da Tailândia, a Holanda decidiu classificar sua atuação protetiva como um mero exercício de assistência consular. VERMEER-KÜNZLI, Annemariëke. *Diplomatic Protection: the Fine Line Between Litigation, Demarches and Consular Assistance*. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2006. Disponível em: <[http://www.zaoerv.de/66\\_2006/66\\_2006\\_2\\_a\\_321\\_350.pdf](http://www.zaoerv.de/66_2006/66_2006_2_a_321_350.pdf)>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

12 Idem.

13 Idem, 11.

14 “Quem quer que maltrate um nacional de um Estado indiretamente causa dano àquele Estado, o qual deve proteger o seu nacional.” (tradução livre). VATTEL, Emmerich de. *The Law of Nations, or the Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*. Philadelphia: T. & J. W. Johnson, Law Booksellers, 1844. Disponível em:

apenas na seara doutrinária imperava esse entendimento, como também na própria Corte Permanente Internacional de Justiça<sup>15</sup> - órgão judiciário da Liga das Nações - a qual, em 1924, no julgamento do Caso Mavrommatis, afirmou:

“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 rights - its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law.”<sup>16</sup>

Dessa maneira, essa ficção jurídica acima mencionada era o que permitia ao Estado tomar ações efetivas contra violações a seus nacionais. Como até antes da Segunda Grande Guerra, a ênfase aos direitos individuais era praticamente inexistente, o indivíduo que tinha sua pessoa ou seus bens violados no exterior ficava adstrito à proteção que seu respectivo Estado poderia oferecer-lhe.

Esse panorama alterou-se consideravelmente após 1945, através de tratados de cunho humanitário. Nesse sentido, um dos principais tratados foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada a 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral da ONU. Nela, em seu artigo 2º, determina-se que:

---

<[http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/Lieber\\_Collection/pdf/DeVattel\\_LawOfNations.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Lieber_Collection/pdf/DeVattel_LawOfNations.pdf)>.

Acesso em: 21 de maio de 2016.

15 Antecessora da atual Corte Internacional de Justiça.

16 “Tomando o caso de um dos seus súditos e recorrendo a uma ação diplomática ou a um processo judicial internacional em seu nome, um Estado está, na realidade, afirmando os seus próprios direitos - o seu direito de assegurar, na pessoa dos seus súditos, regras de direito internacional” (tradução livre). PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Case concerning the Mavrommatis Palestine Concessions( Greece v United Kingdom) , Judgment of August 30th, 1924. Publications of the Permanent Court of International Justice. Disponível em: <[http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_02/06\\_Mavrommatis\\_en\\_Palestine\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf)>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

---

“Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional (...)”

Tal artigo preceitua um forte marco no Direito Internacional, pois antes da Segunda Guerra Mundial, como já afirmado, o indivíduo não era detentor de direitos na esfera internacional, por isso precisava obrigatoriamente de um Estado para representar e garantir seus direitos. Sem o Estado, essas proteções não seriam viáveis. O que esse artigo 2º legitima e inova é que o indivíduo passa a ser considerado sujeito de direitos, e, desde então, possui outros mecanismos de defesa para se proteger (tratados bilaterais que assegurem seus investimentos, no caso de seus bens, e tratados de direitos humanos que resguardam a sua pessoa)<sup>17</sup>. A proteção diplomática continua sendo, no entanto, um recurso importante de proteção ao nacional no exterior, sobretudo quando outros meios falham.

### 3.2 Compreensão contemporânea da proteção diplomática

Proteção diplomática é atualmente entendida como o direito, resguardado no âmbito internacional, do Estado defender um particular, seja ele pessoa física ou jurídica, frente a um dano causado pelo ilícito praticado por um país estrangeiro. Como bem salienta Francisco Rezek, essa proteção nada tem a ver, em sua essência, com a diplomacia em si<sup>18</sup>, ela está muito mais conectada com a possibilidade da vítima que sofreu um procedimento arbitrário/ilícito de um país estrangeiro, acionar seu país de origem (ou outro país, com escopo em estritas exceções), para que, dessa forma, esse pedido se personifique em uma autêntica demanda entre personalidades de Direito Interna-

---

17 DUGARD, John. Articles on Diplomatic Protection. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2013. Disponível em: <[http://legal.un.org/avl/pdf/ha/adp/adp\\_e.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/adp/adp_e.pdf)>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

18 Ver tópico 2.2.



cional Público. Por esse motivo, para a proteção de direitos inerentes aos cidadãos/entes de Estados signatários da ONU<sup>19</sup>, é fundamental a observância e a prática da proteção diplomática.

Como previamente exposto, a proteção diplomática visa proteger de forma mais hábil e eficaz um direito individual violado no Estado estrangeiro. Por isso, esse direito tornou-se uma clara personificação do avanço do direito internacional em criar meios diretos e indiretos para que as pessoas clamem pela proteção dos seus direitos violados. Entretanto, é imperioso observar que esse é um direito, em linha de princípio, inerente ao Estado, pois este, no exercício dessa proteção, também defende seus interesses e exerce sua soberania. Ainda que a ficção jurídica de que uma violação ao nacional equivale a uma violação ao Estado tenha sido mitigada, como visto anteriormente, ainda é do Estado a responsabilidade de avaliar se os direitos e interesses de seus nacionais estão sendo respeitados.

Esse direito, por décadas tratado exclusivamente na doutrina<sup>20</sup> e na prática internacional dos Estados, é atualmente regido pelo Projeto de Convenção sobre Proteção Diplomática<sup>21</sup>, de caráter meramente consultivo, realizado pela Comissão de Direito Internacional (CDI) em 2006. Esse documento tem em seu artigo primeiro o objetivo de compilar a definição e escopo dessa proteção. Vejamos:

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

---

19 Os países signatários da ONU são os que formalmente receberam diversos tratados e convenções realizadas no âmbito das Nações Unidas, por isso são os que estão legalmente vinculados a respeitá-las.

