PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM INTEGRAÇÃO DA AMÉRICA
LATINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – PROLAM/USP

MARTHA GALLARDO SALA

**Assistência consular a presos estrangeiros nos Estados Unidos: o
caso do México**

SÃO PAULO
2009

MARTHA GALLARDO SALA

Assistência consular a presos estrangeiros nos Estados Unidos: o caso do México

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade São Paulo – PROLAM/USP para obtenção do título de mestre em Integração da América Latina.

Orientadora: Profa. Dra. Vivian Grace Fernández Dávila Urquidi

SÃO PAULO
2009

FOLHA DE APROVAÇÃO

Martha Gallardo Sala

Assistência consular a presos estrangeiros nos Estados Unidos: o caso do México

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade São Paulo – PROLAM/USP para obtenção do título de mestre em Integração da América Latina.

Orientadora: Profa. Dra. Vivian Grace Fernández Dávila Urquidi

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Cristina Cacciamali
Faculdade de Economia da Universidade de São Paulo

Elizabeth de Almeida Meirelles
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Professora Doutora Vivian Grace Fernandez Davila Urquidi
Escola de Artes Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, por estar sempre comigo e me amparar.

Aos meus pais e irmãs, pelo carinho, amor e apoio, minha gratidão e reconhecimento.

À orientadora e Professora Vivian Grace Fernández Dávila Urquidi, pela dedicação, exemplo e compreensão que mostrou no percurso da orientação deste trabalho.

Aos demais professores do programa de Pós-GraduaçãoPG que com talento e sabedoria souberam me conduzir para superar mais este obstáculo.

À UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO por esta oportunidade que só me enriqueceu.

Dedico,

Aos meus pais e irmãs pela presença amiga,
carinho e companheirismo....

RESUMO

SALA, M. G. **Assistência consular a presos estrangeiros nos Estados Unidos: o caso do México**. 2009. 167f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

A Assistência Consular aos nacionais do Estado que envia está indicada no artigo 5º da Convenção de Viena sobre Relações Consulares entre as diversas funções consulares. O artigo 36º do mesmo diploma, com o intuito de facilitar o exercício das funções consulares, concede direitos ao cidadão estrangeiro e ao Estado que envia, e impõe deveres às autoridades locais do Estado receptor. A normativa exige que as autoridades locais, sem tardar, informem à repartição consular competente da detenção de um nacional do Estado que envia quando este for preso. As autoridades locais deverão, ainda, informar ao preso estrangeiro deste direito e, a pedido dele, notificar sua detenção ao consulado, além de autorizar o acesso dos funcionários consulares ao detido. Neste trabalho analisa-se a importância deste direito, principalmente nos casos de pena de morte; e descreve-se o instituto da Assistência Consular, especialmente, no caso dos imigrantes mexicanos condenados à pena de morte nos Estados Unidos. A relevância do fenômeno migratório na América Latina, em especial de mexicanos aos Estados Unidos, faz deste caso um exemplo vital. Contribui-se, deste modo, com a discussão da normativa internacional na matéria consular como instrumento de cidadania e de realização dos direitos humanos. Apresenta-se a posição da Corte Internacional de Justiça - principal órgão judiciário internacional para a resolução de conflitos entre Estados - e, comparativamente, para o âmbito regional, se introduz a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A partir da análise do Direito Internacional e da situação do principal contingente de migrantes nos Estados Unidos, os latino-americanos e entre eles os mexicanos, este trabalho colabora para a melhor compreensão dos processos de integração no continente.

.

Palavras-chave: Assistência Consular, Presos Estrangeiros, Corte Internacional de Justiça, Estados Unidos, México.

RESUMEN

SALA, M. G. Asistencia consular a presos extranjeros en Estados Unidos: el caso de México. 2009. 167f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

La asistencia consular a los nacionales del Estado que envía está indicada en el artículo 5º de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares entre las diversas funciones consulares. El artículo 36º. del mismo diploma con el objetivo de facilitar el ejercicio de las funciones consulares concede al ciudadano extranjero y al Estado que envía derechos, e impone a las autoridades locales del Estado receptor deberes. Las normas exigen que las autoridades locales, sin tardar, informen al reparto consular competente del Estado que envía, sobre la detención de un nacional. Las autoridades locales aún deben informar al preso extranjero este derecho, y a pedido de él deben notificar su detención al consulado, además de autorizar el acceso de funcionarios consulares. Se observa así la importancia de este derecho, cuya relevancia es mayor en los casos de pena de muerte. La relevancia del fenómeno migratorio en Latinoamérica, en especial de los mexicanos a los Estados Unidos, hace de esta situación un ejemplo vital. Se contribuye, de tal modo, con la discusión de la normatividad internacional en materia consular, como instrumento de ciudadanía y de realización de derechos humanos. Se presenta la posición de la Corte de Justicia –principal órgano judicial internacional para la solución de conflictos entre Estados- y, comparativamente, para el ámbito regional, se introduce la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A partir del análisis del Derecho Internacional y de la situación del principal contingente de migrantes en los Estados Unidos, los latinoamericanos y entre ellos los mexicanos, este trabajo colabora para la mejor comprensión de los procesos de integración en el continente.

Palabras-clave: Asistencia Consular. Presos Extranjeros. Corte Internacional de Justicia . Justiça.Estados Unidos. México.

ABSTRACT

SALA, M. G. **The consular assistance to an arrested foreigner at United States: the case of Mexico**. 2009. 167f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

The consular assistance to the national citizen of the sending State is provided in article 5 of the Convention of Vienna on Consular Relations between the diverse consular functions. The article 36 of the same diploma with the purpose of making the exercise of consular functions easy it grants rights to the foreign citizen and to the sending State; and impose duties to the local authorities of the receiving State. It requires that the local authorities inform, without delay, the competent consular post as to the detention of a national citizen of the sending State. The local authorities will also have to inform the foreign prisoner about such right, at the prisoner's request, the authorities shall notify the detention to the consulate; besides authorize the access of the consular officers to the prisoner. This piece, analyzes the importance of this right, specially in the cases of death penalty; and describes the Consular Assistance institute, particularly, in respect to Mexican immigrants prisoners with a death penalty sentence in the United States. The relevance of the migratory phenomenon in Latin America, above all of the Mexicans in United States, makes this situation a vital example. It contributes, in this sense, with the discussion of international law in consular matters, as an instrument of citizenship and human rights achievement. It presents the International Court of Justice position - main international law judicial organism to solution of conflict between States - and, by comparison, the Inter-American Commission on Human Rights position, in the regional sphere. Upon the analysis of International Law and the main contingent of migrants in the United States circumstances - the Latin-Americans, and among them, the Mexicans, this piece contributes to a better understanding of the integration process on the continent.

Keywords: Consular Assistance. Foreign Arrested, International World Court. United States. México.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I – TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE MIGRAÇÃO E O DIREITO CONSULAR.....	12
1.1 Normas internacionais de migração	12
1.2.1 A Convenção de 1990.....	13
1.2 Normas internacionais e o direito consular – a Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963	16
1.2.1 Positivização das relações diplomáticas e consulares – as Convenções de 1961 e 1963.....	16
1.2.2 Atividades consulares e o papel do cônsul	18
1.2.3 Proteção diplomática vs. proteção consular.....	23
1.2.4 Garantias das normas consulares	25
CAPÍTULO II – ASSISTÊNCIA CONSULAR	27
2.1 Funções da Assistência Consular	27
2.2 Assistência consular aos presos estrangeiros	30
2.3 Importância do direito consular.....	33
2.4 Caso Gerardo Valdez Maltos	36
2.5 Posicionamento da Organização dos Estados Americanos	40
CAPÍTULO III – MIGRAÇÃO, DIREITO INTERNACIONAL E A POLÊMICA MIGRATÓRIA NOS ESTADOS UNIDOS.....	50
3.1 Política de integração dos imigrantes nos Estados Unidos.....	52
3.2 Transnacionalismo	57
3.3 Eugenia na América Latina	63
3.4 A questão étnica.....	66
3.4.1. A polêmica da classificação étnica	67
3.4.2. A identidade hispânica.....	68
3.5 Os imigrantes mexicanos e brasileiros nos Estados Unidos.....	72
CAPÍTULO IV – A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA E O CASO AVENA	77
4.1 Corte Internacional de Justiça	77
4.2 Caso Avena (México vs. Estados Unidos).....	93
4.3 Caso 12.644 (Sr. Medellín) da Comissão Interamericana de Direitos Humanos	121
4.4 Ação do estado do Texas contra José Ernesto Medellín	125
CONCLUSÃO	129
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	135
ANEXO A – Convenção de Viena sobre Relações Consulares	145

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o cumprimento do direito à assistência consular a presos estrangeiros, em particular aos presos latino-americanos nos Estados Unidos, e entre eles aos mexicanos. O tema ganhou repercussão na esfera jurídica internacional, principalmente após os casos de apelação para condenados à morte apresentados na Corte Internacional de Justiça e da postura reativa norte-americana frente as sentenças proferidas pelo órgão jurisdicional internacional.

Embora esse seja um assunto de muita importância no sistema das Nações Unidas foram estabelecidas normas multilaterais sobre as relações consulares somente a partir de 1963, como resultado da crescente demanda para a positivação da temática. Deste processo, resultou a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, assinada em 24 de junho de 1963, que fixa entre as funções e privilégios consulares, direitos de *assistência* aos estrangeiros.

A Convenção de Viena sobre Relações Consulares é acompanhada por um *Protocolo Opcional* relativo a soluções compulsórias de disputas, que em seu artigo 1º estabelece a competência da Corte Internacional de Justiça para a solução de disputas relacionadas a sua interpretação e aplicação.

Amparados nesta competência, ao longo de 5 anos, três Estados ingressaram na Corte Internacional de Justiça, argumentando violações à Convenção de Viena sobre Relações Consulares, em especial, ao artigo 36 da Convenção, que trata da comunicação dos funcionários consulares com os seus nacionais, particularmente, com aqueles que estão presos, encarcerados, postos em prisão preventiva ou detidos de qualquer outra maneira pelas autoridades locais em Estados estrangeiros.

Analisa-se aqui os três casos de presos, que enfrentaram a pena de morte nos

Estados Unidos e não tiveram seus direitos à informação da assistência consular respeitados. Tendo em vista a importância das decisões da Corte dentro da órbita internacional e do Direito Internacional em si, o conteúdo das deliberações da Corte é de grande valia para o esclarecimento do direito existente quanto à *assistência consular*.

O presente trabalho não se prende somente ao conteúdo das decisões. De início, analisar-se-ão as normas internacionais concernentes ao direito consular e à migração, cientes da importância do fenômeno migratório na América Latina, em especial de mexicanos aos Estados Unidos. Aprofundar-se a então o conceito da *assistência consular* em si, enfatizando a *assistência consular* a presos estrangeiros à luz do Direito Internacional, inclusive trazendo à baila exemplos práticos que demonstram sua importância.

No primeiro capítulo apresentamos a legislação internacional sobre migração e sobre o direito consular, a evolução da positivação em matéria consular, o papel do cônsul junto ao nacional e o conceito de proteção consular.

No segundo capítulo especificaremos o conceito do instituto da assistência consular previsto no bojo da Convenção de Viena sobre Relações Consulares; como esta influencia no caso concreto (na condução do processo criminal ou até mesmo no veredicto) e a posição da Organização dos Estados Americanos (OEA) e das Nações Unidas (ONU) sobre a questão.

Para o terceiro capítulo, reservamos a discussão mais ampla sobre cidadania do estrangeiro e; sobre sua situação como migrante num país como os Estados Unidos. Neste capítulo, enfatizaremos especialmente o caso da migração mexicana aos Estados Unidos, a mais importante em termos quantitativo e histórico. Como dado de contextualização – e para permitir uma comparação – introduzimos também neste capítulo dados sobre a migração brasileira e sobre a dificuldade de identificação e inclusão destes migrantes brasileiros na categoria de hispânicos.

No último capítulo analisaremos pormenorizadamente a decisão do caso específico que propomos, o caso *Avena* da Corte Internacional de Justiça e dos casos correlatos no âmbito regional americano e interno, para que se possa determinar a importância do papel da *assistência consular* no âmbito externo e interno.

Desse modo, este trabalho se enquadra nos objetivos do Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (PROLAM/USP), porque trata desde a perspectiva do Direito Internacional, do principal contingente de migrantes nos Estados Unidos, os latino-americanos e entre eles os mexicanos.

No trabalho, tentaremos demonstrar que tratados internacionais pensados para regular o relacionamento entre Estados têm também uma dimensão de Direitos Humanos, uma vez que podem proteger os cidadãos em situação vulnerável. E isto, mesmo que as únicas instâncias de acionamento das Cortes Internacionais sejam os Estados.

CAPÍTULO I – TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE MIGRAÇÃO E O DIREITO CONSULAR

1.1 Normas internacionais de migração

O marco legal na temática das migrações internacionais se depreende do direito consuetudinário e também de diversos instrumentos legais, mundiais e regionais. Referidos instrumentos legais contêm disposições que não se aplicam somente ao fenômeno migratório, mas referem-se também a direitos individuais, à responsabilidade dos Estados e às relações entre Estados.

À guisa de ilustração, a Carta das Nações Unidas (1945) adota como propósito e princípio norteador para os países signatários e membros das Nações Unidas, dentre outros a cooperação internacional, cujo princípio geral, é uma diretriz de como os Estados devem tratar as questões de migrações internacionais, ou seja, o propósito de que todos os membros das Nações Unidas se comprometem a utilizar da cooperação internacional para resolver qualquer problemática derivada da migração, promovendo sem distinção o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais. Tal como se nota a seguir:

Artigo 1(3) Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião;

Ademais da Carta das Nações Unidas, temos fontes importantes relativas de direitos para os imigrantes, tais como (i) a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (1948); (ii) as Convenções Trabalhistas da Organização Internacional do Trabalho, tais como, *Convenção sobre os Trabalhadores Migrantes* (revisada, 1949), *Convenção sobre a Discriminação* (1958) e *Convenção sobre os Trabalhadores Migrantes* (n.º143, 1975); (iii) a *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados* (1951) e seu *Protocolo* (1966); (iv) a *Convenção de Viena sobre Relações Consulares* (1963); e (v) diversos Tratados das Nações

Unidas, entre os quais os Tratados de Direitos Humanos básicos, aqueles que trazem uma proteção de âmbito mais geral que são: o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* e o *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (ambos de 1966). Assim como aqueles que trazem proteção mais específica como a *Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* (1965); a *Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes* (1984); a *Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher* (1979); a *Convenção sobre os Direitos da Criança* (1989); e a *Convenção de Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias* (1990),.

Trataremos neste capítulo da normativa sobre a migração e direito consular, com destaque respectivamente na **Convenção de 1990** e na Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 24 de julho de 1963 (doravante **Convenção de 1963 – Anexo A**). No que se refere ao direito consular, destacaremos alguns aspectos importantes para formar o contexto necessário para que no próximo capítulo possamos desenvolver o conceito de *assistência consular*, tema principal do nosso trabalho.

1.2.1 A Convenção de 1990

A *Convenção de Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias* (1990), doravante denominada apenas **Convenção de 1990**, em vigor desde 1º de julho de 2003, reforça e complementa as demais disposições previstas nos tratados de Direitos Humanos das Nações Unidas apenas mencionados.

Os Comitês responsáveis pelo monitoramento e implementação destes tratados¹ em determinadas ocasiões expressaram preocupação em fracassar na implementação das

¹ Tais como: Comitê dos Direitos Humanos (CCPR), Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR), Comitê de Eliminação de Discriminação Racial (CERD), Comitê de Eliminação Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), Comitê contra a Tortura (CAT) e Comitê dos Direitos da Criança (CRC).

disposições das Convenções correspondentes sem discriminação em relação aos imigrantes². O que dá importância à Convenção, assim como ao *Comitê de Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias*.

A **Convenção de 1990** procura impedir e eliminar a exploração de trabalhadores migrantes e de suas famílias durante todo o processo de migração prevendo *standards* internacionais obrigatórios para o tratamento, o bem-estar e os direitos humanos de imigrantes documentados e não documentados. Ademais, dispõe obrigações e responsabilidades dos Estados que recebem e enviam migrantes. Em particular, tem por objetivo dar fim ao recrutamento ilegal ou clandestino e ao tráfico de trabalhadores imigrantes, e desencorajar o emprego de trabalhadores imigrantes irregulares ou não documentados.

Ressalte-se que a **Convenção de 1990** conta somente com 34 ratificações³ enquanto os demais tratados mencionados contam com ratificações que variam entre 135 e 192. Os números apontados refletem a aceitação ou não do instrumento internacional, assim, pode-se afirmar que a **Convenção de 1990**, comparada às demais Convenções referidas, tem uma aceitação muito menor pelos países.

Por outro lado, observa-se que as Convenções referidas trazem também um amparo legal para a proteção dos direitos dos imigrantes. Isto indica que o obstáculo para sua proteção não é a ausência de normas, mas sim a não observância das Convenções, Acordos e Declarações que os Estados já aceitaram e firmaram. Portanto, no atual contexto, é imprescindível que se possibilite aos imigrantes o exercício dos direitos a eles previstos pelo Direito Internacional.

Mesmo que o imigrante esteja presente no país de destino em contrariedade à lei de imigração interna, este é sujeito de direitos, ou seja, tem de ter assegurado todos os direitos

² Dado disponível em: <<http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/cmw/faqs.htm#3>>. Acesso em: 28 nov. 2008.

³ Dentre os países que ratificaram a referida Convenção no continente americano podemos destacar os seguintes: Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, El Salvador, Guatemala, México, Paraguai e Uruguai. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/cmw/ratifications.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2008.

humanos fundamentais dos instrumentos anteriormente mencionados: o direito à vida, à igualdade perante a lei e à proteção contra violações aos direitos humanos, como por exemplo, detenção arbitrária prolongada, tortura, discriminação racial, escravidão, entre outros.

Em suma, a **Convenção de 1990** tem em seu bojo disposições que fazem referência à prevenção das migrações irregulares, às obrigações dos imigrantes e ao papel de cooperação entre Estados na regulamentação da circulação de modo saudável e equitativo. Apesar de a Convenção fazer distinção entre os trabalhadores regulares e os irregulares, protege os direitos fundamentais dos trabalhadores imigrantes de uma forma geral, conferindo alguns direitos específicos aos trabalhadores autorizados, como por exemplo, o direito ao reagrupamento familiar.

Dita **Convenção** reconhece ao imigrante ainda direitos econômicos, sociais e culturais, como assistência médica de emergência e acesso à educação para os filhos dos trabalhadores. De acordo com sua condição legal, inclusive permite direitos sindicais. A **Convenção de 1990** exige que os Estados cooperem, adotando medidas para a repatriação coordenada dos imigrantes não autorizados, detectando, prevenindo e erradicando as migrações irregulares e a mão-de-obra destes imigrantes.

Assim a **Convenção de 1990** foi uma resposta jurídica para a proteção de um grupo de pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade. Contudo, apesar da entrada em vigor da **Convenção de 1990** e em razão do baixo número de ratificações a alternativa que resta hoje é a de que os Estados apliquem plenamente todas as disposições dos instrumentos de Direitos Humanos já ratificados. Garantindo de tal maneira que estes direitos sejam conferidos sem discriminação entre imigrantes e cidadãos nacionais.

1.2 Normas internacionais e o direito consular – a Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963

No contexto acima descrito, os imigrantes detidos, além de estarem protegidos pelas disposições das Convenções anteriormente comentadas, em especial da **Convenção de 1990**, têm direito à *assistência consular* – tema objeto do presente estudo – direito previsto na **Convenção de 1963** a qual se comenta a seguir.

A **Convenção de 1963** foi projetada nos moldes e premissas da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 18 de abril de 1961 (doravante **Convenção de 1961**), e trouxe a previsão da *assistência consular*. Ambas as Convenções foram criadas em resposta à necessidade de positivação da temática diplomática e consular geral.

1.2.1 Positivação das relações diplomáticas e consulares – as Convenções de 1961 e 1963

O processo de positivação das relações diplomáticas e consulares, que acabaria nas Convenções da década de 1960, foi longo e negociado aos poucos.

Antes de 1815, as regras sobre privilégio, prerrogativas e imunidades, tanto no caso de representantes diplomáticos como de funcionários do serviço consular estrangeiros, respaldavam-se nos usos e costumes internacionais.

No período denominado “Concerto Europeu” ou “Santa Aliança”⁴ surgiu a necessidade de uma formulação mais clara destas regras. Tendo em vista que era preciso esclarecer os exatos contornos dos direitos concedidos aos representantes diplomáticos e consulares dos Estados estrangeiros e era urgente coibir abusos que estes representantes

⁴ Após a derrota de Napoleão, as nações européias vencedoras e seus aliados reuniram-se no Congresso de Viena para reorganizar a Europa, restabelecer os governos e garantir a paz no âmbito internacional. Neste contexto o Concerto Europeu era o sistema de reuniões periódicas em que as grandes potências européias participavam; e a Santa Aliança (inicialmente formada pela Rússia, Áustria e Prússia) era a resposta anti-revolucionária para fazer frente aos ideais republicanos da Revolução Francesa disseminados na época de Napoleão.

cometiam dentro do próprio território.

A resposta veio durante uma das sessões do Congresso de Viena em que as monarquias européias elaboraram as primeiras normas internacionais escritas sobre as imunidades e privilégios dos diplomatas, que consistia basicamente em um texto sobre hierarquia dos diplomatas. Adotou-se, então, o Regulamento de Viena de 1815 sobre Ordem de Precedência dos Agentes Diplomáticos e sua respectiva regulamentação em 1818, com o protocolo adotado no Congresso de *Aix-la-Chapelle*.

Já no continente americano merecem destaque duas Convenções adotadas em Havana em 1928, a *Convenção de Havana sobre Funcionários Diplomáticos* e a *Convenção de Havana sobre Funcionários Consulares*. Estas são consideradas as primeiras normas de direito escrito (*jus scriptum*) moderno de regulamentação multilateral das atividades diplomáticas e consulares. No entanto sua aplicação foi apenas para os países americanos.

As relações diplomáticas, porém somente serão regulamentadas de uma forma global, algumas décadas mais tarde quando no contexto da Guerra Fria, a delegação da Iugoslávia, diante das freqüentes violações das regras aplicáveis na matéria, obteve, em 1952, o voto na Assembléia Geral de uma Resolução solicitando à Comissão de Direito Internacional o estudo com prioridade da codificação da matéria de relações e imunidades diplomáticas.⁵ Somente, então, foi possível negociar dentro do sistema das Nações Unidas com a finalidade de estabelecer normas multilaterais sobre a questão das relações diplomáticas em 1961 e das relações consulares em 1963, a partir do modelo da anterior, resultando respectivamente na **Convenção de 1961** e na **Convenção de 1963**. A adoção da **Convenção de 1963** foi referida por Luke Lee (1991, p. 26) como, “sem dúvida o evento mais importante em toda a história da instituição consular”.⁶

Apesar da importância da positivação da matéria, o preâmbulo de ambas as

⁵ Resolução 685 (VII) de 5 de dezembro de 1952.

⁶ Tradução livre de: “undoubtedly the single most important event in the entire history of the consular institution.”

Convenções dispõe que “as normas de direito consuetudinário internacional devem continuar regendo as questões que não tenham sido expressamente reguladas pelas disposições da presente Convenção” (RANGEL, 2000, p. 233 e 251).

Destarte, apesar de a matéria ter sido positivada, no tocante ao que não for regulado nestas Convenções mantêm-se os costumes, mesmo que a título subsidiário para regular as questões de matéria diplomática e consular.

Cabe ressaltar ainda que ao analisar o Direito Comparado da atualidade, observa-se que há regras sobre imunidades de jurisdição e execução, nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, que podem basear-se em normas internas, de natureza constitucional ou infraconstitucional, assim como em tratados e convenções internacionais (no concernente às imunidades diplomáticas e consulares).

1.2.2 Atividades consulares e o papel do cônsul

Na atualidade, o cônsul possui atribuições mais complexas do que as de um século atrás acompanhando a evolução das relações internacionais.

Os primeiros vestígios do regime consulares encontram-se na criação dos patronatos romanos e na organização dos *próxenos* na Grécia. Na Antigüidade grega, os *próxenos* eram representantes que uma cidade escolhia em outra com a finalidade de não só defender os seus interesses, mas também de proteger os seus nacionais aí domiciliados.

A função consular adquiriu a feição atual já na Idade Média. Naquela época, algumas cidades do Mediterrâneo estabeleceram feitorias no Egito e na Ásia Menor e os seus comerciantes aí localizados obtiveram permissão das autoridades locais para escolher um deles para defender seus interesses e ao mesmo tempo servir de árbitro em suas diferenças ou com estranhos (cônsules *electi*). Na mesma oportunidade em alguns portos e cidades na

Europa, os marinheiros e comerciantes tinham a mesma orientação e o árbitro por eles escolhido, recebia diversas designações (cônsul do mar ou *aldermen*).

No século XVI, os Estados reconheceram a importância do cargo público e tornaram pública a função por nomeação oficial, passando a escolher o cônsul e dando-lhe atribuições políticas, comerciais e até judiciais. As atribuições políticas serão perdidas posteriormente com a instituição das embaixadas permanentes.

Na atualidade, os cônsules podem ser de carreira (antigos *missi*), funcionários públicos do Estado que os nomeia e os remunera, pertencentes à sua nacionalidade, e que não podem exercer nenhuma outra função. Também há os cônsules honorários (antigos *electi*) nacionais ou não do Estado que os escolhe e que não são funcionários, mas mandatários do governo que os nomeia. Em regra, como é o caso do Brasil, indicam-se as duas espécies de cônsules. A **Convenção de 1963** estabelece, em seu artigo 9º, quatro categorias de chefes de repartição: cônsul-geral, cônsules, vice-cônsules e agentes consulares (ARAÚJO, 2000, p. 181). E são estes os funcionários que prestarão *assistência* ao preso estrangeiro – tema objeto do presente estudo.

Consoante Raul Pederneiras (1965, p.352):

a classificação dos cônsules é matéria de Direito interno (convenção de Havana, de 1928, artigo 2º). As atribuições decorrentes da categoria consular também se regem pela legislação interna do respectivo Estado. Não se diga, entretanto, como faz Strumpp, que a classificação é desprovida de valor jurídico. O Estado em cujo território o cônsul exerce suas funções, mantém suas relações de acordo com a competência estabelecida pelo Direito estrangeiro na parte relativa às atribuições dos agentes consulares.

Ou seja, em sua função o cônsul deve atender tanto a legislação do país de sua nacionalidade – que o nomeou – como a do país receptor, onde atuará. Mesmo porque o artigo 36(2) da **Convenção de 1963** prevê que as prerrogativas dispostas no artigo 36(1), a saber, liberdade de comunicação entre os funcionários consulares e seus nacionais, notificação da *assistência consular* ao preso, a *assistência consular* e visita das autoridades consulares aos

nacionais presos serão exercidas de acordo com as leis e regulamentos do Estado receptor. Devendo, contudo, entender-se que referidas leis e regulamentos não poderão impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos na Convenção (vide definição de *assistência consular* no CAPÍTULO II). O cônsul está subordinado ao Ministério das Relações Exteriores do Estado que o nomeia, mas recebe instruções do Embaixador, que o acredita no Estado receptor⁷.

Os cônsules distinguem-se dos representantes diplomáticos pela sua função e estatuto jurídico, mesmo que sejam representantes do Estado acreditante para fins específicos, não lhes é concedido o tipo de imunidade de legislação e de jurisdição coerciva do Estado receptor de que gozam os representantes diplomáticos. Assim, as funções consulares são bastante variadas e incluem entre outras: proteção dos interesses do Estado que representam e dos seus nacionais, desenvolvimento de relações de caráter econômico e cultural, emissão de passaportes e vistos, administração dos bens de seus nacionais, registro de nascimento, óbito e casamentos, e a fiscalização de embarcações e aeronaves atribuídas ao seu Estado.

Frise-se que existem definições dos papéis do cônsul, contudo, que são muito mais de caráter exemplificativo, como é o caso da definição de P. Fauchille (1926, p. 109), para quem:

os cônsules são os agentes oficiais que um Estado estabelece nas cidades ou nos portos de país estrangeiro, com a missão de cuidar de seus interesses comerciais, prestar assistência e dar proteção aos seus nacionais, comerciantes ou viajantes, desempenhar com relação a eles funções administrativas (ou judiciárias), exercer a segurança da marinha mercante, velar pela execução dos tratados de comércio e navegações, fornecer dados sobre as produções agrícolas e industriais e sobre o movimento dos países estrangeiros etc..⁸

⁷ A **Convenção de 1963** emprega a expressão “Estado que envia” para designar aquele que mantém o corpo consular e que envia seus representantes; e “Estado receptor” para designar aquele cujo território se instala o corpo consular e onde se permite sua atividade a serviço de um governo estrangeiro. Manteremos neste trabalho a terminologia da Convenção.

⁸ Tradução livre de : “Les consuls sont des agents officiels qu’un État établit dans des villes ou dans des ports de pays étranger, avec la mission de veiller à ses intérêt commerciaux, de prêter assistance et d’accorder protection à ses nationaux, commerçants ou voyageurs, de remplir à leur égard des fonctions administratives (ou judiciaires), d’exercer surveiller l’exécution des traités de commerce et navigation, de fournir des renseignements sur les productions agricoles et industrielles et sur le mouvement commercial de pays étrangers, etc.”

Em obras mais específicas sobre o direito consular encontram-se definições da mesma linha, tal como a de Irizarry y Puentes (1937, apud NASCIMENTO E SILVA, 1959, p. 36), na qual afirma que

no sentido genérico, um cônsul é um funcionário enviado por um governo para residir num país estrangeiro, e admitido pelo Governo desse país, para múltiplas finalidades administrativas, mas antes de tudo para representar, estimular e proteger os seus interesses nas relações econômicas, marítimas e comerciais, bem como as pessoas e os interesses de seus cidadãos ou súditos

Em ambas as definições nota-se que o que define o cônsul é sua própria função, ressalte-se ainda que apesar de tratarem-se de obras antigas e anteriores à **Convenção de 1963** já estava latente a preocupação com seus nacionais (cidadãos), ou seja, em olhar por seus interesses, prestar-lhe assistência e protegê-los.

Neste contexto, uma prática uniforme evidenciada por inúmeros tratados bilaterais encorajou a Comissão de Direito Internacional a apresentar o projeto de artigos sobre as relações consulares, tendo sido subsequente a assinatura da **Convenção de 1963**, na qual se dispõe que não afetará outros acordos internacionais em vigor entre as partes. Como resultado, hoje uma definição completa de cônsul considera as funções consulares elencadas no artigo 5º da **Convenção de 1963**, dentre elas as que têm importância no presente trabalho são:

As funções consulares consistem em:

- a)proteger, no Estado receptor, os interesses do Estado que envia e de seus nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, dentro dos limites permitidos pelo direito internacional;
- (...)
- e)prestar ajuda e assistência aos nacionais, pessoas físicas ou jurídicas do Estado que envia;
- (...)
- i)representar os nacionais do país que envia e tomar as medidas convenientes para sua representação perante os tribunais e outras autoridades do Estado receptor, de conformidade com a prática e os procedimentos em vigor neste último, visando conseguir, de acordo com as leis e regulamentos do mesmo, a adoção de medidas provisórias para a salvaguarda dos direitos e interesses destes nacionais, quando, por estarem ausentes ou por qualquer outra causa, não possam os mesmos defendê-los em tempo útil;
- j)comunicar decisões judiciais e extrajudiciais e executar comissões rogatórias de conformidade com os acordos internacionais em vigor, ou, em sua falta, de qualquer outra maneira compatível com as leis e regulamentos do Estado receptor.

Dentro destes dispositivos, devemos destacar a *função de proteção* do cônsul, isto é, o cônsul deve amparar os nacionais de seu Estado, assistindo-os junto às autoridades locais quando se fizer necessário. A *proteção consular* encontra-se prevista no direito consular consuetudinário, nos acordos bilaterais e multilaterais assim como na **Convenção de 1963**.

A instituição consular está vinculada desde suas origens e seu desenvolvimento durante a história, com a exigência do Estado de proteger seus nacionais que trabalham e vivem em território estrangeiro. Inclusive, A. Maresca (1974, p.216) assevera que a norma mais antiga e segura do Direito Consular consuetudinário referente às funções consulares é a que atribui aos funcionários consulares o poder de exercer em favor de seus nacionais a proteção consular.

Este argumento tem fundamento e pode-se comprová-lo ao se observar que a **Convenção de 1963** colocou a proteção consular como a primeira função no dispositivo que elenca as funções do *cônsul* (artigo 5º(a) da **Convenção de 1963**).

Entendida em sentido estrito,

A proteção consular consiste na ação que o cônsul está legitimado para desenvolver, diante das autoridades locais do Estado territorial, em favor de seus nacionais que residem ou se encontram ocasionalmente em seu distrito consular e que tenham recebido um tratamento contrário ao devido.⁹

A desconformidade com o tratamento devido deve estar prevista em lei do Estado receptor, assim como em normas internacionais consuetudinárias e convencionais.

Uma vez delineadas as funções dos cônsules torna-se claro que a *assistência consular* somente poderia dar-se pelo cônsul, principalmente, nos casos dos nacionais presos. Mesmo porque o cônsul e sua equipe são os funcionários que teriam competência para estarem mais próximos de seus nacionais e que teriam legitimidade junto às autoridades administrativas e judiciárias locais.

⁹ Tradução livre: “la protección consular consiste en la acción que el cónsul está legitimado para desarrollar, ante las autoridades locales del Estado territorial, en favor de sus nacionales que residen o se encuentran ocasionalmente en su distrito consular y que han recibido un trato contrario al debido.”

Nota-se, portanto, na definição legal e doutrinária do cônsul, tal como na determinação de suas funções – dentre elas a de *proteção consular* – a suma importância do papel do cônsul na representação de seu nacional diante das autoridades locais.

1.2.3 Proteção diplomática vs. proteção consular

A *proteção consular* e a diplomática originam-se nas mesmas premissas e justificativas. O Direito Internacional geral obriga que o Estado respeite os direitos subjetivos essenciais do estrangeiro, relativos a sua pessoa e seus bens. Esta regra geral pode ser confirmada e ampliada mediante acordos bilaterais e multilaterais. O próprio Direito Internacional atribui ao Estado a soberania pessoal sobre seus nacionais no estrangeiro e, portanto, o poder de proteção. A proteção de seus nacionais que se encontram no estrangeiro é uma função natural aos cônsules e diplomatas.

Tanto a *proteção consular* como a diplomática exigem que aquele que se beneficie da proteção seja nacional do Estado que envia e que, conforme a lei do Estado receptor, não seja nacional daquele.

Os beneficiários da proteção diplomática e consular podem ser pessoas físicas (da nacionalidade do Estado que envia) ou jurídicas, sobretudo, as sociedades mercantis (por nacionalidade ao mesmo Estado). Excepcionalmente é aceito que a *proteção consular* e a diplomática sejam exercidas por um Estado estrangeiro em favor de indivíduos que não são seus nacionais.

A proteção diplomática diz respeito, especialmente, a comportamentos de caráter geral, um ato do Poder Executivo, Judiciário ou Legislativo. Por sua vez, a *proteção consular* somente refere-se a feitos de caráter local, podendo também se relacionar com medidas do Poder Executivo ou decisões da autoridade judicial.

A infração de uma norma internacional é pressuposto para a proteção diplomática

e consular. No entanto, a ação da missão diplomática fundamenta-se na norma internacional em si, ao passo que a ação da repartição consular refere-se à norma do próprio Estado, em razão da qual seu ordenamento jurídico interno adaptou-se às obrigações previstas pela norma internacional. Logo, a ação diplomática desenvolve-se na esfera do Direito Internacional (relações entre Estados) à medida que a ação consular desenvolve-se no âmbito do Direito Interno do Estado receptor.

A proteção diplomática pode ser exercitada mediante uma ação ante o Ministério de Relações Exteriores, enquanto que a *proteção consular* se desenvolve, frente às autoridades locais. Todavia, a caráter oficial, a proteção diplomática somente pode ser exercida perante o Ministério de Relações Exteriores, enquanto a *proteção consular* desenvolve-se ante qualquer autoridade local competente seja estadual ou municipal, administrativa ou judicial.

Em conformidade com as regras de Direito e a prática internacional, a proteção diplomática somente pode ser exercitada quando já foram esgotados os meios previstos pela legislação interna em sentido negativo. Já a ação dos funcionários consulares pode desenvolver-se legitimamente, inclusive, nas fases que antecedem a decisão definitiva.

Apesar das distinções existentes entre a proteção diplomática e a consular, estas podem em certo momento integrar-se. Ou seja, a previsão no Direito Internacional se adapta e é aplicável à realidade das políticas domésticas e de direito interno, que como se demonstra no presente estudo, trata-se do grande desafio na prática da *assistência consular* aos presos estrangeiros e na execução pelos Estados Unidos da sentença do caso *Avena e outros nacionais mexicanos* (doravante *caso Avena*) proferida pela Corte Internacional de Justiça¹⁰. Neste contexto, os Estados Unidos enfrentam dificuldade com seus procedimentos internos

¹⁰ O Caso *Avena* se trata da demanda intentada pelo México contra os Estados Unidos no âmbito da Corte Internacional de Justiça em que o México alegou violação à **Convenção de 1963** pelos Estados Unidos no caso dos nacionais mexicanos indicados na petição condenados à morte.

para aplicar e cumprir suas obrigações internacionais derivadas tanto da **Convenção de 1963** como da sentença do caso *Avena* da Corte Internacional de Justiça (vide CAPÍTULO IV).

Ressalte-se, portanto, que a *assistência consular* não deve ser confundida com a *proteção consular*, já que a última pressupõe infração a uma norma de Direito Internacional pelas autoridades locais, o que não ocorre na *assistência consular*. Esta apenas pressupõe a faculdade dos funcionários consulares de se comunicarem com seus nacionais, e visitá-los e dos nacionais da mesma forma, fazerem-no em relação aos funcionários consulares, assim como a faculdade destes mesmos funcionários em dirigir-se às autoridades locais. Essencial para este exercício é a cooperação. Na atualidade o grande obstáculo para a aplicação deste direito dos nacionais e dos funcionários consulares é justamente a falta de cooperação.

1.2.4 Garantias das normas consulares

As normas reguladoras das relações consulares estão protegidas por garantias indiretas de alcance geral. Essas garantias são comuns e inerentes a todas as normas internacionais, mas em se tratando de relações consulares acabam tendo uma particular intensidade. Por exemplo, a natureza dos procedimentos de produção de normas, a natureza dos sujeitos destas normas, da própria estrutura das relações consulares, a solidariedade entre Estados e as características institucionais das relações consulares.

As garantias diretas para proteger as normas reguladoras das relações consulares pertencem ao direito convencional vigente entre Estados sujeitos das relações, de maneira que podem provir de acordos bilaterais e multilaterais.

A **Convenção de 1963** não prevê, em seu texto, normas estabelecendo garantias diretas. Entretanto, essas garantias estão previstas no *Protocolo Opcional* relativo à solução compulsória de disputas que a acompanha, assinado em 24 de abril de 1963 (doravante *Protocolo Opcional*) e que foi também elaborado pela Conferência de Viena.

O *Protocolo Opcional*, apesar de limitado àqueles que querem participar (em razão de seu caráter facultativo), reveste-se da mesma vocação universal da própria Convenção, além de ser o primeiro ato internacional a dar às normas consulares um sistema de garantias diretas de alcance geral.

A competência atribuída à Corte Internacional de Justiça, por meio do artigo 1º do *Protocolo Opcional*, não exclui que o Protocolo preveja uma pluralidade de possíveis instâncias para alcançar a solução de controvérsias. No prazo de dois meses, a contar do momento que tenha manifestado a controvérsia, as partes podem acordar para submeter a disputa a um procedimento de conciliação (artigo 3º do Protocolo) ou um procedimento arbitral (artigo 2º do Protocolo).¹¹

Foi com base na jurisdição estabelecida no artigo 1º do *Protocolo Opcional* que o Paraguai, a Alemanha e o México ingressaram com suas demandas contra os Estados Unidos no âmbito da Corte Internacional de Justiça sobre a **Convenção de 1963** que dispõe sobre *assistência consular* a presos estrangeiros (objeto de análise do Capítulo IV do presente trabalho – vide item 4.2).

Por ora, destaca-se, em suma, que a positivação do direito consular evoluiu de acordo com as mudanças das atribuições das funções dos cônsules e as necessidades de seus nacionais (cidadãos estrangeiros) até alcançar o texto da **Convenção de 1963** e os conceitos nelas previsto, inclusive o da *assistência consular*, que será analisado no próximo capítulo.

¹¹ Em 7 de março de 2005 a secretária de Estado norte americana, Condolezza Rice, anunciou ao então secretário-geral da ONU, Kofi Annan, a decisão dos Estados Unidos de denunciar o *Protocolo Opcional* da **Convenção de 1963**, que os Estados Unidos tinham ratificado em 1953. Uma vez que os Estados Unidos desistiram do *Protocolo Opcional* da **Convenção de 1963**, não existe mais a garantia direta em que a jurisdição da Corte Internacional de Justiça para solução de controvérsia é obrigatória quando se refere à interpretação da **Convenção de 1963** em relação a uma conduta e/ou postura norte-americana.