20 Cabe destacar o trabalho de Edwin Borchard, autor de celebrada obra sobre o tema, intitulada *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad* (1919).

21 UNITED NATIONS. Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries. General Assembly (A/61/10), 2006. Disponível em: <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_8\\_2006.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf)>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility.<sup>22</sup>.

A Comissão apresentou comentários relevantes de como deve ser interpretado o artigo supracitado. Primeiramente, a CDI compreende que esse artigo preceitua a proteção diplomática como uma forma de um Estado arguir que, no âmbito da responsabilidade dos Estados, um terceiro Estado cometeu um ato internacionalmente ilícito, por isso esse é um pedido entre Estados e não de um agente de uma organização internacional. Outro aspecto relevante é que a proteção diplomática abrange principalmente a proteção dos nacionais que não estejam atuando em negócios internacionais em nome do Estado, pois esses estariam protegidos pelos tratados das Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961) e sobre Relações Consulares (1963). Por fim, quando a CDI estabelece nesse artigo “diplomatic action” e “other means of peaceful settlement”, explica-se: “diplomatic action” engloba todos os procedimentos legais delegados a um Estado de informar a outro Estado sobre a violação ocorrida, bem como apresentar seu posicionamentos e preocupações<sup>23</sup>, já o termo “other means of peaceful settlement” é, claramente, uma ênfase à necessidade de seguir os procedimentos legais, não sendo admitidas, em qualquer circunstância, ações com uso da força como mecanismo de proteção diplomática.

---

22 Idem. “Para efeitos do presente projeto de artigo, a proteção diplomática consiste na invocação por um Estado, por via diplomática ou por outros meios de resolução pacífica, a responsabilidade de outro Estado pelo dano causado por um ato internacionalmente ilícito desse Estado a uma pessoa física ou jurídica que seja nacional do primeiro Estado, tendo em vista a execução dessa responsabilidade.” (tradução livre).

23 Idem, 21.

### **3.2.1 Temas de Direito Internacional correlatos à proteção diplomática**

Na esfera da proteção diplomática há uma forte incidência de duas temáticas de alta relevância dentro do Direito Internacional: os Atos Internacionalmente Condenáveis (Atos Internacionalmente Ilícitos ou International Wrongful Acts, na expressão em inglês) e a Responsabilidade Internacional dos Estados<sup>24</sup>. Essas duas questões são subdivididas, dentro da proteção diplomática, entre regras primárias e regras secundárias. As regras primárias estão atreladas a questões de direitos e obrigações dos Estados, assim como à proibição do uso da força, de cometer genocídio, etc. Já as regras aplicadas como secundárias são necessárias para consolidar as regras primárias. Por isso, ambas as regras devem ser bem compreendidas, como pontuado pelo juiz da Corte Internacional de Justiça James Crawford:

(...) in determining whether there has been a breach of an obligation, consideration must be given above all to the substantive obligation itself, its precise formulation and meaning, all of which fall clearly within the scope of the primary rules' thereby aggravating the strict separation of primary and secondary rules.<sup>25</sup>

Atos Internacionalmente Condenáveis ocorrem quando um Estado, por meio de uma ação ou omissão, deixa de cumprir uma obrigação internacional que o quadro fático lhe permitia cumprir. Essa questão é notoriamente sedimentada no Direito Internacional, inclusive foi um dos critérios de julgamento frente à Corte Internacional de

---

24 A proteção diplomática foi, em realidade, pensada para ser apenas um tópico da Responsabilidade Internacional dos Estados; posteriormente é que conseguiu autonomia, vindo a ser objeto de codificação própria.

25 "Para determinar a existência de uma violação de uma obrigação, deve ser considerado acima de tudo a obrigação substantiva em si, a sua formulação precisa e o seu significado, que são claramente abrangidos pelo escopo da aplicação das regras primárias, agravando assim a separação estrita das regras primárias e secundárias." ( tradução livre). INTERNATIONAL LAW COMMISSION. 'Second Report on State Responsibility', International Law Commission. (A/CN.4/498), 51st session. Disponível em: < [http://legal.un.org/ilc/summaries/9\\_6.shtml](http://legal.un.org/ilc/summaries/9_6.shtml)>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

Justiça em diversos julgados, como por exemplo, no Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua<sup>26</sup> e Projeto Gabč'íkovo-Nagymaros.<sup>27</sup>

O Projeto de Convenção sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos<sup>28</sup> é extremamente taxativo, em seus artigos iniciais, quanto à caracterização de atos internacionalmente condenáveis e atribuição do ilícito internacional a um Estado. Seus elementos de atribuição, como afirmado pela Comissão de Direito Internacional<sup>29</sup>, demonstram critérios subjetivos, pois é necessário avaliar a intenção ou conhecimento do Estado frente ao ilícito internacional, ou seja, leva-se em conta a sua boa-fé. Com relação à caracterização do ilícito internacional, pouco importa, para o Direito Internacional, se essa ação é lícita dentro do ordenamento jurídico do Estado, o que define a ilicitude é a não-realização de uma obrigação internacional.

A compreensão do que é um ato internacionalmente ilícito é de suma relevância para o recorte deste artigo, pois a invocação do direito à proteção diplomática deve ocorrer somente em resposta a um ato internacionalmente ilícito. A ocorrência de um ato ilícito internacional é tanto um critério de admissibilidade como regra primária, sendo parte do mérito do pedido<sup>30</sup>. Como veremos adiante, a alegação

---

26 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment of 1986. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

27 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning the Gabč'íkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia). Judgment of 25 September 1997. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

28 UNITED NATIONS. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. General Assembly (A/56/49), 2001. Disponível em: <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf)>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

29 UNITED NATIONS. Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries. General Assembly (A/61/10), 30 de maio de 2006. Disponível em: <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_8\\_2006.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf)>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

30 VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. Diplomatic Protection in Current International Law. Leiden University Repository, 2007. Disponível em:

de descumprimento de uma obrigação internacional foi parte essencial do pedido do México no julgado de Avena.