CAPÍTULO II – ASSISTÊNCIA CONSULAR

Tarefa primordial de todo cônsul é assistir aos cidadãos de seu país no estrangeiro e velar para que recebam um tratamento justo, eqüitativo e humano enquanto permanecerem sob sua custódia.

Neste capítulo desenvolver-se-á o conceito da *assistência consular*, direito tanto do estrangeiro detido como do corpo consular, isto é, direito de prestar-lhe assistência, comunicar-se livremente com ele, e visitá-lo.

2.1 Funções da Assistência Consular

As funções consulares são múltiplas e variadas. Para que seja feita uma análise da função de proteger e assistir aos seus nacionais cabe de início definir a *assistência consular*.

Dentre as definições existentes destaca-se a de Adolfo Maresca (1974, p. 220), para quem a *assistência consular* é o “conjunto de funções, de natureza e alcance bastante distintos, que o cônsul desenvolve em favor de seus nacionais, para facilitar sua permanência no território do Estado receptor, dirigindo-se para este fim, se for necessário, às autoridades locais”.¹²

Conforme o jurista, esta ação consular não pressupõe, diferentemente da proteção em sentido estrito, um comportamento das autoridades locais contrário às obrigações jurídicas impostas pelo Direito Internacional ou pelo Direito Interno. Ou seja, não se manifesta em forma de reclamação.

Funda-se no dever geral de cooperação recíproca que a instituição consular implica, entre as autoridades locais e os cônsules estrangeiros. A *assistência consular*

¹² Tradução livre de: “conjunto de funciones, de naturaleza y alcance bastante diferentes, que el Cónsul desarrolla a favor de sus connacionales para facilitarles sus permanencia en el territorio del Estado receptor, dirigiéndose para este fin, si fuera necesario, a las autoridades locales.”

entendida no sentido próprio distingue-se não somente da proteção consular, mas também daquele conjunto de funções de caráter administrativo que o cônsul desenvolve no interesse de cada nacional.

O artigo 5º da **Convenção de 1963** proclama, de maneira genérica, a função de prestar assistência aos nacionais em sua alínea “e” para posteriormente referir-se aos casos específicos. Frise-se que para facilitar a prática da *assistência consular*, o artigo 36 da **Convenção de 1963** versa sobre uma série de regras a respeito da comunicação entre os funcionários consulares e os nacionais do Estado que envia.

Ditas regras consagram a liberdade de comunicação e inclusive a obrigação que as autoridades competentes do Estado receptor têm de informar, *sem tardar*, à repartição consular quando na sua jurisdição um nacional do Estado que envia seja preso, detido ou colocado sob prisão preventiva. Também é estabelecido o direito de os funcionários consulares organizarem a defesa do nacional em questão perante os tribunais. Formula-se ainda o direito a visita ao nacional que cumpre uma sentença privativa de liberdade (RIDRUEJO, 1999).

Cabe ressaltar que a jurisdição consular refere-se ao âmbito no qual a repartição consular tem competência para exercitar as funções que lhe são próprias. A determinação dos limites da jurisdição consular efetua-se, geralmente, com base na divisão administrativa do Estado receptor.

A *assistência consular* está prevista no Direito Consular consuetudinário, nos tratados bilaterais que expressam a função de *assistência consular* e na **Convenção de 1963**.

A *assistência consular* tem lugar no exterior, mediante a ação que a repartição consular conduz diante as autoridades locais através da cooperação. Atua também no interior por meio de diversos contatos que se estabelecem entre o cônsul e os nacionais. A *assistência consular* pode progredir em tantas formas como situações jurídicas se apresentem aos

nacionais.

Alguns pressupostos se fazem necessários para que se torne possível a *assistência consular*, tais como, a faculdade reconhecida aos nacionais de um Estado estrangeiro de comunicar-se com o seu respectivo cônsul e apresentar-se na repartição consular, assim como a faculdade correlata do cônsul de comunicar-se com seus nacionais e se necessário visitá-los.

O artigo 36, item 1, alínea “a” da **Convenção de 1963** confirmou essa dupla possibilidade obrigando o Estado em dois sentidos, primeiro estabelecendo que os funcionários consulares possam comunicar-se livremente com seus nacionais e visitá-los e, segundo, estabelecendo que os nacionais do Estado que envia deverão ter a mesma liberdade de comunicar-se com os funcionários consulares e de visitá-los.

Outro pressuposto da *assistência consular* descrito no artigo 38 da **Convenção de 1963** é a faculdade reconhecida aos cônsules de dirigir-se às autoridades do Estado receptor¹³, sejam elas autoridades locais competentes ou todo e qualquer órgão local do Estado (órgãos políticos administrativos, de polícia, de administração financeira, judiciais), dos entes autárquicos territoriais (prefeito e seu gabinete, governador, presidente e departamentos da estrutura regional); sejam as autoridades centrais do Estado, com exceção do Ministério das Relações Exteriores.

O cônsul está legitimado para solicitar e obter das autoridades competentes informação sobre qualquer incidente que possa ser prejudicial aos interesses do nacional. Da mesma forma, o cônsul tem o direito de dirigir-se diretamente às autoridades administrativas de sua jurisdição do Estado receptor, estando legitimado para assistir diante dessas autoridades a seus nacionais.

Além de auxiliar seus nacionais diante das autoridades administrativas, o cônsul pode também fazê-lo diante de órgãos judiciais. A assistência pode dar-se, por exemplo,

¹³ Esta faculdade do cônsul é inerente ao exercício de todas as funções consulares, que implicam na cooperação com as autoridades locais. As autoridades do Estado receptor a que o cônsul pode se direcionar legitimamente para alcançar a *assistência consular*.

através de comunicações escritas do cônsul às autoridades judiciais, dentro dos limites permitidos pelo Direito processual do Estado receptor; pode consistir na designação de um advogado de confiança do consulado para a defesa do nacional que está sofrendo o processo. Assim como pode consistir também na proposta de um intérprete ou, na situação desta tarefa por parte do cônsul ou de uma pessoa a que este tenha delegado, sempre que as leis locais não se oponham. Pode ainda revestir-se por meio de representação legal dos nacionais ausentes ou daqueles que estejam impossibilitados de tutelar pessoalmente seus interesses. O objetivo desta assistência é obter das autoridades locais competentes as medidas necessárias para a salvaguarda de ditos interesses.

2.2 Assistência consular aos presos estrangeiros

A *assistência consular* assume especial importância quando o migrante se encontra, por algum motivo, em situação de restrição de liberdade.

Ao versar sobre o assunto, A. Maresca (1974) assevera que no que se refere a esta função Consular, que é uma das mais características, reconhece-se uma tendência evolutiva no Direito Consular. Alega que a norma do Direito Consuetudinário tende a estabelecer um dever automático de informação por parte das autoridades locais ao cônsul e um pleno direito deste de comunicar-se com seu nacional detido à espera de um juízo e de uma visita. Este dever necessita ser cumprido pelas autoridades locais, e o direito pode ser exercido pelo cônsul, desde que precedido da expressão de vontade do estrangeiro, com base na presunção absoluta de um desejo de receber a *assistência consular*.

O texto da **Convenção de 1963** foi o resultado de duas fórmulas normativas da codificação do Direito Consular preparada pela Comissão de Direito Internacional e executada pela Conferência Diplomática de Viena.

A Comissão de Direito Internacional, no projeto de artigos, tomando como documento base os Trabalhos da Conferência de Viena, adotou o critério de que (i) as autoridades locais informariam automaticamente a repartição consular; e (ii) o funcionário consular teria direito de visitar seus nacionais que estivessem presos a espera de um julgamento.

Na segunda Comissão foi proposta uma emenda destinada a eximir as autoridades locais do dever de informação nos casos em que o estrangeiro se opuser a esta, mas a Segunda Comissão rejeitou a proposta. O fundamento era de que esta emenda representaria um risco, já que as autoridades locais poderiam encontrar um pretexto fácil para justificar os atrasos e negligências em sua colaboração com o cônsul estrangeiro, colaboração que é indispensável para o desenvolvimento das funções consulares.

A Assembléia Plenária aprovou o texto de uma norma que modificava o que foi aprovado pela segunda Comissão e de acordo com o texto proposto pela Comissão de Direito Internacional. Ou seja, a norma embasa-se em que ademais das exigências e direitos do Estado que envia e do Estado receptor, é necessário levar em conta de modo adequado a vontade do indivíduo.

Como contrapeso das conseqüências negativas que uma norma inspirada somente neste critério poderia ter sobre as relações consulares e sobre a própria tutela efetiva do direito subjetivo dos indivíduos, esta norma se completa, ao estabelecer uma dupla obrigação ao Estado receptor. A primeira diz respeito a autoridades locais em relação aos estrangeiros presos. E a outra à adaptação do Direito interno do Estado às normas de Direito Consular Internacional.

Portanto, o texto do artigo 36 da **Convenção de 1963** dispõe sobre os deveres das autoridades locais competentes e dos direitos do cônsul do Estado que envia e de seus nacionais, tal como, a liberdade dos nacionais e dos funcionários consulares em se comunicar

e visitar (parágrafo 1º, “a”). Há obrigação da autoridade local de informar ao cônsul da prisão de seu nacional, não automaticamente, de modo subordinado ao pedido do interessado (parágrafo 1º, “b”). Cabe à mesma autoridade a obrigação de transmitir, sem tardar, a repartição consular qualquer comunicação que o estrangeiro preso deseja que lhe seja transmitida (parágrafo 1º, “b”). As autoridades locais competentes estão ainda obrigadas a informar, sem tardar, ao indivíduo de seu direito de solicitar que os funcionários consulares sejam advertidos da situação em que se encontra (parágrafo 1º, “b”).

Um limite a este dever pode advir da vontade do detido, o qual pode opor-se a receber visita dos funcionários consulares, caso em que corresponde aos funcionários consulares se absterem de qualquer intervenção (alínea c, do mesmo parágrafo e artigo).

Frise-se que os deveres das autoridades locais e os direitos dos funcionários consulares e de seus nacionais devem ser cumpridos e executados dentro do âmbito do ordenamento jurídico do Estado receptor e em conformidade com o mesmo (artigo 36(2) da **Convenção de 1963**).

A *assistência consular* desenvolve-se não somente em favor dos nacionais que estão submetidos e presos, a espera de um julgamento, mas também em relação aos nacionais que estão detidos em razão de cumprimento de pena imposta por uma condenação definitiva. Tratando-se desta situação, os funcionários consulares podem visitar seus nacionais em estabelecimentos penitenciários onde se encontrem (artigo 36,1 (c) da **Convenção de 1963**).

Esta função encontra-se confirmada pelo direito consuetudinário e em acordos consulares mais recentes que estabelecem que este poder dos funcionários consulares deve ser exercido de acordo com as leis e regulamentos do Estado receptor vigentes e coordenado com as autoridades competentes locais. Essa coordenação pode ser uma notificação preventiva ou uma autorização (MARESCA, 1974).¹⁴

¹⁴ O autor cita como exemplo o acordo italo-francês em seu artigo 24(2) e o acordo italo-britânico em seu artigo 19.

O projeto da Comissão de Direito Internacional continha uma norma aprovada na segunda Comissão da Conferência que previa este direito a favor dos funcionários consulares. Entretanto, a Assembléia Plenária aprovou uma norma (artigo 36,1(c) da **Convenção de 1963**) que confirma este poder dos funcionários consulares, mas que limita seu exercício no caso de o nacional detido opor-se a este. Embasou-se, portanto, no critério de adaptar-se à necessidade da *assistência consular* em relação à vontade do indivíduo. O texto final do artigo 36 ficou estabelecido da seguinte forma:

1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia: a) os funcionários consulares terão liberdade de se comunicar com os nacionais do Estado que envia e visitá-los. Os nacionais do Estado que envia terão a mesma liberdade de se comunicarem com os funcionários consulares e de visitá-los; b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar a repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente sub-parágrafo; c) os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conservar e corresponder-se com ele, e providenciar sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia encarcerado, preso ou detido em sua jurisdição em virtude de execução de uma sentença. Todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, sempre que o interessado a isso se opuser expressamente.

2. As prerrogativas a que se refere o parágrafo 1º do presente artigo serão exercidas de acordo com as leis e regulamentos do Estado receptor, devendo, contudo, entender-se que tais leis e regulamentos não poderão impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos pelo presente artigo (grifos nossos).

2.3 Importância do direito consular

O acesso ao consulado é indispensável sempre que cidadãos estrangeiros enfrentam acusações e aprisionamento na aplicação do sistema legal de outro país e principalmente quando se trata de pena de morte – como no caso de Gerardo Valdez Matos

abaixo analisado – uma vez que se refere ao direito mais essencial a todo ser humano, sua própria vida.

A *assistência consular* pode prover ao detido estrangeiro inúmeros benefícios. Os nacionais estrangeiros podem enfrentar a barreira da língua, as diferenças culturais e também podem ter afetada sua habilidade para defender-se em um processo criminal. O estrangeiro pode não estar familiarizado com a natureza e o objetivo do processo criminal do Estado receptor, sendo dessa forma impedido de defender-se de maneira apropriada. O papel do funcionário consular é justamente garantir que o seu nacional não seja prejudicado por estes fatores.

O funcionário consular pode fornecer assistência ao seu nacional detido mediante alocação de representação legal competente e assistindo em sua defesa. Em caso de pena de morte, existe maior probabilidade de uma intervenção consular, principalmente pelos países que se opõem à aplicação da mencionada pena; em geral para que através da assistência consular se consiga evitar, se possível, a sua execução.

Em se tratando de pena de morte, o artigo 36 da **Convenção de 1963** pode ser analisado conjuntamente com outros dispositivos dos instrumentos internacionais¹⁵. Por exemplo, com o artigo 6º do *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, sob este prisma, existem doutrina e decisão de tribunais internacionais regionais que interpretam que entre os objetivos do artigo 36 está o de salvaguardar o direito ao devido processo legal dos cidadãos estrangeiros detidos.

Ressalte-se que independentemente da aplicação de pena de morte em aplicação do princípio *pacta sunt servanda*, consagrado na *Convenção de Viena sobre os Direitos dos*

¹⁵ Os instrumentos internacionais de Direitos Humanos adotados pela Organização das Nações Unidas que consagram o direito a notificação e a ajuda consular são numerosos, por exemplo, o artigo 6(3) da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), princípio 16(2) do Conjunto de princípios para a Proteção de todas as Pessoas submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão (1988), artigo 10 da Declaração sobre os Direitos Humanos dos Indivíduos que não são nacionais do País em que vivem (1985).

Tratados, os Estados partes da **Convenção de 1963** têm o dever de cumprir com as obrigações que essa última lhes impõe em todo seu território, sem exceção geográfica.

A despeito desta regulamentação internacional, desde o restabelecimento da pena de morte nos Estados Unidos, há mais de 25 anos, inúmeros cidadãos estrangeiros pertencentes a diferentes nacionalidades foram condenados à morte. Em poucos destes casos, as autoridades que efetuaram a prisão, informaram ao estrangeiro o seu direito consular, acarretando consequências negativas no resultado do juízo. Conforme relatórios da Anistia Internacional, entre 1992 e maio de 2001, nenhum dos 15 estrangeiros executados nos Estados Unidos foi informado do seu direito de comunicação e notificação consulares (ANISTIA INTERNACIONAL, 2001).¹⁶

Foi com base neste suposto – de inobservância pelos Estados Unidos às obrigações derivadas do artigo 36 da **Convenção de 1963** – que o Paraguai, Alemanha e México ingressaram contra os Estados Unidos no âmbito da Corte Internacional de Justiça (objeto de análise no item 4.2 do presente trabalho).

Na prática não é possível averiguar quantos prisioneiros estrangeiros foram detidos nos Estados Unidos, cujos direitos, em virtude da **Convenção de 1963**, foram violados, uma vez que os departamentos prisionais não elaboram listas de reclusos por nacionalidade.

Uma intervenção consular oportuna assegura que os detidos estrangeiros compreendam seus direitos legais e contem com todos os meios para preparar uma defesa

¹⁶ Como nos Estados Unidos não há um controle/registro em âmbito nacional da listagem da população carcerária por nacionalidade é difícil verificar o número de estrangeiros sob pena de morte. Entretanto o “Death Penalty Information Center” prepara uma lista a partir de fontes variadas que atualiza periodicamente. Conforme sua última listagem, atualizada em 9 de fevereiro de 2009 seriam 124 estrangeiros condenados à pena de morte. De 32 nacionalidades diferentes, a saber: México 56; Cuba 7; Jamaica 4; El Salvador 5; Colômbia 4; Camboja 4; Vietnã 4; Honduras 4; Alemanha 3; Filipinas 2; Lituânia 2; Bahamas 2; Irã 2; os seguintes países têm um nacional condenado à pena de morte: Croácia, Líbano, Peru, Canadá, Saint Kitts e Nevis, Espanha, Tonga, Trindade, Costa Rica, Nicarágua, Laos, Estônia, Egito, Bangladesh, Haiti, Jordânia, Guatemala, França e Argentina. Quanto a 4 cidadãos sua nacionalidade é dada como desconhecida. Existem ainda 2 estrangeiros – um do México e um da Jamaica – que estão com sua condenação inativa por recursos ainda pendentes. Disponível em: <<http://www.deathpenaltyinfo.org/foreign-nationals-and-death-penalty-us>>. Acesso em: 3 abr.2009.

adequada. Por vezes, é possível averiguar, inclusive, que pode afetar o veredicto final, como no exemplo clássico do caso Gerardo Valdez Maltos, que trataremos abaixo.

2.4 Caso Gerardo Valdez Maltos

O cidadão mexicano, Gerardo Valdez Maltos, foi condenado à morte em Oklahoma em 1990. Desde o primeiro momento as autoridades de Oklahoma tinham conhecimento de sua nacionalidade, no entanto não o informaram de seus direitos consulares. Consequentemente, o consulado mexicano não teve notícias de seu caso até abril de 2001, quando o estado de Oklahoma marcou sua execução para 19 de junho de 2001, levando um parente de Valdez a notificar o governo mexicano da execução.

Gerardo Valdez foi considerado culpado e condenado à morte pelo assassinato de um homossexual, Juan Barron, em 1989. Quando interrogado pelas autoridades, meses mais tarde do ocorrido, o Sr. Valdéz confessou o crime, assinando uma declaração na qual renunciava tanto à presença de um advogado como a seu direito de manter-se em silêncio. Entretanto, posteriormente ficou constatado que ele não havia compreendido seus direitos legais, pois disse à polícia em um inglês precário que havia assinado a renúncia porque entendia que dizia algo sobre advogado, e ele queria um advogado.

O cidadão mexicano foi representado por um advogado de ofício (nomeado pelo juízo) que nunca tinha defendido um caso de condenação à pena de morte, fundamentando sua defesa em loucura transitória. O advogado citou uma testemunha pericial que examinou o defendido durante cinco horas. Segundo o técnico, o Sr. Valdez era incapaz de distinguir o bem do mal no momento do assassinato, pois tinha atuado sob um delírio religioso o que indicava que podia padecer de esquizofrenia. Entretanto, dois psiquiatras citados pelo promotor declararam que Sr. Valdez distinguia o bem do mal no momento do crime, apesar de

um deles ter declarado que isso o fazia sentir-se incômodo.

O júri declarou Valdez culpado de “assassinato de 1º grau” (homicídio qualificado premeditado). No momento da determinação da pena, a defesa ofereceu um argumento inicial bastante breve e apresentou testemunhas atenuantes (a mãe e a mulher do acusado). Em seu testemunho Valdez afirmou que estava colocando em prática os ensinamentos da Bíblia ao impedir que Juan Barron voltasse a pecar, mas admitiu que poderia voltar a fazer o mesmo se enfrentasse novamente situação similar. O acusado então foi condenado à morte.

Nenhum tribunal nunca considerou as consequências da violação da **Convenção de 1963** que houve no julgamento, motivo pelo qual as autoridades consulares mexicanas sustentaram que poderiam ter explicado a Valdez seus direitos legais no momento da detenção, assim como providenciado assistência letrada competente, reunindo todas as provas atenuantes disponíveis. Frente a sua execução eminente, e tendo como base a **Convenção de 1963**, o governo mexicano contratou uma equipe jurídica para colaborar com a preparação de uma petição de indulto.

Como resultado, em 6 de junho 2001, a Junta de Indultos e Liberdade Condicional de Oklahoma recomendou, por 6 votos a favor e 1 contra, que se comutasse a condenação à morte pela cadeia perpétua, sem possibilidade de liberdade condicional¹⁷.

A partir das informações conseguidas pelo consulado, a Junta pôde ouvir os dados descobertos sobre os antecedentes e o histórico médico do acusado. Foi averiguado que Valdez sofreu danos cerebrais em consequência de uma lesão quase mortal na cabeça durante a adolescência no México, bem como uma série de lesões na cabeça durante a infância. Os advogados destacaram sua conduta exemplar enquanto ficou preso, além da ausência de atos violentos anteriormente cometidos por ele.

Em resposta à recomendação de indulto da Junta, no dia 16 de junho, o governador F. Keating anunciou a suspensão da aplicação da pena em 30 dias, como resultado

¹⁷ Em 35 anos, esta foi a segunda vez que a Junta recomendou o indulto.

de uma ligação telefônica do presidente mexicano Vicente Fox, pedindo pessoalmente ao governador a comutação da condenação de morte. Keating declarou que indicou que seu gabinete continuasse revisando o caso, apontando também que o Departamento de Estado havia pedido que tomasse em conta a violação da **Convenção** quando da decisão da concessão do indulto, mas que isso não seria analisado como fator único em se tratando da brutalidade do crime cometido (ANISTIA INTERNACIONAL, 2001).

Em 20 de julho, após a decisão da Corte Internacional de Justiça, em outro caso semelhante, o caso *LaGrand*¹⁸, o governador de Oklahoma fez pública sua decisão no caso Valdez: em uma carta direcionada ao presidente mexicano afirmou que durante o processo consultou os Departamentos de Estado e de Justiça sobre os aspectos legais relacionados à notificação consular. Levou em consideração a decisão do caso *LaGrand*, dando revisão e reconsideração da declaração de culpabilidade e a condenação de Valdez.

Em sua decisão o governador asseverou que não havia razão de peso para socavar a confiança e a integridade do jurado e dos tribunais no caso. Qualificou a violação aos direitos consulares de lamentáveis e inescusáveis. Não obstante, afirmou que um indulto baseado na violação da **Convenção de 1963** seria uma solução inapropriada, asseverando ainda que conceder o indulto suporia outorgar aos cidadãos estrangeiros direitos adicionais, que em sua opinião não estavam justificados. Frisou que não havia dúvida da culpabilidade do condenado e concluiu que, nesse caso, se havia feito justiça.

O México contestou a decisão declarando que era contrária ao direito internacional e aos princípios elementares de cooperação entre nações e que considera obrigação do governo dos Estados Unidos garantirem que seus Estados cumpram a **Convenção de 1963**. Colocou, ainda, que o estado mental do condenado era sua principal defesa, que o advogado de defesa não investigou nem os antecedentes nem o histórico médico

¹⁸ Caso *LaGrand* (Alemanha vs. Estados Unidos da América) (1999 – 2001) da Alemanha contra os Estados Unidos na Corte Internacional de Justiça será analisada posteriormente neste trabalho.

de seu cliente. Análises posteriores confirmaram que o condenado tinha lesões cerebrais orgânicas, uma espécie que muitas vezes se associa a um transtorno psicológico denominado “hiper-religiosidade”. Todavia, o júri nunca teve acesso a essas informações que comprovaram sua diminuída capacidade mental.

Ressalte-se que a Junta de Indultos tinha conhecimento que o condenado era culpado pelo crime, mas recomendou o indulto embasado na informação de que nem os jurados nem os tribunais de apelação dispunham antes da atuação do consulado mexicano.

Em 17 de agosto de 2001, o governador Keating beneficiou Valdez com mais trinta dias para dar-lhe a oportunidade de apresentar recursos adicionais, fundamentando-se na questão complexa de Direito Internacional que envolvia o caso.

Valdez ingressou com uma segunda solicitação diante o Tribunal de Oklahoma em 22 de agosto de 2001. O conteúdo do requerimento fazia referência à violação ao artigo 36 da **Convenção de 1963** e vinculava o caso à decisão da Corte Internacional de Justiça no caso *LaGrand*.

Em 1º de maio de 2002, o Tribunal de Oklahoma sentenciou o caso Valdez, sustentando que a decisão no caso *LaGrand* não constituía uma mudança na lei, único motivo que justificaria a análise de fatos que não foram previamente ventilados. O Tribunal indicou que o histórico médico do requerente não foi argüido no julgamento ou no estágio de sentença em razão da falta de experiência do advogado. Declarou ainda que o advogado da causa falhou em não avisar ao réu de seu direito à *assistência consular* e criticou as autoridades competentes em não ter informado o cidadão mexicano do mesmo direito. Por tudo isso, o Tribunal indicou que as condições médicas de Valdez poderiam ter afetado a determinação da sentença do júri. De maneira que o caso foi mandando para que fosse re-sentenciado (VALDEZ v. STATE OF OKLAHOMA, 2002).

Neste caso, fica clara a importância da *assistência consular* e como esta tem

influência sobre a ótica que se pode dar a um processo criminal, inclusive sobre o veredicto emitido.

2.5 Posicionamento da Organização dos Estados Americanos

A respeito de *assistência consular* aos presos estrangeiros, sob a ótica dos Direitos Humanos, uma posição que deve ser considerada na região é a da Organização dos Estados Americanos, dada a importância da instituição quando das relações entre os Estados da região. A posição da OEA ficou consolidada na opinião consultiva emitida por esta organização sobre garantias judiciais mínimas e o devido processo legal no marco da pena de morte, imposta judicialmente a estrangeiros; assim como por meio de resoluções da organização e declarações oficiais da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em casos concretos.

A Assembléia da OEA, por meio de *Resolução 1717 dos Direitos Humanos de todos os Trabalhadores Migrantes e de suas Famílias*, aprovada em 5 de junho de 2000, achou por bem

reiterar enfaticamente o dever dos Estados de velar pelo pleno respeito e cumprimento da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963, particularmente em relação ao direito que têm os estrangeiros, sem importar sua condição migratória, a comunicar-se com um funcionário consular de seu Estado em caso de ser detido e a obrigação a cargo do Estado, em cujo território ocorre a detenção a informar ao estrangeiro sobre dito direito (OEA, AG/RES/1717 (XXX-0/00)).¹⁹

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos em diferentes ocasiões, tomou medidas preventivas em resposta às execuções iminentes de cidadãos estrangeiros nos Estados

¹⁹ Tradução livre de: “Reiterar enfáticamente el deber de los Estados de velar por el pleno respeto y cumplimiento de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, particularmente en relación al derecho que tienen los extranjeros, sin importar su condición migratoria, a comunicar-se con un funcionario consular de su Estado en caso de ser detenidos y la obligación a cargo del Estado en cuyo territorio ocurre la detención a informar al extranjero sobre dicho derecho.”

Unidos sem a devida notificação de seus direitos consulares.

Por exemplo, em sua declaração oficial sobre o caso do mexicano Miguel Flores²⁰ a Comissão apontou que havia pedido em duas ocasiões às autoridades norte-americanas que suspendessem a execução.

Em 25 de outubro de 2000, a Comissão solicitou formalmente, com fulcro no artigo 29(2) do Regulamento da Comissão²¹, que os Estados Unidos tomassem todas as medidas necessárias para suspender a execução até que a Comissão tivesse oportunidade de investigar as alegações de violação do artigo 36 da **Convenção de 1963** contidas na petição apresentadas em favor do Sr. Flores.

Em 7 de novembro de 2000, a Comissão reiterou sua solicitação para que os Estados Unidos suspendessem a execução. Os Estados Unidos não responderam a nenhuma destas comunicações.

A Comissão refutou a execução, declarando que os

Estados Unidos como Estado-membro da Organização dos Estados Americanos encontra-se sujeito a jurisdição da Comissão para receber e investigar denúncias sobre violações aos Direitos Humanos apresentados contra este (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000)²²

O Sr. Flores foi executado em 9 de novembro de 2000, no Texas, apesar das petições de clemência do Governo mexicano, da União Européia, do Departamento de Estado norte-americano, de cinco governos estrangeiros e das organizações de Direitos Humanos.

2.5.1 Opinião consultiva de 1º de outubro de 1999 da Corte Interamericana de Direitos

²⁰ A Comissão proferiu sua declaração, com base na denúncia de data de 16 de outubro de 2000, em nome do sr. Flores (cidadão mexicano condenado à pena de morte nos estado do Texas), de violação aos Direitos Humanos à luz da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, inclusive o direito à vida, em que se alegava, em particular que os Estados Unidos julgou e sentenciou o Sr. Flores sem tê-lo informado de seu direito a *assistência consular*, assim como teria ocorrido no caso do Sr. Valdez Maltos anteriormente comentado.

²¹ O artigo 29(2) estabelece que: em casos urgentes, quando seja necessário evitar danos irreparáveis as pessoas, a Comissão poderá pedir que sejam tomadas medidas cautelares para evitar que se consuma um dano irreparável, no caso de serem verdadeiros os feitos denunciados.

²² Tradução livre: “Estados Unidos, como Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos, se encuentra sujeto a la jurisdicción de la Comisión para recibir e investigar denuncias sobre violaciones a los derechos humanos presentadas en su contra.”

Humanos solicitada pelos Estados Unidos Mexicanos

A execução de dois mexicanos nos Estados Unidos, em 1997, teve como consequência uma solicitação, em 9 de dezembro de 1997, por parte do Estado mexicano na Corte Interamericana de Direitos Humanos a uma opinião consultiva sobre diversos tratados concernentes aos Direitos Humanos nos Estados Americanos. A consulta solicitada pelo México referia-se às garantias judiciais mínimas e ao devido processo legal no marco da pena de morte, imposta judicialmente a estrangeiros em que o Estado receptor não tenha informado ao condenado seu direito de comunicar-se e de solicitar a assistência das autoridades consulares do Estado de sua nacionalidade.

A Corte Interamericana decidiu, por unanimidade, que o artigo 36 da **Convenção de 1963** reconhece ao detido estrangeiro direitos individuais, entre eles, o direito de informação sobre a *assistência consular*, como dever do Estado receptor.

Fundamentou-se a Corte Interamericana, em que apesar de a **Convenção de 1963** ser um tratado voltado à relação entre Estados, isso não descarta que este instrumento possa concernir à proteção dos direitos fundamentais da pessoa no continente americano. O direito dos detidos estrangeiros à comunicação com funcionários consulares do Estado que envia foi assim considerado nas mais recentes manifestações do direito penal internacional.

A mesma Corte considera que a norma que consagra a comunicação consular tem um duplo objetivo: reconhecer o direito dos Estados de assistir seus nacionais por meio da atuação do funcionário consular, e reconhecer o respectivo direito do nacional do Estado que envia de ter acesso ao funcionário consular com o fim de procurar esta assistência.

A Corte concluiu analisando o artigo 36,1(c) da **Convenção de 1963** que o exercício deste direito somente está limitado pela vontade do indivíduo, que pode opor-se expressamente a qualquer intervenção do funcionário consular em seu auxílio. Isto reafirma a natureza individual dos referidos direitos reconhecidos pelo artigo 36 da **Convenção de 1963**.

A Corte Interamericana decidiu ainda, unanimemente, que o mesmo artigo concerne à proteção dos direitos do nacional do Estado que envia e que está integrado às normas internacionais dos Direitos Humanos.

A Corte Interamericana declarou, também por unanimidade, que a expressão “sem tardar” utilizada no artigo 36, 1(b)²³ significa que o Estado deve cumprir com seu dever de informar o detido sobre seus direitos no momento em que este for privado da liberdade e, em todo caso, antes que se realize sua primeira declaração diante da autoridade.²⁴

Por unanimidade, a Corte Interamericana declarou que a observância dos direitos que reconhecem o artigo 36 da **Convenção de 1963** ao indivíduo não está subordinada à contestação do Estado que envia.

Salientou ainda que o direito à notificação está condicionado, unicamente, à vontade do indivíduo, e tendo sido feita uma análise da Conferência das Nações Unidas sobre Relações Consulares, notou-se que nenhum Estado participante referiu-se à necessidade de que o Estado que envia satisfizesse algum requisito ou condição.

A Corte Interamericana sustentou, unanimemente, que o direito estabelecido pelo artigo 36 da **Convenção de 1963** permite que se adquira eficácia, em todos os casos concretos, o direito ao devido processo legal consagrado no artigo 14 do *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966. Também que este preceito estabelece garantias mínimas suscetíveis de expansão à luz de outros instrumentos internacionais como a **Convenção de 1963**, que amplia o horizonte da proteção daqueles sujeitos à pena.

Os membros da OEA, com exceção de alguns países²⁵ são parte do *Pacto*

²³ Artigo 36 (b): se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar a repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira (grifo nosso).

²⁴ A resposta da Corte nesta parte da consulta é aplicável a todos os casos em que um nacional do Estado que envia é privado de liberdade por qualquer motivo, e não unicamente pelos feitos que, ao ser qualificado pela autoridade competente, poderá resultar na aplicação da pena de morte.

²⁵ Não são signatários: Antigua e Barbuda, Bahamas, Saint Kitts e Nevis e Santa Lucia.

Internacional de Direitos Civis e Políticos, motivo pelo qual que para a Corte Interamericana as disposições lá contidas nos artigos 2, 6, 14 e 50²⁶ concernem efetivamente à proteção dos Direitos Humanos nos Estados americanos.

Por seis votos a favor e um contra, a Corte Interamericana ditou que a inobservância do direito à informação consular de um detido estrangeiro, previsto no artigo 36 da **Convenção de 1963**, afeta as garantias do devido processo legal. E, nestas circunstâncias, a imposição da pena de morte constitui uma violação do direito a não ser privado da vida arbitrariamente, nos termos das disposições dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (artigo 4º da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* e artigo 6º do *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*), com as consequências jurídicas inerentes a uma violação desta natureza. Leia-se, as pertinentes à responsabilidade internacional do Estado e o dever de reparar.

Foi levada em consideração a interpretação evolutiva dos instrumentos de proteção. Esta interpretação está em congruência com as regras gerais de interpretação dos Tratados consagrados na *Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados* (1969)²⁷.

Na opinião da Corte Interamericana, para que exista o devido processo legal se faz necessário que o acusado possa valer-se de seus direitos e defender seus interesses de maneira efetiva e em condições de igualdade processual com os outros acusados.

Em outros julgamentos, a própria Corte asseverou que os requisitos que devem ser observados nas instâncias processuais para tornar possível falar-se de garantias judiciais, servem para proteger, assegurar ou fazer valer a titularidade ou o exercício de um direito. E,

²⁶ O artigo 2º garante que todos os indivíduos que se encontrem no território e que estejam sujeitos à jurisdição dos Estados parte terão os direitos reconhecidos no Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação, trazendo algumas garantias judiciais. O artigo 6º versa sobre o direito à vida. Já o artigo 14 sobre a igualdade das pessoas perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. E o artigo 50 dispõe sobre a aplicação do Pacto independentemente de qualquer limitação ou exceção, a todas as unidades constitutivas dos Estados federativos.

²⁷ Tanto a Corte Interamericana como a Corte Européia de Direitos Humanos assinalam que os tratados de direitos humanos são instrumento vivo, cuja interpretação tem acompanhado a evolução dos tempos e as condições de vida atuais.

portanto, são condições que devem cumprir-se para assegurar a defesa adequada daqueles direitos ou obrigações que estão sob consideração judicial.

Faz-se necessário, portanto, diante uma desigualdade que se busquem medidas de compensação. No caso do estrangeiro lhe é concedido o direito de *assistência consular*.

No parecer da Corte Interamericana, o direito individual em análise foi reconhecido e considerado no marco das garantias mínimas para dar oportunidade aos estrangeiros de preparar adequadamente sua defesa e contar com um juízo justo (ANISTIA INTERNACIONAL, 2001).

A Corte Interamericana partiu do pressuposto do princípio geral do Direito Internacional, consagrado no artigo 26 da *Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados (1969)*, que os Estados parte em um Tratado têm a obrigação de cumpri-lo de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Em razão do direito à informação ser componente do artigo 36(1) da **Convenção de 1963**, a inobservância ou obstrução do direito de informação ao estrangeiro detido afeta as garantias judiciais.

Frisou que quando se trata de pena de morte, tendo em vista seu caráter irreversível e sua natureza excepcionalmente grave e irreparável, a obrigação de observar o direito à informação é mais relevante e deve ter-se o mais rigoroso controle das garantias judiciais.

Por unanimidade, a Corte Interamericana declarou então que as disposições internacionais concernentes à proteção dos Direitos Humanos nos Estados americanos, inclusive a consagrada no artigo 36,1(b) da **Convenção de 1963**, deveriam ser respeitadas pelos Estados americanos parte nas respectivas Convenções, independente de sua estrutura federal ou unitária. Fundamentou-se em que, apesar de a **Convenção de 1963** não conter um artigo referente ao cumprimento das obrigações por parte dos Estados federados, a Corte interamericana já estabeleceu que um Estado não pode alegar sua estrutura para deixar de

cumprir uma obrigação internacional²⁸. Ademais deve ser considerado o artigo 29 da *Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados* que dispõe sobre aplicação territorial de tratados em que um tratado obriga cada uma das partes em relação a todo seu território.

2.6 Posição da ONU por meio das resoluções

As Nações Unidas também corroboram com a decisão da opinião consultiva da Corte Interamericana. Assim, a Assembléia Geral da ONU aprovou, por grande maioria, a Resolução 55 de 26 de fevereiro de 2001 de proteção aos imigrantes. A Resolução reitera a necessidade de que todos os Estados protejam em sua totalidade os Direitos Humanos reconhecidos aos imigrantes, independente de sua condição jurídica. Também sugere que sejam tratados com humanidade, “sobretudo no relativo à assistência e à proteção, inclusive aplicando as medidas previstas na Convenção de Viena sobre Relações Consulares das Nações Unidas (*Treaty Series*, vol. 596, n.º8638) referente ao direito a receber *assistência consular* do país de origem”.²⁹ Somente um país, os Estados Unidos, votou contra a adoção da Resolução.

Como resultado, a Comissão de Direitos Humanos da ONU, mediante a Resolução 2001/68 da questão da pena de morte, solicitou a todos os países que ainda mantêm pena de morte que cumpram plenamente suas obrigações internacionais, em particular as contraídas em virtude da *Convenção de 1963*³⁰. Os Estados Unidos também se opuseram à adoção da Resolução.

²⁸ O argumento sustenta que, independentemente da organização interna do país em Estados federados independentes e autônomos, os países se obrigam a cumprir obrigações internacionais e estas devem ser respeitadas por seus entes estatais internamente.

²⁹ A/RES/55/92, fevereiro de 2001, Proteção aos imigrantes ponto 5. Tradução livre de: “sobre todo en lo relativo a la asistencia y la protección, incluso aplicando las medidas previstas en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 596, No. 8638. respecto del derecho a recibir asistencia consular del país de origen”.

³⁰ E/CN.4/RES/2001/68, 25 de abril de 2001, ponto 4(d).

2.7 Medidas tomadas nos Estados Unidos

Frente a este cenário algumas medidas foram tomadas no âmbito interno dos Estados Unidos para que se cumpram as obrigações internacionais referentes à **Convenção de 1963**.

Em julho de 1999, o Estado da Califórnia adotou legislação para implementar o direito de *assistência consular* previsto na **Convenção de 1963** e em acordos consulares bilaterais.

Positivada no Código Penal da Califórnia na Secção 834(c), a legislação reconhece que a **Convenção de 1963** garante que indivíduos presos ou detidos em um país estrangeiro devem ser avisados pela polícia, sem tardar, que têm o direito a falar com um oficial do consulado de seu país e, se o indivíduo optar por exercer este direito, a lei exige que o oficial notifique o consulado. A lei obriga também que a polícia estatal e local informe a todos os cidadãos estrangeiros os seus direitos consulares em um prazo de duas horas a partir de sua detenção. Garante ainda que se permita ao preso que se comunique, corresponda e seja visitado pelo oficial do consulado de seu país.

Com o intuito de assegurar que as disposições sejam implementadas, a lei exige, também, que as normas da polícia e os manuais de formação incorporassem a terminologia das disposições do artigo 36 da **Convenção de 1963**.

O Código prevê, ainda, que os países que requerem notificação, sobre o artigo 36 da **Convenção de 1963**, devem fazê-lo independente da vontade do detido. Essa disposição diferencia os países signatários da **Convenção de 1963** daqueles signatários de acordos consulares bilaterais. A diferença está em que a **Convenção de 1963** exige que o estrangeiro detido seja avisado, pela autoridade competente, de seu direito à assistência consular, contudo se este optar por não se utilizar da assistência, não é requerido da autoridade que notifique o consulado. Por outro lado, os Estados Unidos assinaram inúmeros acordos bilaterais que

requerem que os funcionários consulares sejam notificados independente da vontade do estrangeiro detido. Logo, o código, da maneira em que está escrito, pode ser interpretado para limitar o número de países cujos nacionais devem ser notificados de seus direitos de buscar *assistência consular* (ACEVES, 2003).

Ressalte-se, no entanto, que a legislação da Califórnia não contém sanções ou compensações em caso de descumprimento pelas autoridades.

Já no Texas foi proposto recentemente um projeto de lei similar que exige cumprimento da **Convenção de 1963**.