Em um segundo momento, é imperioso destacar quão importante é a Responsabilidade Internacional dos Estados, enquanto norma secundária, para a proteção diplomática. O direito da Responsabilidade Internacional é relativo à incidência e consequência de um ato ilícito, especialmente nas formas de reparação relativa às perdas causadas pelo dano<sup>31</sup>. Um exemplo a ser apresentado refere-se ao julgado no caso *Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro*, pela Corte Internacional de Justiça:

The first of these two questions relates to the well-established rule, one of the cornerstones of the law of State responsibility, that the conduct of any State organ is to be considered an act of the State under international law, and therefore gives rise to the responsibility of the State if it constitutes a breach of an international obligation of the State.<sup>32</sup>

A Responsabilidade Internacional se opera também no âmbito da proteção diplomática mediante a lesão causada ao estrangeiro - podendo recair sobre diplomatas fora do exercício da função - devido ao ato ilícito causado por um outro Estado. A lesão, entretanto, causada pelo Estado, no caso da proteção diplomática, não pode ser combatida com a aplicação de contramedidas, onde se operariam os efeitos em

---

<<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/12538/01.pdf?sequence=12>>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

31 CRAWFORD, James R. *Principles of Public International Law*. 8. ed. United Kingdom: OUP, 2012.

32 "A primeira dessas duas questões relaciona-se à regra já consagrada, um dos pilares do Direito da Responsabilidade dos Estados, de que a conduta de qualquer dos órgãos estatais deve ser considerada um ato do Estado sob o Direito Internacional, e dessa maneira dá ensejo à responsabilidade do Estado se essa conduta constitui uma violação de uma obrigação internacional do Estado." (tradução livre). INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Judgment of 2007. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

igual proporção ao dano causado<sup>33</sup>, como é definido no Projeto de Convenção sobre a Responsabilidade dos Estados<sup>34</sup>, anteriormente citado. Neste caso específico de aplicação de contramedidas, a responsabilidade do Estado surge após a prática de um ato ilícito internacional, independentemente de esgotamento dos recursos internos, enquanto que a proteção diplomática só pode ser exercida após o esgotamento desses recursos<sup>35</sup>, como se verá no seguinte item.

### **3.3 Elementos para a concessão da proteção diplomática**

Como previamente explanado, o Estado pode conceder a proteção diplomática tanto a um indivíduo como a uma pessoa jurídica. Essa outorga, dentro do Direito Internacional, é conhecida como endosso. O ato de endosso é definido pelo antigo juiz da Corte Internacional de Justiça, Rezek<sup>36</sup> como:

o Estado assume a reclamação, fazendo-a sua, e dispendo-se a tratar da matéria junto ao Estado autor do ilícito. O endosso não significa necessariamente que haverá instância judiciária ou arbitral: é sempre possível que uma composição resulte do entendimento direto, ou de outro meio diplomático ou político de solução de controvérsias entre Estados.<sup>37</sup>

---

33 UNITED NATIONS. Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries. General Assembly (A/61/10), 30 de maio de 2006. Disponível em: <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_8\\_2006.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf)>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

34 Artigo 50(2)

35 UNITED NATIONS. Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries. General Assembly (A/61/10), 30 de maio de 2006. Disponível em: <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_8\\_2006.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf)>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

36 Eleito pelas Nações Unidas para um mandato de nove anos como juiz da Corte Internacional de Justiça. Exerceu, também, o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal entre os anos de 1983 e 1990.

37 REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Para a concessão do endosso é necessário o preenchimento dos requisitos preestabelecidos no Projeto de Convenção sobre Proteção Diplomática (PCPD). Serão abordadas apenas as hipóteses de endosso da proteção diplomática para nacionais, embora existam, também, previsões legais para o endosso de empresas e de não nacionais, como é o caso para refugiados. Tais hipóteses, entretanto, não serão debatidas, apesar de relevantes para a proteção diplomática, pois não fazem parte do recorte do presente artigo.

Em linha de princípio, a proteção diplomática pode ser concedida a uma pessoa, considerada nacional, dentro dos critérios determinados pelo Direito Internacional. Os parâmetros internacionais para a caracterização da nacionalidade são: nascimento (*jus soli*), descendência (*jus sanguinis*) e naturalização. A Corte Internacional de Justiça se posiciona sobre o reconhecimento de nacionalidade no território nacional:

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 to constitute 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 the authorities, is in fact more closely connected with the population of the State conferring nationality than with that of any other State. Conferred by a State, it only entitles that State to exercise protection vis-à-vis another State, if it constitutes a translation into juridical terms of the individual's connection which has made him its national<sup>38</sup>

---

38 “De acordo com a prática dos Estados, assim como decisões arbitrais e judiciais e a opinião de autores, nacionalidade é o vínculo legal tendo por base um fator social de ligação, uma conexão genuína de existência, interesses e sentimentos, junto com a existência de direitos e deveres recíprocos. Pode ser dito que para constituir a expressão jurídica deste fato, o indivíduo a quem ele foi conferido, seja diretamente pelo Direito ou pelo resultado de um ato de autoridades, é na realidade mais intimamente ligado com a população do Estado que lhe conferiu a nacionalidade do que com a população de qualquer outro Estado. Conferida por um Estado, a nacionalidade apenas legitima aquele Estado para exercer proteção frente a outro Estado, se isto

É imperioso destacar que há possibilidade de um único indivíduo ser detentor de duas ou mais nacionalidades, por se enquadrar na hipótese de outorga de nacionalidade em mais de um país, tendo por base o escopo do princípio de igualdade soberana<sup>39</sup>.

No que se refere ao endosso de proteção diplomática a pessoa física, existem alguns pré-requisitos que são merecedores de atenção. O primeiro deles refere-se ao fato de que o Estado só tem legitimidade para efetivar a proteção diplomática se, no momento em que o indivíduo sofreu a lesão, ele já era nacional do Estado que pretende exercer esse direito, como se depreende da leitura dos artigos terceiro e quinto do PCPD. Ainda sobre a vinculação do Estado com a nacionalidade do indivíduo para o exercício da proteção diplomática, Rezek afirma:

Abusando de sua prerrogativa soberana, o Estado pode conferir sua nacionalidade a pessoa que com ele não tenha qualquer vínculo social. Neste caso, é lícito que os demais Estados, e ainda os foros internacionais de qualquer natureza, recusem valor a semelhante vínculo patrial, por falta de efetividade.<sup>40</sup>

Outro requisito para a concessão do endosso é o esgotamento das instâncias internas. Como é disposto no projeto de convenção<sup>41</sup>, por meio de seu artigo 14, os recursos internos devem ser exauridos, para que, dessa forma, encontre respaldo legal a invocação da proteção diplomática. Contudo, ninguém será obrigado a exaurir recursos inexistentes, ou forçado a suportar a hipótese de o Estado demandado claramente tentar atrasar o acesso aos recursos necessários, como bem pontuado no artigo 15. Por fim, é relevante apresentar que o parágrafo

---

constitui uma tradução em termos jurídicos da conexão daquele indivíduo que o fez nacional do dado Estado.” (tradução livre). INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, Judgment of 1955. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>>. Acesso em: 15 de maio de 2016.

39 REZEK, José Francisco. op. cit.

40 Idem.

41 UNITED NATIONS. Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries. General Assembly (A/61/10), 30 de maio de 2006. Disponível em: <[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_8\\_2006.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf)>. Acesso em: 21 de maio de 2016.



3º, do artigo 15, prevê que o esgotamento dos recursos internos aplica-se apenas aos casos em que o Estado requerente tenha sido ferido "indiretamente", por meio de seu nacional, não sendo possível aplicá-lo quando o Estado requerente foi violado diretamente pelo ato ilícito de outro Estado. Esse foi um entendimento da Corte Internacional de Justiça, no caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*<sup>42</sup>.

Diante das bases teóricas acima expostas, verificaremos, a seguir, como se deu a aplicação prática da proteção diplomática no caso Avena e outros nacionais mexicanos, contencioso perante a Corte Internacional de Justiça.

#### **4. O CASO AVENA E OUTROS NACIONAIS MEXICANOS**

Em janeiro de 2003, o México instaurou, perante a Corte Internacional de Justiça, procedimento contra os Estados Unidos por violações à Convenção de Viena sobre Relações Consulares, mais especificamente ao artigo 36 da Convenção.

Em seu primeiro pedido, o autor narra que os Estados Unidos, através de suas autoridades, haviam prendido, julgado e sentenciado, em cortes federais e criminais americanas em nove estados, entre 1979 e 2003<sup>43</sup>, 52 nacionais mexicanos, aos quais foi cominada a pena capital. As medidas foram adotadas alegadamente em desrespeito ao art. 36, 1, (b), da Convenção de Viena, pois os EUA não informaram aos nacionais mexicanos do seu direito de pedir assistência consular, impedindo o México, dessa forma, de exercer proteção diplomática sobre seus nacionais, e estes de recebê-la, nos termos do art. 36, 1, (a) e (c).

Vejamos o art. 36, 1, e suas alíneas:

---

42 Idem, 40.

43 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico v United States of America), Judgment of 2004. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>>. Acesso em: 15 de maio de 2016.

Article 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. [...]; (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 [...]<sup>44</sup>

Dessa maneira, a defesa do México concluiu que os Estados Unidos teriam violado suas obrigações internacionais perante o México, tanto em relação aos direitos do próprio Estado mexicano, quanto aos de seus nacionais, pelos quais o México invocou a proteção diplomática. Nos pedidos subsequentes, outros aspectos foram enfatizados, como a necessidade de notificação prévia da autoridade consular em casos de violações a nacionais e tempo razoável para a prestação do auxílio antes que medidas restritivas de direitos sejam adotadas frente ao cidadão estrangeiro. Por fim, exigiu-se a reparação pelas violações cometidas contra os nacionais, devendo ser anuladas as condenações, ou, ao menos, revistas as sentenças.

---

44 “Artigo 36: 1. Com o intuito de facilitar o exercício das funções consulares relacionadas aos nacionais do Estado emissor: (a) oficiais consulares devem poder comunicar-se livremente com nacionais do Estado emissor e ter acesso a estes. Nacionais do Estado emissor devem ter a mesma liberdade no que diz respeito à comunicação e acesso aos oficiais consulares do Estado emissor; (b) se o indivíduo assim o requisitar, as autoridades competentes do Estado receptor devem, sem tardar, informar ao posto consular do Estado emissor se, nos limites do distrito consular, um nacional deste Estado for detido ou encaminhado à prisão ou à custódia aguardando julgamento ou for detido de qualquer outra maneira [...]; (c) oficiais consulares devem ter o direito de visitar um nacional do Estado emissor que está na prisão, sob custódia ou detenção, para comunicar-se e corresponder-se com ele e assisti-lo em sua representação legal [...]” ( tradução livre).