Em janeiro de 2000, o Tribunal Geral do Texas editou e distribuiu um manual intitulado *Guia para os magistrados sobre notificação consular segundo a Convenção de Viena*³¹. O manual traz instruções e informações para as autoridades judiciais do Texas sobre suas obrigações derivadas da **Convenção de 1963** e esboça sugestões de procedimentos de notificação. Contudo, o manual exige somente que os magistrados locais garantam que a notificação seja facilitada aos estrangeiros no momento de seu comparecimento diante do tribunal, ao invés de no momento da detenção.

Na tentativa de resolver as irregularidades e em resposta às reclamações diplomáticas e intervenções de diversos países, o Departamento de Estado norte-americano distribuiu mais de 60.000 exemplares de manuais sobre notificações entre departamentos federais, estaduais e locais e a funcionários judiciais de todo o país encarregados de fazer cumprir a lei. Também foi distribuído aos organismos encarregados de impor a lei 40.000 cartões que resumem as obrigações referentes aos direitos consulares³².

O Departamento de Estado norte-americano enfatiza que em seu modo de ver, a notificação consular é uma obrigação básica aceita universalmente segundo o direito internacional consuetudinário. Conforme o Departamento, as disposições do artigo 36 são

³¹ Disponível em: <www.oag.state.tx.us/newspubs/publications.html>. Acesso em: 12 jan.2004.

³² Estes dados foram alegados na defesa dos Estados Unidos na Corte Internacional de Justiça no caso *LaGrand*, (Alemanha v. Estados Unidos) que analisaremos mais adiante.

vinculantes para os governos estatais e locais, assim como para o governo federal, principalmente em virtude da cláusula de supremacia do artigo VI da Constituição dos Estados Unidos³³.

Entretanto, a Suprema Corte Norte-Americana entendeu que para alegar a violação à **Convenção de 1963** em instância superior sem ter previamente discutido referida matéria se faz necessário um remédio jurídico apropriado – conforme discutido no Capítulo IV do presente trabalho (vide 8.4.4) onde se discute essa posição da Suprema Corte Norte-Americana.

³³ Esta cláusula estabelece que um tratado ratificado pelo Estados Unidos será direito comum supremo; e que os juízes de todos os estados estarão vinculados pelo Tratado, independentemente de que a Constituição ou as leis de qualquer estado estabeleça em contrário.

CAPÍTULO III – MIGRAÇÃO, DIREITO INTERNACIONAL E A POLÊMICA MIGRATÓRIA NOS ESTADOS UNIDOS

Tratar da situação dos migrantes, como sujeitos vulneráveis em países onde são estrangeiros, principalmente quando ilegais ou sendo julgados, processados e condenados, é fazer referência à situação de cidadania dos indivíduos e também às ações concretas do Estado no sentido de garantir o exercício dessa cidadania. No caso específico, trata-se de discutir o direito de viabilizar a cidadania diferenciada de sujeitos que, pela situação de estrangeiro, podem ter seus direitos mais fundamentais violados, no caso, o direito à liberdade ou até mesmo o direito à vida.

As políticas em relação aos sujeitos diferenciados, neste caso os estrangeiros, têm sido chamadas de multiculturais, as ações e políticas estatais que buscam garantir a expressão, o respeito e a permanência da diferença como parte dos princípios de Direitos Humanos.

O termo trata da governabilidade das sociedades heterogêneas, em que diferentes culturas convivem e tentam construir uma vida em comum, ao mesmo tempo em que retêm algo de sua identidade “original” (HALL, 2003, p. 52).

Sob uma perspectiva multicultural pode-se considerar os Estados Unidos como país tanto multiétnico, como multinacional a partir de uma tipologia descrita por Kymlicka (1996), já que no país convivem tanto diferentes etnias descendentes de migrações, como diversas nações que resultam da preexistência de povos anteriores à chegada das primeiras colônias.

No segundo caso, encontram-se as minorias nacionais, dentre as quais índios americanos, ou os descendentes de mexicanos que viviam no sudoeste do país quando os Estados Unidos anexaram o Texas, o Novo México e Califórnia após a guerra mexicana de 1846 e 1848. A maioria destes grupos foi adquirindo uma condição política especial à medida

que iam sendo incorporados. No caso dos mexicanos, o Tratado de Guadalupe Hidalgo, assinado em 2 de fevereiro de 1948, garantiu-lhes cidadania e inclusive seus direitos lingüísticos, mas posteriormente tais direitos foram derogados quando os colonos anglófonos passaram a constituir a maioria da população (KYMLICKA, 1996), nesse contexto a população mexicana foi assimilada pelos Estados Unidos.

Somado a este fator histórico temos no caso dos Estados Unidos uma segunda fonte de pluralismo cultural: a imigração – que especialmente nos interessa, para fins deste trabalho, dentre eles a dos imigrantes latino-americanos.

Desde o século XIX, principalmente desde a segunda metade dele os Estados Unidos consolidaram no continente sua posição como receptor de imigrantes, enquanto a América Latina passava de uma posição de região de imigração para uma de clara tendência à emigração.

Ressalte-se que os grupos de imigrantes não são nem nações e nem ocupam terras natais. Sua especificidade se manifesta em especial, em sua vida familiar e em suas associações voluntárias, o que não seria contraditório com a possível integração institucional no país ao qual migram. Assim, se por um lado os imigrantes podem afirmar cada vez mais seu direito a expressar sua particularidade étnica, por outro lado, podem pretender fazê-lo dentro das instituições públicas da sociedade que os acolhe.

Quando estes indivíduos interagem nas instituições públicas, os países receptores enfrentam o dilema de acomodar essas diferentes culturas, religiões e etnias dentro das políticas nacionais, algo especialmente complexo quando se trata de sociedades num contexto global, com crescente tendência a sociedades multiculturais e a dispersão nacional dentro do enquadramento do Estado democrático (BENHABIB, 2004).

No presente estudo, verificaremos que as políticas multiculturais em relação aos estrangeiros ilegais têm sido problemáticas em países como os Estados Unidos quando se trata

de garantir aos imigrantes uma posição equitativa – dentro das limitações legais correntes – aos nacionais do país de seu destino. Isto é mais sensível no caso em que os estrangeiros estejam enfrentando um processo regulado em um sistema jurídico que desconhecem. Por isso a importância da aplicabilidade da *assistência consular* prevista na **Convenção de 1963** aos imigrantes detidos, porque se trata de uma ferramenta para que o imigrante, apesar de sua diferença cultural em relação à sociedade em que está, possa ser tratado de forma equitativa na administração da Justiça, e nesse caso concreto na instituição pública do Judiciário.

Trataremos posteriormente, do caso específico que nos interessa a dos imigrantes latino-americanos nos Estados Unidos, minoria cada vez mais importante e também vulnerável. Em especial, dará-se ênfase dentre os cidadãos latino-americanos, à situação dos brasileiros e mexicanos que migraram aos Estados Unidos – e que sob uma perspectiva da classificação étnica – de cunho estatístico norte-americano – unilateral poderiam ser vistos como pertencendo à mesma categoria étnica, a dos hispano-americanos.

3.1 Política de integração dos imigrantes nos Estados Unidos

A imigração foi importante desde o povoamento dos Estados Unidos. À época a procedência migratória ao país era predominantemente anglo-saxônica ou escocesa; assim como germânica, dando assim, origem à composição da sociedade norte-americana, branca, protestante e patriarcal; e é essa sociedade assim formada que estabelece as normas para a integração das novas levadas de imigrantes (SEMPRINI, 1999).

Historicamente os Estados Unidos adotaram duas linhas diferentes em relação à integração dos imigrantes no país. Uma de incentivo à integração e outra de não intervenção.

Inicialmente, nas duas primeiras décadas do século XX, diante de um grande número de imigrantes, principalmente europeus não protestantes – católicos e judeus – dos países da

Europa meridional e oriental, a sociedade americana por todo o país se esforçou para integrá-los e, em alguns aspectos, pressionar para que estes imigrantes se transformassem em *americanos*, adotando assim, uma política de incentivo à integração sob uma posição de assimilação dos imigrantes.

A integração bem sucedida desses imigrantes se deve ao surgimento da retórica do *cadinho de raças* (*melting pot*) que introduz na identidade nacional a imagem de um país aberto e igualitário que possibilitava a realização do sonho americano (SEMPRINI, 1999).

A imigração passou a ser encorajada, sob a expectativa de que os estrangeiros se assimilassem à sociedade norte-americana, a ponto de se esperar, com expectativa, que não fosse possível distingui-los dos nativos em seu discurso, na forma de vestir e votar, no entretenimento e no estilo de vida (KYMLICKA, 2007).

Durante o movimento de *americanização*, programas coordenados por instituições do setor público e privado disponibilizaram treinamentos de língua local, aula cívicas e apresentação dos símbolos patrióticos com o fim de facilitar a adoção de uma identidade americana. Tornou-se de grande importância para a nação que os imigrantes que tinham sido recebidos fossem parte integral da sociedade e não estrangeiros a ela (HIGHAM, 2002).

É no Pós-Segunda Guerra que se notou uma mudança na migração aos Estados Unidos, a globalização do poder econômico e militar norte-americano resultaram em uma globalização da migração. É neste período que a sociedade norte-americana tem uma mudança na sua base étnica, pois a partir de 1970 a porcentagem de americanos brancos diminuiu, a de negros se manteve e cresceu o número dos grupos asiáticos e, sobretudo de hispânicos. Em paralelo, já nos anos 1960, o movimento pelos direitos civis, liderado por Martin Luther King, foi o ponto de partida para o uma demanda mais nos termos do multiculturalismo. Uma nova geração com novos valores modificou o contexto sócio-político do país. A mobilização pelos direitos civis foi um dos catalisadores das forças de renovação

da sociedade. O fim da segregação teve como efeito um aumento da base social; indivíduos que estavam à margem da sociedade integraram-se a ela. Essa mudança afetou tanto a parte integrante como a parte integrada da sociedade (SEMPRINI, 1999).

Paralelamente, a crise do petróleo da década de 1970 e a política econômica dos anos 1980 mudaram a estrutura socioeconômica dos Estados Unidos. A classe média norte-americana empobreceu, sem manter o bem-estar de outrora e o mercado de trabalho se polarizou, empregos nas áreas das tecnologias com trabalho intelectual tiveram seu valor acrescido, enquanto o subemprego também aumentou. Neste contexto um setor da sociedade passou a identificar em outras categorias sociais a responsabilidade pela deterioração das condições materiais e da qualidade de vida futura. Em paralelo, o fim do bloco comunista afetou o sentido de unidade e identidade norte-americana. O discurso ideológico político anticomunista foi substituído por outra preocupação sócio-cultural: a identidade/ alma norte-americana contemporânea (SEMPRINI, 1999).

Neste contexto, e como consequência, das políticas de americanização – em uma resposta conservadora contra os riscos que a heterogeneidade cultural poderia trazer aos valores anglo-saxões da cultura norte-americana – buscou-se preservar a identidade americana inalterada, com campanhas, por exemplo, somente em inglês nos níveis nacionais e estaduais, ou por tentativas de limitar o acesso dos imigrantes aos recursos públicos ou de restringir o requerimento de cidadania. O fato foi que, políticas de integração com esse viés colocaram as bases para uma segregação ainda maior.

É nesta esteira que surge a percepção de que a migração latino-americana traria um risco à cultura norte-americana porque os imigrantes não se mostrariam dispostos a se assimilar ou, no mínimo, a aprender a língua (HIGHAM, 2002).

Deve-se, no entanto, questionar se realmente a manutenção da língua original (no caso o espanhol) pelos imigrantes latinos representaria uma perda da cultura local norte-americana e uma forma, por parte dos imigrantes, de se oporem à assimilação.

Existem autores, tal como Huntington (2004) que apontam o perigo de os Estados Unidos se tornarem um país bilíngüe. Indicando que se o espanhol continuar a ser difundido como segunda língua do país, isso poderá trazer consequências importantes para a política e para o governo.

Aprender o idioma local, no caso em tela, o inglês, não requereria que o imigrante e sua família rejeitassem sua língua materna. Como acima mencionado, pelo contrário, o imigrante teria uma melhor integração se mantivesse a língua materna e seu legado étnico enquanto aprende inglês e se integra à sociedade local (JIMÉNEZ, 2007).

Mesmo porque quando se trata de imigrante *hispânico* que chega com o objetivo de ficar nos Estados Unidos e se tornar um cidadão local, as pesquisas mostram que este migrante está disposto a aprender inglês e participar da sociedade (KYMLICA, 1996).

Outro aspecto sensível em relação às políticas diferenciais direcionadas para os imigrantes diz respeito a um pressuposto das doutrinas liberais, segundo a qual o Estado deve ser cego às diferenças, i.e., o Estado deve ser neutro em questões de raça e etnia, garantindo assim o tratamento indiferenciado às minorias e um acesso igualitário à justiça.

Conforme alguns autores, como Kymlicka (2007), desde o fim da década de 1960 houve uma mudança na abordagem de assimilação cultural em razão da adoção de um critério racial neutro nas admissões dos imigrantes e da adoção de uma concepção multicultural de integração em que o imigrante expressa sua identidade étnica e as instituições públicas (polícia, escola, mídia, museus) aceitam e acomodam essas identidades étnicas.

No dia-a-dia norte-americano, por muito tempo a política de integração foi deixada para os indivíduos, governos locais e sociedade civil, enquanto a imigração foi

considerada uma questão de política federal. No entanto, a integração é uma responsabilidade federal e a política federal de integração deveria funcionar em conjunto com uma política de imigração. Imigração bem sucedida tanto para a sociedade receptora como para o imigrante e integração caminham juntas, de tal forma, que o governo federal deveria dar o norte para a integração, com diretrizes e objetivos para os programas implementados no nível local, já que é necessário flexibilidade na ação, de acordo com as características da comunidade. Diferentes grupos de imigrantes predominam em locais diversos criando desafios e possibilidades que exigem flexibilidade na implementação local dos programas de integração (JIMÉNEZ, 2007).

Assim, uma vez que a sociedade norte-americana contemporânea já está caracterizada pela heterogeneidade, o Estado deve proporcionar aos imigrantes não só estes direitos mínimos, mas também os direitos mencionados nos capítulos anteriores derivados da **Convenção de 1963** e da **Convenção de 1990**. Isto porque uma questão de padrões mínimos devem ser respeitados (i) o direito do imigrante de pertencer a uma comunidade organizada – que está entre os direitos que todo ser humano tem, e (ii) todos, na visão kantiana, têm o direito de sentir-se e ser tratado como os demais, em concordância com *standards* mínimos de dignidade e valor humano (BENHABIB, 2005).

Nota-se que este conceito de imigração e integração está em paralelo com os institutos da *assistência consular* e diplomática onde a *assistência consular* auxiliaria os cidadãos ainda não integrados na esfera local e a proteção diplomática assistiria nas questões mais sensíveis da imigração, de uma forma geral, no que concerne ao Direito Internacional e à relação entre os países (tanto do país que recebe o imigrante como do país da nacionalidade do imigrante).

É neste contexto em que o imigrante, que ainda não foi integrado à sociedade receptora, em caso de ser detido, terá o direito de *assistência consular*, que será um

importante instrumento de equidade e justiça frente às dificuldades, tais como o idioma e o sistema legal estrangeiro por ele desconhecidos.

3.2 Transnacionalismo

Independentemente de sua raiz, são poucos os imigrantes internacionais que renunciam à cultura e à sociedade de suas nações de origem. Pelo contrário, cada vez mais imigrantes são capazes de manter vínculos com a sociedade onde nasceram.

Pode-se denominar essa conexão entre o indivíduo e seu local de origem, que não se limita às fronteiras, como *transnacionalismo*, definido “como um processo pelo qual os imigrantes, através de suas atividades diárias e relações sociais, econômicas e políticas, criam campos sociais que conectam sua sociedade de origem à de destino” (BASCH; SCHILLER; BLANC, 1994, p.7)³⁴.

Fatores determinantes para moldar as conexões transnacionais e seu desenvolvimento são (i) renda e capital social, de forma que, quanto maior acesso à educação e bem materiais, mais suscetíveis são de desenvolver laços transnacionais; (ii) tamanho da comunidade, pois quanto maior a comunidade de imigrantes for, as redes transnacionais são mais efetivas, neste aspecto a concentração dos imigrantes ajuda; (iii) densidade da comunidade, ou seja, o grau de proximidade dos padrões de assentamento de imigrantes geralmente influencia o desenvolvimento de rede sociais locais e transnacional de cada grupo, por exemplo, no que se experimenta com os brasileiros nos Estados Unidos é que a dispersão atrai outros imigrantes, o que impede a longo prazo e escala a interação brasileira; (iv) o *status* legal dos imigrantes, ou seja, estar em situação ilegal no país inibe a interação nos órgãos públicos, o uso dos recursos sociais, a possibilidade de protesto por condição de

³⁴ Tradução livre: “as the processes by which immigrants forge and sustain multi-stranded social relations that link together their societies of origin and settlement”.

trabalhos decentes; (v) assistência recebida de grupo de interesses no local de destino, tais quais, agências de serviço social, igreja, sindicatos, grupos de direitos humanos, como uma regra geral, nos Estados Unidos os brasileiros não têm muitos aliados neste campo; (vi) política de governo do país de origem, portanto para o presente estudo se comparado ao restante do continente latino-americano o governo brasileiro não tem política de destaque; e (vii) tempo da imigração, com o tempo o grupo tende a obter educação, melhor emprego, e isso faz com que um maior número de imigrantes adquiram o *status* legal.

Em entrevista concedida à jornalista Solange Azevedo da **Revista Época** o professor Robert J. Sampson opinou que as comunidades, nas quais se desenvolvem as conexões transnacionais apenas mencionadas, são, inclusive, mais seguras:

Comunidades onde a concentração de imigrantes é maior tendem a ser mais seguras que outras que tem características semelhantes mas que abrigam menos imigrantes. (...) Os imigrantes demonstram manter mais os laços sociais. Eles cuidam e dão suporte econômico uns aos outros. O incentivo para cometerem crimes também é menor, já que eles não querem ser deportados. (AZEVEDO, 2007, p. 76).

Como vimos há pouco, existe uma tendência inerente do imigrante em manter o vínculo com seu país de origem e em se agrupar em comunidade, gerando laços sociais. Se os imigrantes cumprem essa tendência de se agrupar, a comunidade criada terá uma tendência, segundo Sampson (2008, p.29) à baixa criminalidade. Nesse contexto, a imigração protegeria contra a violência. No estudo realizado por Sampson, afirma-se por exemplo, que a violência é muito menor entre os mexicano-americanos que entre os negros e brancos, inclusive o autor destaca em sua pesquisa que, em particular, nos imigrantes de primeira geração (nascidos no exterior) há uma menor tendência a cometer crimes – 45% menos – que os imigrantes de terceira geração.

Ou seja, o professor Robert J. Sampson defende a hipótese de que quanto maior o número de imigrantes menor a criminalidade, e que as comunidades onde a concentração de imigrantes é maior tendem a ser mais seguras que outras com características semelhantes com

menos imigrantes.

Enquanto o fluxo de imigrantes aumentou, a criminalidade diminuiu no país. Pesquisas mostram que a primeira geração de imigrantes é menos propensa a se envolver com o crime que a segunda e a terceira gerações. (...) A exposição à cultura americana, somada à falta de oportunidade de estudo e trabalho, favorece a prática do crime e o envolvimento com outros problemas como abuso de álcool e drogas. A segunda geração de imigrantes, que já nasceu nos Estados Unidos, comete mais crimes que a primeira. E a terceira geração comete mais crime que a segunda. Esse padrão é um achado interessante porque mostra que o problema não está na imigração. (AZEVEDO, 2007, 76).

Apesar da afirmação que a comunidade se beneficiaria por uma maior concentração de imigrantes, a imigração não é mais um fenômeno regional com concentração em regiões de fronteira. Isso se aplica também à imigração brasileira que, com o passar do tempo, mudou suas características. Podemos destacar que na atualidade a imigração brasileira também se caracteriza pela diversidade social e dispersão geográfica.

No caso dos Estados Unidos, desde os anos 1990, estados como Califórnia, Florida, Nova York, Nova Jersey, Texas e Illinois se tornaram destinos freqüentes dos imigrantes, o que indica que os imigrantes começaram a se espalhar através de novas portas de entradas que até então não recebiam os estrangeiros. Vejamos o mapa dos Estados Unidos que ilustra a porcentagem da população nascida no exterior por Estado no ano de 2006 a partir dos dados do *2006 American Community Survey*:

Ilustração 1 – Porcentagem de estrangeiros nascidos no exterior.

Fonte: 2006 American Community Survey, Thematic Mapa M0501: “Percent of People Who Are Foreign Born: 2006”.