Após um conjunto de objeções feitas pelos Estados Unidos, que incluíam a falta de jurisdição da Corte e problemas de admissibilidade do mérito (alguns dos quais serão tratados no tópico seguinte), a Corte Internacional de Justiça aceitou as alegações mexicanas. Foi decidido que os Estados Unidos violaram suas obrigações internacionais presentes na Convenção de Viena sobre Relações Consulares, por, de fato, não avisar aos nacionais mexicanos presos, em tempo razoável, sobre seus direitos de assistência consular, além de não notificar, com presteza, o posto consular mexicano sobre a prisão de quarenta e nove desses nacionais. Decidiu-se, finalmente, que o modo de reparação adequado seria a revisão das condenações e sentenças dos nacionais mexicanos, tendo em consideração as violações por eles sofridas.

Quanto aos cinquenta e dois nacionais listados pelo México, foram diferentes seus destinos ao final do caso. A maior parte deles ainda aguarda novas deliberações judiciais sobre suas sentenças, como César Roberto Fierro Reyna e Roberto Moreno Ramos; outros tiveram a sentença mantida após revisão e foram efetivamente executados, como José Ernesto Medellín Rojas, em 2008, e Humberto Leal Garcia, em 2011. Por fim, houve também um caso de comutação da pena por perdão (Osvaldo Torres Aguilera, perdoado pelo governador do Oklahoma em 2004).<sup>45</sup>

#### **4.1 Influência de casos progressos e desdobramentos do caso Avena**

Julgado pela Corte Internacional de Justiça em 2001, o caso LaGrand, que também tratou da situação de nacionais estrangeiros presos no exterior, teve, por sua similaridade, claras repercussões no caso Avena, tendo sido citado no julgamento deste diversas vezes. O caso, que opôs Alemanha e Estados Unidos, iniciou-se da mesma maneira que o Avena, com a Alemanha alegando violações dos Estados

---

45 Perdonan la vida a Osvaldo Torres. El Siglo de Torreón, Torreón, 14 de maio de 2004. Disponível em: <<https://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/88429.html>> . Acesso em: 5 de maio de 2016.

Unidos à Convenção de Viena sobre Relações Consulares, por prender e sentenciar à morte dois irmãos de nacionalidade alemã, Karl e Walter LaGrand, em 1982, sem informá-los de seus direitos consulares. Apesar de inúmeros protestos das autoridades alemãs e tentativas de negociações diplomáticas<sup>46</sup> Karl LaGrand foi executado no Arizona em fevereiro de 1999; em 3 de março do mesmo ano, Walter LaGrand teve o mesmo destino que seu irmão.

Antes mesmo do caso LaGrand, outro conflito envolvendo os Estados Unidos por violações à referida Convenção de Viena foi instituído perante a Corte, em 3 abril de 1998, desta vez em nome do Paraguai. O citado Estado alegou que Angel Francisco Breard, de nacionalidade paraguaia, preso e sentenciado nos EUA por tentativa de estupro e assassinato, não havia sido informado, pelas autoridades do estado da Virgínia, sobre seu direito de assistência consular<sup>47</sup>. A Corte, então, ordenou, no dia 9 do mesmo mês, que os EUA sustassem o cumprimento da pena capital até que o seu julgamento fosse proferido. Contrariando as disposições da CIJ, a execução de Angel Francisco Breard foi cumprida, por injeção letal, 5 dias depois. Após um pedido de desculpas oficial das autoridades norteamericanas, seguido de promessa de um melhor cumprimento da Convenção de Viena (promessa esta deveras duvidosa, tendo em vista o comportamento posterior dos EUA no que se refere aos irmãos LaGrand), o caso foi retirado da lista da Corte, a pedidos do Paraguai. Ainda que não tenha havido influência do caso Breard sobre o caso Avena, ele é digno de nota por demonstrar uma postura recorrente dos EUA de desrespeito às ordens da CIJ.

Além das influências de casos progressos, Avena também teve desdobramentos, no âmbito das cortes norteamericanas, após a determinação da CIJ de revisão das sentenças e penas cominadas. O mais

---

46 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. The LaGrand Case (Germany v. United States of America). Summary of the Order of 5 March 1999. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=524&code=gus&p1=3&p2=3&case=104&k=04&p3=5>>. Acesso em: 22 de maio de 2016.

47 Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. USA), The Hague Justice Portal. Disponível em: <<http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6216>>. Acesso em: 7 de maio de 2016.

conhecido desses desdobramentos foi o contencioso *Medellín v. Texas*, julgado em 2008, no qual um dos cinquenta e dois mexicanos listados em *Avena*, José Ernesto Medellín Rojas, preso e sentenciado no Texas, peticionou à Suprema Corte dos Estados Unidos para que esta revisse a manutenção da pena capital pela Corte Criminal do Texas (Texas Court of Criminal Appeals). Como fundamento para a possível revisão, a defesa de Medellín alegou as violações dos EUA à Convenção de Viena, que haviam sido confirmadas pela decisão anterior da Corte Internacional de Justiça. A Suprema Corte, entretanto, manteve o entendimento da corte texana de que julgamentos da Corte Internacional de Justiça não vinculam as cortes locais<sup>48</sup>. Dessa maneira, a pena capital foi igualmente mantida, e Medellín foi executado em 5 de agosto de 2008.

#### **4.2 Particularidades do julgado em estudo**

*Avena* é um caso emblemático por suas peculiaridades, tanto naquilo que diz respeito aos fatos, quanto no que se refere à própria fundamentação da decisão tomada pela Corte Internacional de Justiça.

Algumas particularidades do caso são notáveis. No que tange aos fatos, não se tratou, aqui, de apenas um indivíduo que teve seus direitos violados, mas nada menos que cinquenta e dois deles, que se encontravam detidos e condenados no exterior sem a possibilidade de assistência de seu Estado de origem. Cabe ressaltar que, para a maioria deles, passaram-se anos até que o México tomasse conhecimento da prisão. A título de exemplo, Carlos Avena Guillén, primeiro nacional listado e cujo sobrenome identifica o caso, foi preso e sentenciado em 1982, vindo o México a se inteirar de sua situação apenas onze anos depois. Ainda que os crimes pelos quais os cidadãos mexicanos foram condenados sejam severamente punidos pelas leis americanas (houve condenações por estupro, assassinato e roubos) e, de maneira geral, execrados pela opinião pública norteamericana ( o crime come-

---

48 *Medellín v. Texas*, Oyez. Chicago-Kent College of Law at Illinois Tech. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/2007/06-984>>. Acesso em: 8 de maio de 2016.

tido por José Ernesto Medellín Rojas, por exemplo, foi descrito como “um crime que chocou a consciência desta cidade [Houston]”).<sup>49</sup> Não se justifica a falta de atendimento a um requisito essencial para o devido processo legal do estrangeiro preso no exterior. A Corte sequer menciona os crimes imputáveis aos nacionais, já que os processos criminais do sistema norteamericano não são de sua alçada; sua competência limita-se à análise dos casos à luz das regras e princípios que norteiam o Direito Internacional<sup>50</sup>.

A situação delicada em que se encontravam esses nacionais também é um dos pontos polêmicos do caso. Assim como no caso LaGrand perante a mesma CIJ, os cidadãos listados estavam aguardando a pena capital (cabe notar que, no caso de um dos indivíduos, a Corte Criminal do estado do Oklahoma já havia designado uma data de execução<sup>51</sup>). Percebe-se que não apenas os crimes atribuídos aos cidadãos mexicanos podem provocar reações inflamadas e considerações de ordem moral. Como ressalta Annemarieke Vermeer-Künzli, a circunstância de estarem esses indivíduos em uma situação de vida ou morte torna difícil não confundir argumentos de ordem moral e ética com argumentos de cunho jurídico. A irreversibilidade da pena de morte torna claro que há mais em jogo do que o simples pronunciamento de uma decisão judicial<sup>52</sup>. Essa circunstância teve, no caso Avena, impactos sobre um dos requisitos fundamentais para o exercício da proteção diplomática.

---

49 CRUZ, Ted. Medellín v. Texas: a case of more than murder. The Houston Chronicle, Houston, 30 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.chron.com/opinion/outlook/article/Medellin-v-Texas-A-case-of-more-than-murder-1543234.php>>. Acesso em: 7 de maio de 2016.

50 O art. 36, 2, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça traz um elenco das questões de ordem jurídica que poderão passar pelo crivo da Corte. Dentre elas se incluem a interpretação de tratados e, de forma ainda mais ampla, qualquer questão de Direito Internacional.

51 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Case concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico v United States of America), Summary of the Judgment of 31 March 2004. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8190.pdf>>. Acesso em: 7 de maio de 2016.

52 VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. Diplomatic Protection before the ICJ and National Courts: Avena and indirect injuries. Leiden University Repository, 2007. Disponível em: <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/12538/04.pdf?sequence=9>>. Acesso em: 22 de maio de 2016.

Com relação aos aspectos técnicos do caso, ou seja, ao que se refere particularmente à aplicação do instituto, alguns questionamentos foram trazidos à tona pelos Estados Unidos em suas objeções. Um deles é precisamente o primeiro requisito exigido para a proteção diplomática: a nacionalidade do indivíduo. Os Estados Unidos alegaram que o vínculo de nacionalidade de alguns indivíduos listados não tinha sido devidamente comprovado, e que alguns deles tinham dupla nacionalidade (mexicana e norte-americana)<sup>53</sup>. O critério primeiro de atribuição de nacionalidade originária, é, no México, o *jus soli*, como dispõe a Constituição Mexicana em seu art. 30, A, I<sup>54</sup>. O México conseguiu provar, através de certidões de nascimento<sup>55</sup>, que os cidadãos tinham efetivamente nascido em solo mexicano e, portanto, eram nacionais. Quanto à dupla nacionalidade, a Corte considerou que o ônus da prova cabia aos Estados Unidos, e estes não demonstraram a citada nacionalidade norteamericana de alguns dos cidadãos<sup>56</sup>.

A verdadeira polêmica, do ponto de vista técnico, reside, no entanto, nas considerações da Corte sobre as violações direta e indireta alegadas pelo México e no impacto que seu entendimento teve sobre a aplicabilidade da proteção diplomática ao caso. Em realidade, a Corte não decidiu em favor do México à luz da proteção diplomática, e sim de uma interpretação do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Essa interpretação e suas consequências serão analisadas em tópico apartado, devido à sua complexidade.

---

53 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Case concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico v United States of America), Judgment of 31 March 2004. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>>. Acesso em: 15 de maio de 2016.

54 Art. 30 : (A) son mexicanos por nacimiento: I- los que nazcan en territorio de la Republica, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres. [...]. MÉXICO. Constitución( 1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cámara de Diputados. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>>. Acesso em: 22 de maio de 2016.

55 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Case concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico v United States of America), Summary of the Judgment of 31 March 2004. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8190.pdf>>. Acesso em: 7 de maio de 2016.

56 Idem.

### 4.3 A divergência doutrinária quanto à aplicação da proteção diplomática nesse caso

Primeiramente, é necessário lembrar que o México instaurou procedimento perante a CIJ contra os Estados Unidos em razão de violações à Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Em seu primeiro pedido, declara que sofreu violações “a seu próprio direito e aos direitos de seus nacionais”, por não poder exercer sobre estes proteção diplomática na forma de assistência consular. Dessa maneira, alegou violações de cunho direto e indireto.