No ano de 2006 o total da população nos Estados Unidos nascida no exterior foi de 37.469.387 dos quais 11.534.972 (30,8%) provinham do México e 342.977 do Brasil (0,9%)³⁵. A imagem acima mostra que a questão da imigração nos Estados Unidos é uma questão nacional. Frise-se que este mapa apenas ilustra a porcentagem da população nascida no exterior, ou seja, não ilustra os imigrantes de segunda e terceira geração que, em grande parte, carregam consigo a bagagem cultural da nação de origem de suas famílias.

Conforme pesquisa estatística, a população hispânica em 2006 (de 44.298.975 pessoas) se distribuía pelos Estados Unidos com ênfase em alguns estados, aonde os hispânicos chegam, inclusive a representar uma grande parte da população, Vejamos alguns

³⁵ As outras porcentagens provinham de diversos países como Filipinas (4,4%), Índia (4%), China (3,6%), Vietnã (3%), EL Salvador (2,8%), Cuba (2,5%), Canadá (2,3%), República Dominicana (2%) entre inúmeros outros países de origem.

exemplos: Novo México conta com 44,7% de população hispânica que equivale a 874.125 pessoas; Califórnia 35,9% de população hispânica que equivale a 13.087.981 pessoas; Texas 35,6% de população hispânica que equivale a 8.379.992 pessoas; Arizona 29,1% de população hispânica que equivale a 1.796.643 pessoas; Florida 20,1% de população hispânica que equivale a 3.542.610 pessoas; e Nevada 24,2% de população hispânica que equivale a 605.059 pessoas (*Pew Hispanic Center tabulations of the Census Bureau's 2006 American Community Survey – ACS (1%IPUMS) – Table 12*).

Nota-se que um grande contingente de população dos países do Sul ainda atravessa as fronteiras dos países mais desenvolvidos, sendo que boa parte deste número está fora das estatísticas oficiais da migração, principalmente, por estarem nas condições de imigrantes ilegais. O imigrante ilegal está sempre a um passo de abandonar o país, raramente tem chance de conseguir a cidadania, de receber incentivo a integrar-se ou de ter acesso à formação lingüística oferecidas aos imigrantes. Conforme observamos no item anterior 3.1.

A partir do Censo de março de 2005 o *Pew Hispanic Center* estimou naquele ano entre 11,5 a 12 milhões de imigrantes não autorizados nos Estados Unidos. Conforme o mesmo centro a maior parte destes imigrantes são de origem mexicana. Em 2005 a estimativa era de 6,2 milhões, enquanto cerca de 2,5 milhões de imigrantes não autorizados provêm do resto da América Latina. De tal forma os imigrantes do México somados ao resto da América Latina representam 78% da população estimada como não autorizada no ano de 2005. Entretanto, cerca de dois terços (64%) das crianças, que vivem em famílias não autorizadas, são cidadãs americanas por nascimento. A estimativa é de 3,1 milhões de crianças em 2005 (PASSEL, 2006).

Nota-se nestes últimos números que o “binômio entre nacionais e estrangeiros, cidadãos e migrantes é sociologicamente inadequado e a realidade é mais fluída, já que diversos cidadãos são de origem migrante e muitos nacionais são nascidos no exterior. A

prática da migração e multiculturalismo nas democracias contemporâneas fluem uma na outra”³⁶ (BEHABIB, 2004, p. 210). O exemplo disso é justamente que em grande parte das famílias de imigrantes ilegais as crianças são cidadãs americanas.

Para fins comparativos, e porque o dado é especialmente interessante para o caso do Brasil, consideramos nesta pesquisa apresentar dados estatísticos da migração brasileira aos Estados Unidos. Isto porque há um aspecto interessante nesta comunidade, quanto tratamos da sua identidade nos Estados Unidos.

Conforme os dados refletidos na pesquisa estatística do *Pew Hispanic Center* da contagem de imigrantes no Censo dos Estados Unidos (*Census Bureau's 2007 American Community Survey – ACS*), do ano de 2007, os dados disponíveis quando a temática se refere aos brasileiros nos Estados Unidos apontam 344.929 de brasileiros nascidos no exterior morando no país (*Pew Hispanic Center tabulations of the Census Bureau's 2007 American Community Survey – ACS (1%IPUMS) – Table 5*).

Quando o tema é migração, os dados são de difícil comprovação, todavia, um parâmetro seriam os registros consulares do Ministério de Relações exteriores de 2000, que contabilizou 1.887.895 brasileiros residentes no exterior, dentre estes 43,81% se destinaram aos Estados Unidos, ou seja, 799.203.³⁷

Nesta pequena amostra de contraste de dados nota-se desde logo uma dificuldade inicial em saber qual o número de brasileiros no país em questão. Ressalte-se inclusive que nenhuma das pesquisas mencionadas tem condição de medir, tampouco de considerar em seus números aqueles que estão nos Estados Unidos de forma ilegal ou irregular.

Certamente, um obstáculo para contabilizar os imigrantes em geral, inclusive os

³⁶ Tradução livre: “binarism between nationals and foreigners, citizens and migrants, is sociologically inadequate and the reality is much more fluid, since many citizens are migrant origin, and many nationals themselves are foreign-born. The practice of immigration and multiculturalism in contemporary democracies flow into one another”.

³⁷ A fonte, Ministério de relações Exteriores, registros consulares, é um levantamento administrativo interno e não uma estatística pública Apud PATARRA, Neide Lopes. Migrações Internacionais de e para o Brasil Contemporâneo: volume, fluxos, significados e políticas. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v.19, n.3, p. 23-33, jul/set. 2005.

brasileiros nos Estados Unidos é a dificuldade de numerar ou sequer precisar o número daqueles que são não autorizados ou sem o chamado *status* legal.

Quando os números analisados provêm de qualquer pesquisa oficial nos territórios norte-americanos pode-se apontar além da dificuldade de que muitos brasileiros permanecem não documentados, destarte, não respondem a tais pesquisas, o conceito de raça e etnicidade utilizados nos Estados Unidos divergem do conceito que os brasileiros trazem consigo. Veremos este ponto mais adiante.

No Censo de 2000, os brasileiros ao optar por se classificar como hispânico ou latino, ou inclusive quando se tabulam como não hispânico, por exemplo, continuam não sendo contados como brasileiros, o que resulta na baixa porcentagem estatística.

Esta dificuldade em classificar-se em latino, hispânico ou brasileiro quando questionados quanto à sua raça reflete a dificuldade de filiação à raça e etnia. No caso dos imigrantes originários da América Latina pode-se relacionar essa dificuldade com o movimento eugenista, já que este buscou edificar o sentimento nacionalista nas nações latinas.

3.3 Eugenia na América Latina

O tema dos imigrantes está vinculado aos critérios de definição de raça, gênero e nação. Estes conceitos estão relacionados com o movimento eugenista³⁸ acontecido entre o final do século XIX e início do XX e, que não ocorreu de forma homogênea no mundo, mas que na América Latina, tem características próprias.

Consoante Nancy Stepan (2005) os eugenistas latino-americanos adotaram uma *eugenia preventiva* voltada para o aprimoramento da nação, com grande preocupação com

³⁸ Para este item a eugenia será considerada a partir da seguinte definição: “movimento científico e social conhecido como eugenia, palavra inventada pelo cientista britânico Francis Galton em 1883 (do grego *eugen-s*, ‘bem nascido’) para representar as possíveis aplicações sociais do conhecimento da hereditariedade para obter-se uma desejada ‘melhor reprodução’”. STEPAN, Nancy Leys. **A hora da eugenia**: raça, gênero e nação na América Latina. Tradução de Paulo M. Garchet. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. p.9.

reformas sociais e com a adaptação ao meio do que propriamente com as questões biológicas. Dita *eugenia preventiva* tinha em seu bojo políticas em prol da higiene, saneamento e o combate às toxinas, tal como o fumo, álcool e doenças infecciosas.

Segundo Stepan (2005) as ideologias raciais e os movimentos eugenistas em nosso continente, uniam-se em torno de uma mesma diretriz: a construção de uma nacionalidade partindo de suas populações heterogêneas. Em geral, isto se dava empregando esforços para superar a heterogeneidade de sua população mestiça, possibilitando a homogeneização da identidade nacional. A eugenia na América Latina se desenvolveu paralelamente com o ressurgimento dos nacionalismos, resultantes dos períodos que seguiram à Primeira Guerra Mundial e à depressão mundial na década de 1930.

A autora aborda o tema da teoria científica da eugenia, compreendendo que os elementos culturais e tradições culturais vão constituir dada teoria, ou seja, os fatores particulares da sociedade, em que nasce a teoria, são essenciais na confluência desta.

Por conseguinte, dita teoria será influenciada pelo fato de o continente estar marcado por uma população amplamente miscigenada e pobre, de formação essencialmente católica e com deficiência na área da saúde.

De tal sorte os teóricos eugenistas do continente trariam como respostas aos elementos acima um discurso que auxiliaria no processo de reforma social e aperfeiçoamento médico da nacionalidade.

Uma questão que a autora Nancy Stepan (2005) relata é a discussão das identidades nacionais e transformações raciais. A preocupação dos eugenistas do continente latino-americano era homogeneizar a raça nacional. Ou seja, a reavaliação do eu nacional era feita em nome da raça. Entretanto, em alguns casos, criando uma identidade mestiça ou, em outros, uma nacionalidade em processo de branqueamento.

O discurso eugenista brasileiro sobre raça e identidade nacional surgia consoante

às contingências do nacionalismo e das discussões políticas de imigração. Na década de 1920, houve um ressurgimento do nacionalismo e neste período os cientistas brasileiros afirmavam que o Brasil estava em um processo de transformação e aprimoramento racial. Já na década de 1930,

de uma posição de boas-vindas à imigração branca como fonte de eugeniização, o Brasil estava prestes a cerrar suas portas aos imigrantes em nome da proteção ao processo de eugeniização. O resultado dos vários argumentos foi uma lei de imigração eugênica e racial que estabelecia cotas raciais, bem como comprovações econômicas e outros testes de população para entrada no país (STEPAN, 2005, p. 176).

No que se refere ao México, em 1920, a população indígena tradicional era uma construção político-racial e a população rural era dividida em grupos com língua e cultura própria. Portanto, um povo mexicano unido lingüisticamente e culturalmente com objetivos comuns era difícil de vislumbrar.

Entretanto, os teóricos locais buscaram uma unidade étnica nacional, o que se expressou inclusive através do tratamento da imigração. O controle do fluxo dos indivíduos e raças que atravessavam a fronteira era presente no México, ou seja, uma espécie de aprimoramento da raça por meio do controle da imigração. A imigração seletiva por razões econômicas e biológicas era um tema persistente entre os cientistas mexicanos na década de 1930 sob o argumento que a imigração sem controle poderia perturbar a identidade étnica da nação (STEPAN, 2005).

Nota-se que a teoria eugenista ocorrida na América Latina justifica a confusão dos brasileiros ao se classificarem como de uma raça e uma nacionalidade de forma concomitante e sem traçar um limite claro entre uma e outra, inclusive quando são questionados sobre sua etnia.

3.4 A questão étnica

O conceito de eugenia nos leva a análise de outro conceito que consideramos importante quando se discutem as políticas multiculturais. Para tal, gostaríamos de propor a definição de Norberto Bobbio:

Etnia é um grupo social cuja identidade se define pela comunidade de língua, cultura, tradições, monumentos históricos e território. (...)

Falar a mesma língua, **estar radicado no mesmo ambiente humano e no mesmo território, possuir as mesmas tradições** são fatores que constituem a base fundamental das relações ordinárias da vida cotidiana. Marcam tão profundamente a experiência dos indivíduos, que se transformam num dos **elementos constitutivos da sua personalidade** e definem, ao mesmo tempo, o caráter específico do modo de viver de uma população. Por outro lado, as relações sociais que derivam do fato de pertencer à mesma Etnia criam **interesses coletivos e vínculos de solidariedade caracteristicamente comunitários**.

Observe-se que **não fizemos uso da raça como critério fundamental da definição de Etnia**. Este conceito, tal como é comumente usado, não tem um fundamento científico. Os únicos fins com que tem sido e continua a ser usado são os de justificar a discriminação e alimentar o ódio racial, bem como o de criar e manter a hostilidade entre os grupos humanos. (BOBBIO, 2007, p. 449, grifo nosso)

Norberto Bobbio não considera como componentes da *etnia* nem a raça nem a nacionalidade. Ainda destaca que o pertencimento ao grupo étnico traz com sua experiência o sentimento comunitário. A relação entre o sentimento de pertencimento e a constituição da identidade da etnia são aspectos que permitem analisar se os brasileiros e mexicanos dentre os hispânicos, que migraram aos Estados Unidos, pertencem ou não ao mesmo grupo social étnico.

Por outro lado, Stuart Hall (2003, p. 69) assevera que:

Conceitualmente, a categoria “raça” não é científica. As diferenças atribuíveis à “raça” numa mesma população são tão grandes quanto àquelas encontradas entre populações racialmente definidas. “Raça” é uma construção política e social.

De fato Hall recupera as observações já realizadas por Levi-Strauss na ocasião da Declaração dos Direitos Humanos em 1948, quando afirmou que os problemas da humanidade não eram de raça, mas de cultura.

Notamos que a diversidade racial e étnica existente na sociedade brasileira se

reproduz e reflete tal fenômeno na comunidade imigrante brasileira nos Estados Unidos.

Neste bojo, observa-se que:

O que os brasileiros constroem em Boston é, sobretudo, uma comunidade baseada preponderantemente na origem nacional compartilhada, frente à qual raça e etnicidade aparecem como afiliações subordinadas (...). Dito isso de outra forma, os brasileiros não afirmam uma identidade étnica propriamente, mas sim sua origem nacional. E o fazem de modo, não raras vezes, etnocêntrico. A ênfase na origem nacional encontra-se fartamente registrada na literatura brasileira e norte-americana sobre brasileiros nos Estados Unidos. (MARTES; FLEISCHER, 2003, p.75 - 76).

Ao versar sobre o tópico a autora baliza que as pesquisas mais atuais demonstram que os grupos de imigrantes tendem a sobrepor sua identidade nacional à étnica em algumas situações, em especial, quando relacionados à: (i) variável de geração; (ii) proteção contra preconceitos que derivam de uma determinada classificação étnica; e (iii) auto-identificação, como expressão de uma identidade individual e não coletiva.

Quando o destino do emigrante são os Estados Unidos tem-se o conflito entre as classificações raciais e étnicas lá existentes e as de seu país de origem.

3.4.1. A polêmica da classificação étnica

Pode-se afirmar que no Brasil, a cor está dentre as características mais usadas para identificar a raça. O que estaria em conformidade com o perfil latino-americano já que na América Latina se observa que a cor, isto é, as marcas fenotípicas da pele, são também atributo fundamental para classificação racial, mesmo porque os países foram formados por diferentes grupos étnicos raciais, enfaticamente índios, africanos e europeus (GUIMARÃES, 1999).

Por sua vez, nos Estados Unidos a idéia de raça esta fortemente ligada à cultura de origem, de tal forma que *etnia* se torna um conceito mais amplo se comparado à raça.

De tal sorte que a interpretação dos dados de um censo feita pelo norte – americano difere da brasileira. Por exemplo, para um norte-americano, as cifras relativas ao

pardo serão somadas e inclusas na categoria de *negro*, enquanto que no Brasil são computadas separadamente. Ou seja, os padrões referentes à *etnia* e *raça* são distintos nos dois países.

Alguns autores ainda apontam, como contraste entre Brasil e Estados Unidos, que enquanto o último enaltece a pureza racial, no Brasil a ênfase recai sobre a mistura. Seriam, portanto, duas lógicas opostas. Inclusive alguns autores vão além desta linha de pensamento ao afirmar que:

Por isso, tanto no *survey* quanto nas entrevistas aparece a idéia de que “brasileiros são simplesmente brasileiros” e não se encaixam, portanto, nas categorias raciais “clássicas”, como afirmou Gilberto Freyre (citado em Nobles, 2000, p.117). Vários declaram que “minha raça é brasileiro”, se referida à hibridação, não é capaz de explicar a rejeição da afiliação ao grupo *Hispanic*, uma vez que os entrevistados reconhecem que Latinos ou *hispanic* são, em geral, multirraciais, ou mestiços, como eles próprios.

Concluindo, a definição do brasileiro como mistura de todas as raças permite que, por um lado, a identidade racial apareça subordinada à identidade nacional. (...) Do mesmo modo, a autoclassificação dos brasileiros obedece a uma ordem que institui uma hierarquia: primeiro brasileiro, depois latino-americano. (MARTES, 2003, p.83 - 84)

Apesar desta dificuldade entre os conceitos de nacionalidade e *raça*, nós temos ainda a empecilho destes imigrantes se filiar a uma categoria. Vejamos agora quais os aspectos relevantes para a identificação do brasileiro e do mexicano como *hispânicos* nos Estados Unidos.

3.4.2. A identidade hispânica

A nomenclatura *Hispanic*³⁹ utilizada pelo governo norte-americano, no *US Census Bureau*, não necessariamente reflete a diversidade encontrada na América do Norte, nem no resto do continente. Por outro lado, essa concepção enfatiza apenas o aspecto lingüístico de

³⁹ Nota da autora: em 30 de outubro de 1997 o *Federal Office of Management and Budget* na denominada *Revisions to the Standards for the Classification of Federal Data on Race and Ethnicity* em anúncio oficial (*Federal Register Notice*) definiu o termo *hispanic* como pessoa de origem ou descendente do México, Porto Rico, Cuba, América Central e do Sul e outras culturas espanholas. “tradução livre”. (“refers to persons who trace their origin or descent to Mexico, Puerto Rico, Cuba, Central and South America, and other Spanish cultures”). Disponível em: <<http://www.whitehouse.gov/omb/fedreg/1997standards.html>>. Acesso em: 17 nov. 2007

origem dos *hispânicos*.

Will Kymlicka (1996) assevera que a categoria de *hispânicos* deveria ser usada com cautela e que apesar de o Censo dos Estados Unidos tratá-los como um grupo com origem étnica comum, a maioria dos *hispânicos* considera sua identidade nacional ou étnica de maneira mais específica ou complexa. Assinala ainda que “os *hispânicos* são um pouco mais que uma categoria estatística que inclui diversas minorias nacionais, imigrantes e exilados, todas elas com suas próprias identidades e exigências específicas” (KYMLICKA, 1996, p. 33).⁴⁰

Segundo Martes (2003), os brasileiros nos Estados Unidos apontam principalmente três justificativas para não se identificarem como *hispânicos*. A primeira é a língua, já que os brasileiros não falam o idioma espanhol, e, portanto, não se auto-definem como tal. Em Segundo lugar, apontam o aspecto geográfico que dita categoria abrange, agrupa imigrantes originários de regiões tão distintas como o Caribe, América Central, ou o México, territórios com os quais os brasileiros não constituem laços ou elementos de identificação.

Finalmente, os brasileiros destacaram ainda, como explicação para não se identificarem como hispânicos questões do tipo histórico-culturais, ou seja, a colonização portuguesa que se deu no Brasil se contrapõe à espanhola do restante dos países que são abrangidos pela categoria. (MARTES, 2003).

Ademais de tais justificativas apontadas pela pesquisa supra mencionada podemos destacar que será decisivo para o brasileiro que está nos Estados Unidos classificar-se ou afiliar-se à categoria dos hispânicos, segundo os benefícios ou prejuízos que tal classificação ou afiliação possa acarretar para ele.

Em verdade serão definitivos para a relação indivíduo e categoria inúmeros

⁴⁰ Tradução livre: “los ‘hispánicos’ son poco más que una categoría estadística que incluye diversas minorías nacionales, inmigrantes y exilados, todas ellas con sus propias identidades y exigencias específicas”.

aspectos circunstanciais, interesses pessoais e coletivos, e principalmente classes sociais e as possibilidades de inserção apresentada no local para onde o imigrante se destina. Vejamos alguns casos concretos que podem esclarecer esta posição fluída dos brasileiros nos Estados Unidos: (i) em Miami os brasileiros de classe social menos favorecida se aproximam da comunidade latina, já que este grupo além de numeroso tem poder político, em razão da presença expressiva dos cubanos, e domina o setor de serviços. Logo para estes brasileiros será um ganho de capital social simbólico integrar-se aos hispânicos, aumentando a possibilidade de encontrarem emprego ou de ter outros benefícios; (ii) por sua vez os empresários brasileiros que se encontram em Miami, pertencentes a uma classe social mais favorecida, que já detêm capital humano e financeiro, se afastam da comunidade latina e buscam se inserir na sociedade local, camuflando sua identidade nacional para afastarem-se da estigmatização; (iii) já os brasileiros que se destinam a Massachusetts, por sua vez, pelos mesmos motivos dos primeiros brasileiros, ou seja, buscando um pouco de visibilidade, optam por se aproximarem e participar das comunidades de língua portuguesa, se afastando dos hispânicos, já que naquela localidade integrar a comunidade hispânica traz consigo uma carga de discriminação. Portanto, ademais de sua classe social e dos valores da localidade, o estigma da latinidade que esta traz e o conjunto de incentivos existentes serão determinantes para a escolha em classificar-se ou afiliar-se à categoria dos hispânicos.