Por tudo quanto já foi mencionado acerca da proteção diplomática, e da análise dos fatos do caso Avena, salta aos olhos que foram os direitos dos nacionais mexicanos aqueles primariamente afetados, e não os do México *stricto sensu* (houve violação indireta ao México, portanto). Tem-se, aqui, um quadro claro de exercício de proteção diplomática, pois, apesar de também alegar violações diretas, o México, como ressalta o juiz Parra-Aranguren<sup>57</sup>, dificilmente teria ido à Corte caso não houvessem sido praticadas violações aos seus nacionais, ou caso estas fossem menos gravosas. No entanto, houve a falta de um requisito significativo para o reconhecimento desse exercício: o fato de que nem todos os cinquenta e dois nacionais estavam no mesmo patamar em relação a suas condenações. Na maior parte dos casos<sup>58</sup>, recursos ainda eram cabíveis, ou seja, os recursos internos ainda não haviam sido esgotados. Se, por falta desse requisito, a proteção diplomática não poderia tecnicamente ser aplicada, decidiu a Corte analisar a alegada violação direta à luz das disposições normativas da própria Convenção de Viena.

A Corte já havia considerado, no caso LaGrand, que “o artigo 36, parágrafo 1[ da Convenção de Viena] cria direitos individuais [para o nacional considerado], que...podem ser invocados por esta Corte

---

57 *Idem*, 54.

58 VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. Diplomatic Protection before the ICJ and National Courts: Avena and indirect injuries. Leiden University Repository, 2007. Disponível em: <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/12538/04.pdf?sequence=9>> . Acesso em: 22 de maio de 2016.



pelo Estado originário da pessoa detida” (ICJ Reports 2001, p.494, para. 77)<sup>59</sup>. Além disso, observou que violações dos direitos individuais do Artigo 36 podem acarretar violações dos direitos do Estado emissor, e vice-versa, e, portanto, levando em conta as “circunstâncias especiais de interdependência” dos direitos do Estado e dos direitos do nacional, o México pôde, em seu próprio nome, diretamente, instaurar procedimento diante da Corte. A CIJ, portanto, acatou o pedido do México como um pedido direto, baseado numa violação direta.

Esse entendimento não esteve imune a críticas, tanto na própria Corte, quanto na doutrina. O juiz Tomka, em opinião separada, considerou que a única maneira de a Corte ter chegado à conclusão de que os direitos dos nacionais mexicanos foram violados seria se tivesse aceitado o pedido de proteção diplomática. O juiz Parra-Aranguren foi além: não apenas concordou que a solução mais condizente com a situação seria a aplicação da proteção diplomática, como também afirmou que o requisito do esgotamento dos recursos internos deveria ter sido analisado caso a caso, e, não tendo sido esgotados os recursos para alguns nacionais, para eles não caberia a proteção diplomática do México, a não ser que se atendesse o disposto no art. 10 do Projeto da Comissão de Direito Internacional sobre o assunto.

No plano doutrinário, cabe destacar o pensamento de Annemarieke Vermeer-Künzli, autora de diversos trabalhos que versam sobre o tema da proteção diplomática. O caso Avena foi por ela tratado em artigo próprio<sup>60</sup>, no qual tece diversas críticas à formulação feita pela Corte. Segundo Vermeer-Künzli, a solução adotada pela CIJ, de um regime “inter-relacionado” de proteção aos direitos do nacional e do Estado, sem distinção clara entre violação direta e indireta, foi artificial. Para ela, a Corte teria tentado estabelecer um regime legal espe-

---

59 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Case concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico v United States of America), Summary of the Judgment, Annex to Summary, p.2. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8190.pdf>>. Acesso em: 7 de maio de 2016.

60 VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. Diplomatic Protection before the ICJ and National Courts: Avena and indirect injuries. Leiden University Repository, 2007. Disponível em: <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/12538/04.pdf?sequence=9>> . Acesso em: 22 de maio de 2016.

cial que constituiria uma exceção à prática, e o fez porque, caso contrário, teria tido que analisar, para cada um dos nacionais listados, se os recursos internos haviam sido ou não esgotados. Em razão disso, talvez tivesse tido que declarar o pedido parcialmente inadmissível, não podendo analisar, portanto, no mérito, as violações aos direitos individuais dos cinquenta e dois cidadãos mexicanos. Em suas palavras, por fim, o desejo de julgar propriamente um certo caso não deveria levar à desconsideração das questões jurídicas envolvidas.<sup>61</sup>

## **5 CONCLUSÃO**

Com base nos estudos desenvolvidos sobre a proteção diplomática, percebe-se que a codificação existente sobre esse instituto não é vinculante, o que acarreta consequências lesivas nas relações entre Estados. Devido à ausência de um tratado vinculante, não existe uma habitualidade de ações coerentes na prática da proteção diplomática, ficando a critério de cada Estado decidir qual a melhor maneira de conceder esse endosso. Com isso, gera-se uma insegurança quanto à previsão dos limites e consequências da proteção diplomática nos assuntos internos de cada país, como ilustrou a postura dos Estados Unidos no caso Avena.

Essa problemática, no âmbito internacional, gerou repercussões diretas no caso analisado. Como não há clareza na aplicação do instituto, e levando-se em conta que havia cinquenta e dois nacionais condenados à pena de morte, a Corte preferiu se utilizar de sua competência para impedir que os Estados Unidos executassem a pena capital, evitando, assim, o mesmo desfecho de casos anteriores, em que os nacionais perderam suas vidas e as ordens da Corte foram desrespeitadas. Por isso, optou-se por realizar, em Avena, um julgamento mais frágil e superficial do ponto de vista técnico, mas que pudesse englobar os direitos individuais de todos os nacionais listados.

Dessa forma, é fundamental o ordenamento das relações entre Estados no que concerne à proteção diplomática, para que haja uma

---

61 VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke, op. cit., p. 12.

clara prescrição de condutas e consequências, pondo fim à insegurança das relações entre Estados sobre essa temática, pois os limites da soberania de cada Estado seriam melhor definidos e respeitados.

## **6 REFERÊNCIAS**

CRAWFORD, James R. *Browlie's Principles of Public International Law*. 8. ed. United Kingdom: OUP, 2012.

CRUZ, Ted. *Medellin v. Texas: a case of more than murder*. The Houston Chronicle, Houston, 30 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.chron.com/opinion/outlook/article/Medellin-v-Texas-A-case-of-more-than-murder-1543234.php>> . Acesso em: 7 de maio de 2016.

DENZA, Eileen. *Vienna Convention on Diplomatic Relations*. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2009. Disponível em: <[http://legal.un.org/avl/pdf/ha/vcdr/vcdr\\_e.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/vcdr/vcdr_e.pdf)>. Acesso em: 6 de maio de 2016.

DUGARD, John. *Articles on Diplomatic Protection*. United Nations Audiovisual Library of International Law, 2013. Disponível em: <[http://legal.un.org/avl/pdf/ha/adp/adp\\_e.pdf](http://legal.un.org/avl/pdf/ha/adp/adp_e.pdf)> . Acesso em: 10 de maio de 2016.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2007. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

\_\_\_\_\_. *Case concerning Avena and other Mexican nationals (Mexico v United States of America)* , Judgment, I.C.J Reports 2004, p.16 at para.53-57. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>>. Acesso em: 15 de maio de 2016.

\_\_\_\_\_. *Case concerning the Gabcıkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*. ICJ reports

1997, p. 38 at para. 47. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

\_\_\_\_\_. Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 142, para. 283, and p. 149, para. 292. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

\_\_\_\_\_. Case concerning Nottebohm (Lichtenstein v. Guatemala), Judgment, I.C.J Reports 1955, p.23.

Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>>. Acesso em: 15 de maio de 2016.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION. ‘Second Report on State Responsibility’, 51st session, (A/CN.4/498). Disponível em: <[http://legal.un.org/ilc/summaries/9\\_6.shtml](http://legal.un.org/ilc/summaries/9_6.shtml)>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

MÉXICO. Constitución( 1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cámara de Diputados. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>>. Acesso em: 22 de maio de 2016.

Medellin v. Texas, Oyez. Chicago-Kent College of Law at Illinois Tech. Disponível em: <<https://www.oyez.org/cases/2007/06-984>>. Acesso em: 8 de maio de 2016.

Perdonan la vida a Osvaldo Torres. El Siglo de Torreón, Torreón, 14 de maio de 2004. Disponível em:

<<https://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/88429.html>> . Acesso em: 5 de maio de 2016.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. Case concerning the Mavrommatis Palestine Concessions( Greece v United Kingdom) , Judgment of August 30th, 1924. Publications of the Permanent Court of International Justice. Disponível em:<[http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_02/06\\_Mavrommatis\\_en\\_Palestine\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf)>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

REZEK, José Francisco. Direito internacional público : curso elementar. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

The LaGrand Case (Germany v. United States of America), Summary of the Order. International Court of Justice website. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=524&code=gus&p1=3&p2=3&case=104&k=04&p3=5>>. Acesso em: 22 de maio de 2016.

UNITED NATIONS. Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries. General Assembly (A/61/10). 30 de maio de 2006. Disponível em:

<[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_8\\_2006.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf)>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

\_\_\_\_\_. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. General Assembly (A/56/49). 12 de dezembro de 2001. Disponível em:

<[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf)>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

\_\_\_\_\_. Vienna Convention on Consular Relations. 24 de abril de 1963. Disponível em:

<[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_2\\_1963.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_2_1963.pdf)>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

VARELLA, Marcelo Dias. Relações Diplomáticas e Consulares. In: \_\_\_\_\_. Direito Internacional Público. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. cap 6, p. 337-380.

VATTEL, Emmerich de. The Law of Nations, or the Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns. Philadelphia: T. & J. W. Johnson, Law Booksellers, 1844. Disponível em:

<[http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/Lieber\\_Collection/pdf/DeVattel\\_LawOfNations.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Lieber_Collection/pdf/DeVattel_LawOfNations.pdf)>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

VERMEER-KÜNZLI, Annemarieke. Diplomatic Protection before the ICJ and National Courts: Avena and indirect injuries. Leiden University Repository, 2007. Disponível em:

<<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/12538/04.pdf?sequence=9>>. Acesso em: 22 de maio de 2016.

\_\_\_\_\_. Diplomatic Protection in Current International Law. Leiden University Repository, 2007. Disponível em:

<<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/12538/01.pdf?sequence=12>>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

\_\_\_\_\_. Diplomatic Protection: the Fine Line Between Litigation, Demarches and Consular Assistance. Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2006. Disponível em:

<[http://www.zaoerv.de/66\\_2006/66\\_2006\\_2\\_a\\_321\\_350.pdf](http://www.zaoerv.de/66_2006/66_2006_2_a_321_350.pdf)>.

Acesso em: 10 de maio de 2016.

Vienna Convention on Consular Relations( Paraguay v. USA), The Hague Justice Portal. Disponível em:

<<http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6216>>. Acesso em: 7 de maio de 2016.

Vienna Convention on Diplomatic Relations.United Nations Treaty Collection. Disponível em:

<[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=III-3&chapter=3&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-3&chapter=3&lang=en) >. Acesso em: 21 de maio de 2016

**Recebido em 22 de maio de 2016**  
**Aprovado em 06 de dezembro de 2016**