Tais comprovações empíricas estão relacionadas ao que o autor Alejandro Portes denominou *assimilação segmentada*. Os descendentes de imigrantes sul-americanos que se destinaram aos Estados Unidos após a lei de imigração, de 1965, enfrentaram condições de integração diversas daquelas dos descendentes de imigrantes, predominantemente europeus, do final do século XIX e das primeiras décadas do século XX. Os filhos destes últimos imigrantes passaram por um processo, mais linear, com adoção de valores, normas e práticas sociais, que significam para a(s) próxima(s) geração (gerações) ascensão e integração social.

Por outro lado os descendentes dos imigrantes, que foram aos Estados Unidos posteriormente à lei de imigração, mesmo havendo assimilação cultural, esta não resultou em promoção e integração social. E como vimos, a conservação das diferenças culturais pode, por meio de isolamento da comunidade da minoria imigrante, trazer a estes melhores oportunidades de progresso econômico e social. Ou seja, a assimilação não mais é linear, mas segmentada.

Posteriormente, e por uma política migratória distinta, a partir dos anos 1970, os Estados Unidos teriam deixado o modelo assimilacionista e começado a adotar uma política mais tolerante e pluralista que permitiria e estimularia que os imigrantes mantivessem diversos aspectos de sua herança étnica (KYMLICA, 1996). De tal sorte que o multiculturalismo trouxe aos imigrantes o paradigma da etnia e diversidade em substituição do antigo binômio raça e assimilação. Como anteriormente indicado, são inúmeras as circunstâncias que vão determinar se o imigrante irá ou não se identificar como hispânico.

Entretanto o número de hispânicos nos Estados Unidos é grande e continua crescendo. Conforme pesquisa estatística no ano de 2006, a população hispânica somava 44.298.975 pessoas, das quais 26.608.451 eram nativos e 17.690.524 nascidos no exterior⁴¹. A população hispânica naquele ano representou 14,8% da população (*Pew Hispanic Center tabulations of the Census Bureau's 2006 American Community Survey – ACS (5%IPUMS) – Table 1*).

Tendo em vista a exposição do capítulo anterior, nota-se que o contingente de estrangeiros nos Estados Unidos exige não apenas a existência de políticas específicas de migração no país receptor, como também o exercício ativo da *assistência consular* do país de origem aos seus nacionais.

⁴¹ Para fins dessa pesquisa estatística, o *Pew Hispanic Center* considerou pessoas nascidas em Porto Rico e outros territórios afastados dos Estados Unidos como população hispânica nativa (*native-born*). Hispânicos identificados como cidadãos naturalizados ou não-cidadãos foram incluídos na população hispânica Nascida no exterior (*foreign-born*).

Neste bojo se destaca o papel da *assistência consular* através da qual o corpo consular dará assistência ao seu nacional de forma a que este não se prejudique por não ser, no caso do presente estudo, norte-americano. Ou seja, trata-se de um mecanismo para trazer equidade entre os estrangeiros e os nacionais, principalmente naquela situação em que o cidadão mais pode precisar, quando seja detido segundo regras de um sistema jurídico que desconhece.

Os imigrantes brasileiros e mexicanos, minorias étnicas nos Estados Unidos que aqui mais nos interessam, quando chegam ao seu local de destino, levam consigo seus valores culturais que se confrontam com os costumes e cultura locais. Suas sociedades de origem já estão marcadas pela diversidade étnica. Segundo Rouquié

A América Latina é um continente mestiço. (...) A *miscigenação* foi sem dúvida muito forte a partir da conquista, mas nem por isso acarretou uma aculturação total dos segmentos sociais dominados ou uma homogeneização igualitária das sociedades coloniais. (...) As configurações pós-coloniais [latino-americanas] deve muito à sua complexidade etnocultural. (...) Com efeito, as desigualdades sociais são, sem dúvida, mas fáceis de perpetuar, quando a distribuição desigual das rendas e do prestígio é reforçada pelas diferenças étnicas. (ROUQUIÉ, 1991, p.86-87)

Ou seja, o imigrante latino-americano que muitas vezes migra com o objetivo de mudar e melhorar suas condições de vida, quando chega ao local de destino ainda se encontra em um dilema muito próximo ao que vivia em seu local de origem, tendo ainda dificuldade de se filiar a uma comunidade e se auto-identificar. “O *boom* latino-americano traduz o talento multiforme, a criatividade das sociedades mas também e sobretudo o mal-estar dos intelectuais à procura de suas raízes.” (ROUQUIÉ, 1991, p. 344).

3.5 Os imigrantes mexicanos e brasileiros nos Estados Unidos

Sem dúvida dentre o fenômeno de migração hispânica, o fluxo migratório desde o

México aos Estados Unidos, país com quem o México tem uma fronteira, de quase quatro mil quilômetros, é a que quantitativamente mais se destaca.

A imigração mexicana aos Estados Unidos é assunto estratégico na agenda bilateral de ambos os países, afinal se trata de um fenômeno complexo, com uma tradição histórica e com raízes estruturais de ambos os lados da fronteira. Gostaríamos aqui de destacar apenas alguns aspectos de interesse para o presente trabalho.

Consoante o Conselho Nacional de População Mexicano, a imigração mexicana nos Estados Unidos é uma questão de trabalho (emprego). Um processo que se caracteriza por uma dualidade, continuidade e mudança, cujos elementos tendem a um padrão de estabilidade no tempo e são marcados por algumas transformações a partir da década de 1980. Referidos padrões estão relacionados às mudanças de circunstâncias, tais como, crise econômica mexicana, re-estruturação de modelo econômico, transformação da estrutura econômica norte-americana, contingências na unilateralidade das políticas migratórias, impactos de tratados comerciais e o contexto geral da globalização (TUIRÁN, 2000, p. 14).

O mesmo órgão aponta como características dos novos padrões da migração do México para os Estados Unidos (i) a diminuição dos mecanismos de circulação da migração e tendência de aumento de tempo de permanência nos Estados Unidos; (ii) o aumento da magnitude e intensidade do fluxo migratório e do número de imigrantes permanentes, documentados e não documentados; (iii) a ampliação das regiões de origem e destino, marcado por uma tendência de configurar um padrão migratório de caráter nacional e não regional; (iv) a maior heterogeneidade do perfil dos imigrantes, com uma maior proporção do imigrante de origem urbana, feminina e com maior escolaridade; e (v) uma considerável diversificação ocupacional e setorial.

O Conselho Nacional de População Mexicano observa que o fluxo líquido⁴² anual migratório aos Estados Unidos se multiplicou em mais de três vezes nas últimas três décadas,

42 Diferença entre imigração e emigração.

nos primeiros quatro anos do presente século o número era de cerca de 400 mil pessoas. O que acarreta no crescimento da comunidade mexicana naquele país, que no ano de 2003 correspondia 26.7 milhões, dos quais 9.9 milhões se referem à população nascida no México e 16.8 milhões nascidos nos Estados Unidos de ascendência mexicana.⁴³

Os efeitos da significativa migração mexicana aos Estados Unidos levaram os estudiosos a apontar uma preocupação com a formação da sociedade americana. Questionando uma divisão dos Estados Unidos entre os anglófonos e os hispânicos falantes, e principalmente um conflito entre uma cultura anglo-saxã e a hispânica.

De acordo com Huntington (2004), não existe precedente histórico de uma imigração como a mexicana nos Estados Unidos devido a uma combinação de fatores, a saber: (i) proximidade geográfica, pois a vizinhança entre os países permite o contato com os familiares, amigos e localidades de origem dos imigrantes, amenizando, o que para muitos é um obstáculo à imigração; (ii) a imigração mexicana vem aumentando constantemente desde 1965, em 2000 os mexicanos atingiram 27,6% da população de estrangeiros nos Estados Unidos, se considerado o grupo de hispânicos, no mesmo ano, estes representavam 12% da população total dos Estados Unidos, algo que tenderia a aumentar pela manutenção do ritmo da imigração, assim como, pela taxa de natalidade, que é mais expressiva neste grupo se comparada aos nativos americanos; (iii) a ilegalidade é outro aspecto apontado, em 2000 os mexicanos ilegais nos Estados Unidos eram estimados em 4,8 milhões, constituindo 69% da população de imigrantes ilegais, número 25 vezes maior que o segundo maior contingente, originário de El Salvador; (iv) a concentração regional dos mexicanos se localiza no sul da Califórnia, um dado que ilustra este fato é que em 2002, mais de 70% dos estudantes no Distrito Escolar unificado de Los Angeles eram hispânicos e predominantemente mexicanos, tal concentração dificultaria a assimilação; (v) persistência nas ondas migratórias mexicanas

⁴³ Fonte: Estimativas do CONSEJO NACIONAL DE POBLACIÓN (CONAPO), com base em *Bureau of Census, Current Population Survey (CPS)*, de março de 2003.

nos Estados Unidos; e a anterior presença histórica do país de origem nos territórios para onde se destinaram e se encontram.

O índice de natalidade apontado por Huntington é confirmado pelos dados do *Pew Hispanic Center* que na pesquisa estatística mostra que 6.7% das mulheres nos Estados Unidos deram à luz no ano de 2006. A média de mulheres que deram à luz, brancas não hispânicas é de 6.1%, enquanto dentre as hispânicas a média é de 8.4 (*Pew Hispanic Center tabulations of the Census Bureau's 2006 American Community Survey (1%IPUMS) – Table 7 e 10*).

De tal forma, nota-se que a imigração mexicana é um fenômeno complexo que a cada dia toma maiores proporções.

A migração brasileira apesar de não ser numericamente tão expressiva como a mexicana já não é mais uma decisão isolada ou de pequenos grupos e até 2008 mostrou ser uma tendência nacional.

Até 2008, havia um crescente processo migratório de brasileiros com destino aos Estados Unidos, que não mais se destinam somente aos tradicionais centros metropolitanos. Da mesma forma se ampliaram os locais de origem no Brasil.

No que tange à continuidade, a rede de imigrantes cresce, o fluxo migratório entre os dois países se torna progressivamente independente dos fatores que originalmente causaram a imigração, como desemprego, carência na área de saúde e segurança no seu local de origem. De tal forma, independe se os motivos foram estruturais ou individuais.

De certa forma, no que tange ao padrão de comportamento, é como se as correntes migratórias adquirissem vida própria devido ao desejo continuo de se juntar à família e amigos que moram no exterior.

Referente à sua identidade, os brasileiros se distanciam dos imigrantes hispânicos sob a justificativa de que, diferentemente daqueles, os brasileiros são imigrantes temporários, que têm uma ética de trabalho, têm uma origem de classe social superior e uma melhor

escolarização se comparados aos imigrantes hispânicos (MARGOLIS, 2003).

Existe ainda no tema da comunidade brasileira residente nos Estados Unidos uma contradição entre a ideologia e o comportamento que se reflete na literatura e pesquisa de campo. Apesar de existirem ações não comunitárias justificadas em que a maioria dos imigrantes busca um ganho econômico, por outro lado os imigrantes contam um com o outro para navegar pelos obstáculos.

Ante os dados aqui apresentados, nota-se pelas características da imigração hispânica, seja mexicana seja brasileira, que a *assistência consular* é uma ferramenta de justiça e tratamento equitativo. Todos os imigrantes mexicanos e brasileiros, independentemente de sua condição legal, em caso de serem detidos terão direito a *assistência consular*, por se tratar de estrangeiros.

A aplicação da *assistência consular* permite ao nacional detido o respeito de sua diferença, lhe dá igualdade cívica conforme aponta Benhabid “A igualdade entre consócios em um *Rechtstaat* deve se diferenciar da similitude de identidade cultural e étnica. A igualdade cívica não é similitude, pelo contrário, implica o respeito pelas diferenças” (BENHABID, 2005, p.54).⁴⁴

⁴⁴ Tradução livre: “La igualdad entre consócios en un *Rechtstaat* democrático debe diferenciarse de la similitud, sino que implique el respecto por la diferencia”. O *Rechtstaat* pode ser traduzido como Estado de Direito/Estado Constitucional de Direito.

CAPÍTULO IV – A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA E O CASO AVENA

A *Corte Internacional de Justiça* (CIJ), tribunal internacional mais importante para a resolução de conflitos entre Estados, tratou do tema da *assistência consular* por mais de uma vez (nos casos *Breard*, *LaGrand* e *Avena*). As decisões da Corte são de suma importância no Direito Internacional não só por se tratar do principal órgão judiciário das Nações Unidas, mas também porque é a predecessora da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), sendo freqüentemente denominada “Corte Mundial” ou “World Court”.

Neste capítulo, trataremos desta instituição e das decisões que tomou por ocasião do descumprimento dos Estados Unidos das disposições da **Convenção de 1963**. Defende-se neste capítulo que, muito embora a Corte não trata de modo específico dos Direitos Humanos, e que pelo seu caráter não possa ser acionada por indivíduos em longo alcance, suas decisões têm repercussão nos direitos humanos, como no caso dos cidadãos estrangeiros condenados à pena de morte.

4.1 Corte Internacional de Justiça

4.1.1 Origem da Corte Internacional de Justiça

Antecedentes históricos de instituições criadas para mediar conflitos entre Estados existem desde a antiga Hélade, quando do Conselho dos Anfitriões que tinha por finalidade evitar as guerras e julgar as infrações às normas internacionais praticadas pelos Estados-cidades da Grécia. Este Conselho tinha por intuito o entendimento entre todos os membros, buscando harmonizar os propensos litigantes nas desavenças entre vizinhos.

Na esfera doutrinária, por outro lado, encontram-se filósofos, teólogos e juristas que defendiam a criação de um órgão que julgasse os Estados, quando da violação de uma

norma internacional. Assim, Pierre Dubois, por exemplo, em 1305, no *De Recuperatione Terrae Sanctae* atribuiu ao Papa a missão de julgar as desavenças entre Estados, prevendo a deportação para Jerusalém do infrator. Erasmo, no *Querela Pacis*, em 1517, propôs a arbitragem como meio de solução dos conflitos entre os Estado. Mas recentemente, o rei da Bohemia, Georges Podiebrad, em 1964, defendeu um Parlamento formado por representantes dos Estados da Cristandade, que julgaria os que iniciassem um combate bélico ou violassem os compromissos assumidos.

Desse modo, é possível encontrar exemplos ao longo da história de tentativas de harmonizar interesses de países em um conflito. Assim, em 1694, o Reino Unido e os Estados Unidos celebraram o Tratado de Jay com o intuito de resolver disputas pendentes após o reconhecimento da independência americana. Este previa a realização de arbitragens para dirimir conflitos emergentes do apresamento de navios, confisco de propriedades privadas e de delimitações territoriais.⁴⁵

Em 1897, na Conferência de Haia, adota-se a *Convenção para a Resolução Pacífica de Conflitos Internacionais*, a que foi modificada na II Conferência de Haia, em que se apelava para que as partes desenvolvessem seus melhores esforços tendo em vistas a Resolução Pacífica de Conflitos, devendo os Estados primeiro recorrer aos bons ofícios e à mediação de Estados terceiros, para somente então promover inquérito para apurar fatos. Estabelecia ainda uma lista de árbitros, designada pelo Tribunal Permanente de Arbitragem.

A Convenção que instituiu o Tribunal foi ratificada por 44 Estados, gerando entusiasmo na época, o que permitiu que, até 1914 fossem celebrados 120 acordos internacionais conforme com as disposições da Convenção. Entre 1902 e 1914, foram constituídos 14 Tribunais arbitrais e duas comissões de inquérito nos termos da Convenção (CAMPOS, 1999).

A idéia da criação de um *Tribunal de Justiça Permanente* foi proposta pelos

⁴⁵ Entre 1799 e 1804 foram proferidas 563 decisões arbitrais.

Estados Unidos, no bojo da *II Conferência de Paz de Haia* de 1907, e feita à época uma Convenção que o estabeleceria. Todavia o referido tribunal nunca chegou a funcionar em razão de que sua Convenção não chegou a reunir o suficiente número de ratificações para entrar em vigor.

À mesma época, no âmbito regional americano, a *Conferência de Paz Centro-americana* culminou na assinatura de uma Convenção, em 20 de dezembro de 1907, que estabeleceu a *Corte de Justiça Centro-americana* inaugurada em 25 de maio de 1908. Entretanto, dez anos mais tarde, a Convenção não foi prorrogada, e conforme o estabelecido em seu artigo 17, a experiência foi concluída em 12 de março de 1918. Quando a Corte deixou de funcionar tinha conhecido 10 casos que lhe foram submetidos.

No fim da Primeira Guerra Mundial, a Conferência de Paz de Paris criou a *Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI)*, (artigo 14 do Pacto da Liga das Nações), que precedeu a atual *Corte Internacional de Justiça*. A *Corte Permanente de Justiça Internacional* funcionou em Haia entre as duas grandes guerras mundiais, sob patrocínio das Liga das Nações. Após a II Guerra Mundial, sob a égide das Nações Unidas, a *Corte Permanente de Justiça Internacional* foi substituída pela então *Corte Internacional de Justiça*.

O *Pacto da Liga das Nações* encarregou o Conselho de preparar um projeto de Corte a ser submetido aos membros da organização (artigo 14 do Pacto). O projeto, elaborado por 12 juristas, foi aprovado pelo Conselho e aceito por unanimidade pela Assembleia Geral em 13 de dezembro de 1920. Assim, o Estatuto entrou em vigor em 1º de setembro de 1921, após receber as ratificações da maioria dos membros da Liga. A Corte foi instalada em 15 de fevereiro de 1922, ano em que também iniciou seus trabalhos. Mas, em 1940, a Corte encerrou suas atividades com o início da II Guerra Mundial.

Finalmente, a idéia de criação de uma nova Corte se deu na Conferência de Dumbarton Oaks de 1943, em concomitância com os planos de uma organização internacional

nos moldes das Nações Unidas. Um comitê de juristas se reuniu em Washington de 9 a 20 de abril de 1945 para preparar o Estatuto da nova Corte, nos moldes da *Corte Permanente de Justiça Internacional*, uma vez que esta foi devidamente reconhecida quando da criação das Nações Unidas.

Com as necessárias modificações, o trabalho do Comitê de juristas foi apresentado à Conferência de São Francisco de 6 de junho de 1945, ocasião em que o projeto do estatuto foi adotado e incluído na Carta da ONU. Assim, o Estatuto da *Corte Internacional de Justiça*, que regulamenta a Corte encarregada de julgar os conflitos entre Estados, é essencialmente o mesmo da *Corte Permanente de Justiça Internacional*, de forma que até mesmo a numeração da antiga Corte foi conservada, visando dar continuidade a sua obra.

4.1.2 Papel e definição da Corte Internacional de Justiça

Entender o papel da *Corte Internacional de Justiça* (doravante Corte) é importante para fins deste trabalho, pois é neste âmbito que os casos de violação de acordos internacionais foram interpretados. Também é este o foro em que mais recentemente se julgou o caso dos condenados à morte cuja privação de direitos a *assistência consular* tem justificado o apelo à instâncias internacionais.

A Corte é o principal órgão judiciário das Nações Unidas (artigo 1º do Estatuto da Corte), além de estar incluso entre os principais órgãos da Organização. Seu estatuto faz parte integral da Carta das Nações Unidas (artigo 92 da Carta da ONU), entretanto goza de independência no sistema da ONU. Do mesmo modo, embora a Corte tenha sede na Holanda, em Haia, não existe obstáculo para que a Corte se reúna e exerça suas funções em outra cidade que achar conveniente.

Segundo suas diretrizes, podem recorrer à jurisdição da Corte (competência *ratione personae*) todas as partes de seu Estatuto, o que inclui todos os membros das Nações

Unidas. A Corte também está aberta para outros Estados (artigo 35, parágrafo 2º do seu Estatuto) sob condições determinadas pelo Conselho de Segurança na Resolução do Conselho de Segurança de 15 de outubro de 1946.

Entre as condições, o Estado que não seja parte do Estatuto deve depositar no Secretariado da Corte uma declaração pela qual aceita sua jurisdição. Consoante à Carta da ONU, assim como nos termos e condições do Estatuto e do Regulamento da Corte, deve também se comprometer a cumprir de boa fé as decisões da Corte, tal como aceitar as obrigações dos membros das Nações Unidas indicadas no artigo 94 da Carta. Por outro lado, o Estado não membro das Nações Unidas poderá tornar-se parte do Estatuto da Corte, nas condições que serão determinadas em cada caso pela Assembléia, mediante recomendação do Conselho de Segurança (artigo 93 da Carta da ONU). Até final do século XX, os únicos Estados não membros que eram parte do Estatuto eram a Suíça e Nauru, que respectivamente entraram nas Nações Unidas em 10 de setembro de 2002 e 14 de setembro de 1999.

Um aspecto de destaque é que o artigo 34 do Estatuto da Corte limita que somente Estados podem recorrer à Corte, ou seja, nenhuma organização internacional, pessoa coletiva, privada ou individual poderia recorrer a ela. Entretanto, H. Accioly & Silva (2000, p. 212) asseveram que “embora não esteja explícito no estatuto, é fato que uma associação de estados, ou uma organização internacional, poderá recorrer judicialmente à Corte. Isto já foi reconhecido pela própria Corte, em relação à Organização das Nações Unidas, em 1949”. Mesmo assim, existe um consenso estabelecendo que se particulares pretendem fazer valer seus direitos perante a Corte, se faz necessário que seu governo assuma as respectivas pretensões ou reclamações.

A Corte está integrada por 15 magistrados eleitos pela Assembléia Geral e o Conselho de Segurança, na mesma ocasião, mas em votações separadas independentes. Os juízes são eleitos por seus méritos e não por sua nacionalidade, e se tenta que estejam

representados na Corte os principais sistemas jurídicos do mundo. Por outro lado, os juízes devem possuir as qualificações exigidas nos seus Estados de origem para a nomeação aos mais altos cargos judiciais ou para serem juristas de reconhecida competência em direito internacional (artigo 2º do Estatuto da Corte), sendo que dois magistrados não podem ser nacionais de um mesmo Estado (artigos 3º e 4º do Estatuto da Corte). Não podem servir como agente, consultor ou advogado em qualquer questão nem poderão participar de decisão, em que tenham intervindo como agente, consultor ou advogado de uma das partes, ou como árbitros ou juiz, ou em qualquer outro caráter.

Atualmente, a prática consiste em selecionar quatro juizes dos países europeus ocidentais, um dos Estados Unidos, dois da América do Sul, dois dos países do leste europeu e seis do continente africano e da Ásia. Os países permanentes do Conselho de Segurança também têm sempre um juiz da sua nacionalidade na Corte.

Se um Estado estiver envolvido em um caso que a Corte está analisando e não houver um juiz da sua nacionalidade, o Estado em questão pode designar um juiz *ad hoc* para este caso específico (artigo 31 do Estatuto). A instituição do juiz *ad hoc* representa a sobrevivência dos métodos tradicionais de designação de árbitros com objetivo de garantir aos litigantes que a Corte não irá ignorar seu ponto de vista. Entretanto, existe doutrina contrária ao instituto, já que o juiz *ad hoc* também deveria atender o princípio da imparcialidade e da independência judicial, o que implica que não deveria ocorrer de um juiz querer garantir que o ponto de vista do litigante fosse considerado e muito menos que fosse defendida a tese do litigante, pois por princípio os juízes da Corte não poderiam representar seus governos nacionais.

Em sua opinião individual no caso do Canal de Corfú⁴⁶, o juiz Alvarez, fundamentando-se na Resolução 171 (II) da Assembléia Geral da ONU, sustentou que as funções da CIJ eram as três seguintes:

- a) A antiga, que consiste no esclarecimento do Direito existente e em sua precisão e confirmação.
- b) A de modificar, conforme as condições atuais da vida internacional, os preceitos em vigor, mas que tenham caído em desuso.
- c) A de criar e formular novos preceitos tanto para os antigos problemas em que não existiam regras como para os novos problemas.⁴⁷

As duas funções básicas da Corte são solucionar as disputas legais conforme o Direito Internacional – função judiciária – e dar opiniões consultivas sobre questões legais – função consultiva.

A jurisdição da Corte em sua função adjudicatória – competência *ratione materiae* – se estende a todos os litígios que os Estados lhe submeterem e todos os assuntos previstos na Carta da ONU ou em Tratados e Convenções vigentes. Os Estados podem obrigar-se, antecipadamente, a aceitar a jurisdição em casos especiais, seja mediante a assinatura de um Tratado ou Convenção em que se estipula que o caso seja submetido à Corte ou mediante uma declaração especial neste sentido – segundo artigo 35 do Estatuto da Corte. Essas declarações de aceitação obrigatória da jurisdição da Corte podem excluir certos tipos de casos.

A Corte exerce a jurisdição facultativa, a geral, e a obrigatória, a excepcional. A sociedade internacional optou pelo princípio da jurisdição facultativa, onde o consentimento

⁴⁶ O caso Corfú foi o primeiro caso litigioso analisado pela Corte, portanto, aportou inúmeros esclarecimentos em matéria e no âmbito do Direito Internacional. Em 1946, alguns navios militares britânicos cruzaram o canal de Corfú, situado entre a ilha de Corfú e a costa da Albânia. Ocorre que minas atingiram dois navios britânicos na passagem, ocasionando danos e a morte de parte da tripulação. Isso levou o governo britânico a retirar as minas do canal e das águas albanesas, sem a respectiva permissão da Albânia. Em razão do conflito entre os dois países, o Conselho de Segurança das Nações Unidas orientou que Grã-Bretanha e a Albânia sujeitassem a questão à jurisdição da Corte. Na decisão a *Corte Internacional de Justiça* decidiu pela responsabilização da Albânia no ressarcimento dos danos causados aos navios britânicos, com base em direito costumeiro e convencional, bem como declarou a violação de sua soberania pela Grã-Bretanha. Para decidir dessa forma os juízes determinaram as funções da própria Corte.

⁴⁷ Opinião individual no caso do Canal de Corfú, CIJ, Recueil, 1949, p.40 apud RIDRUEJO. J. A. Pastor. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1999 p. 84. Tradução Livre. “a) La Antiga, que consiste en la aclaración del Derecho existente y en su precisión y confirmación. b) La de modificar, conforme a las condiciones actuales de la vida internacional, los preceptos en vigor, pero que hayan caído en *desuetudo*. c) La de crear y formular nuevos preceptos tanto para los antiguos problemas en que no existían reglas como para los nuevos problemas.”

dos Estados-parte é necessário para o início do processo, razão pela qual a jurisdição da Corte depende do consentimento dos Estados no caso de processo contencioso. Este é um princípio fundamental na solução de disputas internacionais, os Estados soberanos têm liberdade para escolher os meios de solucionar seus conflitos.

Alguns Estados que aceitaram anteriormente a jurisdição compulsória da Corte, posteriormente vieram a retirar a aceitação. Foi o caso dos Estados Unidos, após a Corte ter se declarado competente para apreciar a questão da queixa da Nicarágua relativa à minagem dos seus portos⁴⁸. Todavia os Estados Unidos mantiveram a aceitação da jurisdição da Corte em casos referentes a Tratados e Convenções em vigor, nos termos da parte final do artigo 36, parágrafo 1º do Estatuto da Corte.

Também foi o caso do *Protocolo Opcional da Convenção de 1963*, a qual foi ratificada pelos Estados Unidos em 1953, e que determina a jurisdição compulsória da Corte quando se refere à interpretação da **Convenção de 1963**. Além disso, em 7 de março de 2005 a Secretária de Estado norte-americana, Condolezza Rice, anunciou ao então Secretário-geral da ONU, Kofi Annan, a decisão dos Estados Unidos de denunciar o *Protocolo Opcional*.

Portanto, neste caso, desde então, para a interpretação da **Convenção de 1963**, a Corte não mais exerce a jurisdição compulsória e volta para a regra geral de jurisdição facultativa.

Os Estados manifestam seu consentimento de três formas diferentes: (a) Acordo especial, em que dois ou mais Estados em uma disputa de uma questão específica acordam em submeter conjuntamente à Corte e concluir um acordo especial no final; (b) Cláusula em tratado, inúmeros tratados contêm cláusulas, denominadas cláusulas jurisdicionais, pelas quais

⁴⁸ A *Corte Internacional de Justiça*, no caso relativo às *atividades militares e paramilitares na Nicarágua* (Nicarágua contra EUA), determinou que os Estados Unidos estavam obrigados a respeitar e fazer respeitar as regras de Direito Internacional e que essa obrigação resultava das Convenções em si, assim como dos princípios gerais de Direito Internacional. Após a sentença da *Corte Internacional de Justiça* de 27 de junho de 1986 os Estados Unidos voltaram atrás na ratificação da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória (que tinha ratificado em 1946).

o Estado-parte antecipadamente aceita a jurisdição da Corte para solucionar futuras disputas na interpretação ou aplicação do tratado com outro Estado-parte⁴⁹; (c) Declaração unilateral, na qual um Estado-parte do Estatuto da Corte pode optar por fazer uma declaração unilateral reconhecendo a jurisdição da Corte como compulsória, em relação a qualquer outro Estado aceitando a mesma obrigação (artigo 36, § 2 do Estatuto).

O sistema denominado Cláusula Opcional acarretou na criação de um grupo de Estados que mutuamente conferiu à Corte jurisdição para decidir disputas que possam vir a surgir entre eles. Cada Estado pertencente a este grupo tem, a princípio, o direito de trazer qualquer ou quaisquer Estados do grupo perante a Corte. A declaração pode conter um limite temporal ou, reservas, ou pode excluir certa categoria de disputas que são depositadas na Secretaria Geral das Nações Unidas, hoje estão em força declarações de 65 Estados.⁵⁰

As partes podem começar o processo por notificação do acordo especial – acordo das partes de se submeter à jurisdição facultativa – ou por uma petição escrita dirigida ao Escrivão – artigo 40 do Estatuto da Corte. Há uma tendência à ampliação da jurisdição da Corte, em que quando uma das partes apresenta a petição e a outra parte voluntariamente participa no processo, considera-se estabelecida a jurisdição da Corte. Em geral, as partes submetem o conflito à Corte conjuntamente, mas também pode ser feito separadamente, em momentos distintos. A Corte tem sustentado que um Estado acusado pode aceitar sua jurisdição depois de iniciado o procedimento contra ele e essa aceitação pode ser feita

⁴⁹ Aproximadamente 300 Tratados contém cláusulas jurisdicionais. Podemos destacar entre eles o *Protocolo Opcional* para a Convenção de Viena sobre relações consulares relativo as soluções compulsórias de disputas assinado em 24 de abril de 1963, Viena, ratificado em 15 de maio de 1965, com entrada em vigor internacional em 19 de março de 1967. É um acordo multilateral com 44 partes e 38 signatários, entre os quais, para este trabalho cabe ressaltar Paraguai, Alemanha, México, os quais entraram com demandas contra os Estados Unidos, que também ratificou o instrumento, apesar de que em 2005 tenha se retirado sua participação do *Protocolo Opcional*.

⁵⁰ Entre esses Estados, está, por exemplo, o México que reconheceu em 28 de outubro de 1948 como compulsória, *ipso facto*, e sem necessidade de acordo especial a jurisdição da Corte Internacional de Justiça de acordo com o artigo 36, parágrafo 2º do Estatuto da Corte, em relação a qualquer outro Estado que aceite essa mesma obrigação, ou seja, neste caso a declaração mexicana confere à jurisdição da Corte para decidir disputas com a condição de estrita reciprocidade. Disponível em: <www.icj-cij.org> . Acesso em: 13 jul. 2004.

mediante uma declaração expressa⁵¹ ou tácita se o Estado acusado defender o caso com base apenas nos seus direitos, sem impugnar a jurisdição da Corte⁵².

A jurisdição da Corte é, portanto, em princípio, facultativa, nenhum Estado pode ser citado por outro, perante a Corte, salvo que ambos tenham se comprometido a isso por tratado ou convenção vigentes. Quando os Estados litigantes, não ligados por um compromisso prévio de aceitação obrigatória da jurisdição da Corte, decidem por acordo especial para a controvérsia em causa, submetem-na ao julgamento da Corte. Neste caso, a jurisdição da Corte é facultativa.

Todavia, se as partes celebram acordo anteriormente ou aceitam a Cláusula Opcional, estabelece-se a jurisdição compulsória da Corte em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação nas controvérsias de ordem pública, que tenham por objeto a: interpretação de um tratado⁵³; qualquer aspecto de direito internacional; existência de qualquer tipo de fato que, se verificado, constituiria a violação de um compromisso internacional; natureza ou extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional. Observa-se uma tendência em utilizar a Corte como meio de solução de disputas na celebração de tratados. Os Estados podem, também reconhecer a jurisdição compulsória por declaração do seu reconhecimento (artigo 36, item 2, do Estatuto).

Quando se trata de jurisdição obrigatória, o não comparecimento da parte citada não impede o julgamento à revelia. Todavia, a Corte só toma conhecimento de um litígio quando ao menos uma das partes lhe tiver submetido formalmente.

Quanto à sentença, ela é definitiva e inapelável (artigo 60 do Estatuto da Corte). Apesar destas duas características a sentença pode ser interpretada, em caso de controvérsia

⁵¹ Caso Corfu Channel, *Internacional Court of Justice Reports*, 1947/1948, p. 15, 27e28.

⁵² No caso *Avena* que será estudado mais adiante em que México ingressou contra os Estados Unidos (Estado acusado) no âmbito da Corte os Estados Unidos impugnaram a jurisdição da Corte (vide item 5.35.1.14.2.2.2).

⁵³ No caso *Avena* que será estudado mais adiante a jurisdição da Corte é compulsória já que os Estados envolvidos na disputa ratificaram o Protocolo Opcional que estabelece a jurisdição da Corte para interpretação da **Convenção de 1963** (vide item 5.35.1.14.2.2.1).

quanto ao seu sentido e alcance, a pedido de qualquer uma das partes⁵⁴. Todos os membros da ONU se comprometem a cumprir as decisões da Corte em qualquer caso em que forem parte, se houver descumprimento de obrigações decorrentes de decisão da Corte por uma das partes, a outra terá direito de recorrer ao Conselho de Segurança que poderá fazer recomendações ou até mesmo decidir sobre medidas a serem tomadas para o cumprimento da sentença – artigo 94 da Carta das Nações Unidas⁵⁵.

Caso o Estado vencido não cumpra a obrigação da execução da sentença, o Estado vitorioso poderá recorrer à auto-ajuda, à cooperação de um terceiro Estado, à solução pelo tribunal doméstico ou mesmo pela via de uma organização internacional. A execução da sentença, na prática, em geral, é cumprida pela parte, mesmo porque os Estados estariam dispostos a aceitar a sentença, quando aceitaram a jurisdição da Corte.

No que se refere à competência da Corte em matéria consultiva, ela lhe foi atribuída pelo artigo 96 da Carta da ONU e é regulada pelo capítulo IV do seu Estatuto. O procedimento consultivo da Corte é aberto às Organizações Internacionais Públicas.

A Corte pode emitir parecer consultivo sobre qualquer questão de ordem jurídica, a pedido da Assembléia Geral ou do Conselho de Segurança – artigo 96, parágrafo 1º da Carta da ONU -, ou de qualquer outro órgão da ONU⁵⁶ ou entidade especializada⁵⁷ – artigo 96, parágrafo 2 da Carta da ONU – que, em qualquer tempo, tenha sido devidamente autorizada a

⁵⁴ Com base nesta disposição em 5 de julho de 2008, o México ingressou com um pedido de interpretação de sentença proferida no caso *Avena* (vide item 8.4.2 aqui estudado).

⁵⁵ Ou seja, no caso *Avena* que será estudado mais adiante na hipótese dos Estados Unidos não cumprirem a sentença da Corte no caso *Avena* o Estatuto da Corte em combinação com a Carta da ONU prevêem que o México poderia recorrer ao Conselho de Segurança.

⁵⁶ Tal como, o Conselho Econômico e Social, Conselho de Tutela, Comitê Interino da Assembléia Geral.

⁵⁷ Por exemplo, Organização Internacional do Trabalho (OIT), Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação (FAO), Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), Organização Mundial da Saúde (OMS), Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), Corporação Financeira Internacional (CFI), Associação de Desenvolvimento Internacional (AID), Fundo Monetário Internacional (FMI), Organização Internacional de Aviação Civil (OACI), União Internacional de Telecomunicação (UIT), Organização Meteorológica Mundial (OMM), Organização Marítima Internacional (IMO), Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), Fundo Internacional para o desenvolvimento da Agricultura (FIDA), Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (UNIDO), Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA).

isso pela Assembléia Geral – artigo 65 do Estatuto da Corte. Contudo o Conselho de Segurança e a Assembléia Geral têm a capacidade de pedir um parecer consultivo sobre qualquer questão de ordem jurídica. Por outro lado os outros órgãos da ONU só poderão pedir o parecer consultivo sobre questões jurídicas surgidas dentro da esfera de suas atividades e com a devida autorização da Assembléia Geral. Atualmente a maioria dos órgãos e entidades especializadas da ONU, exceto o Secretariado, estão autorizados pela Assembléia Geral.

Ao versar sobre o assunto Manuel Diez Velasco Vallejo (1999) assevera que a competência *ratione personae*, sobre quem pode pedir a opinião da Corte, deve-se contestar de forma negativa em relação aos Estados e de forma positiva em relação às Organizações Internacionais, notando que ocorre o contrário da competência contenciosa – a faculdade de emitir sentenças.

Apesar dos Estados não poderem pedir a opinião consultiva da Corte, podem intervir diante da Corte por meio de exposições escritas e orais, pois todos os Estados com direito a comparecer serão notificados imediatamente da solicitação da opinião consultiva – artigo 66 do Estatuto da Corte. O principal objetivo do parecer consultivo é o de dar uma consulta legal ao órgão solicitante, e não o de solucionar a controvérsia entre Estados.

4.1.3 Decisões da Corte Internacional de Justiça como fonte de direito internacional

Entre as fontes de Direito Internacional nas quais os juízes da Corte devem buscar a norma aplicável aos litígios que os Estados lhe apresentarem, a alínea “d” do artigo 38 do Estatuto desta Corte arrola a jurisprudência e a doutrina⁵⁸.

Existe uma divergência na doutrina quanto ao valor normativo da jurisprudência

⁵⁸ Consoante o artigo 38 do Estatuto, ao decidir os litígios que se submetem à Corte aplica-se: as convenções internacionais que estabelecem regras reconhecidas pelos Estados litigantes; os costumes internacionais como prova de uma prática geral aceita como sendo direito; os princípios gerais do direito; as decisões judiciais e a doutrina dos autores mais qualificados dos distintos países como meio subsidiário, com a ressalva que a decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão (artigo 59 do Estatuto da Corte).

no quadro geral das fontes de Direito Internacional. Para alguns autores, a jurisprudência não é fonte de regra de Direito, mas uma forma auxiliar para a determinação das mesmas – doutrina majoritária no Direito Internacional. Não tendo esta fonte, autonomia, como no caso dos tratados e convenções internacionais, dos costumes internacionais ou dos princípios gerais de direito. Tratando-se a jurisprudência de fontes que somente produziriam normas ou esclareceriam as normas, à medida que fosse conjugada com as outras quatro fontes, e não de forma direta, de modo exclusivo e por força normativa própria e solitária.

Por outro lado, consoante José A. Pastor Ridruejo (1960) se o costume é fonte de Direito, com mais razão a jurisprudência o será. O costume se forma no processo de atuação espontânea do Direito, mediante uma repetição dos atos que se sabem conforme os princípios superiores, a jurisprudência se estabelece em um processo de atuação forçosa do Direito por meio de uma repetição de soluções extraídas também dos princípios superiores. Logo, em caso de insuficiência, obscuridade e invalidez aparente ou silêncio da norma positiva, certamente, a jurisprudência dos tribunais pode esclarecer normas positivas. A jurisprudência seria, portanto, o cumprimento forçoso do Direito e o costume a sua observância espontânea. Neste sentido Cançado Trindade (2002, p.51) assevera que

decisões da Corte Internacional de Justiça, por exemplo, podem conter um reconhecimento judicial, ou mesmo proceder à aplicação, de um costume geral – como nos casos do Lotus (1927), do Wimbledon (1923), do Canal de Corfu (1947), das Reservas à Convenção contra o Genocídio (1951), de Nottebohm (1955) – ou de um costume especial – a exemplo dos casos do Asilo (1950), dos nacionais dos EUA em Marrocos (1952) e do Direito de Passagem (1960)

No caso *Avena*, à guisa de ilustração, a Corte para alcançar sua sentença interpretou a **Convenção de 1963** e seu *Protocolo Opcional* e considerou o que foi previamente reconhecido pela Corte nos antecedentes, caso *Breard* e *LaGrand*.

As decisões judiciais correspondem tanto às próprias decisões judiciais – nacionais e internacionais – e arbitrais, quanto às opiniões consultivas. As decisões e opiniões consultivas da Corte Internacional de Justiça são as mais importantes. Ao versar sobre o

assunto Gerson de Britto Mello Bóson (2000, p. 198-199) afirma que

as decisões internacionais anteriores dos Tribunais internacionais, e, sobretudo as da CIJ, constituam excelentes elementos motivantes de sentenças novas em virtude das considerações jurídicas objetivas em que se fundam os julgamentos. Vingar o adágio: ‘ubi eadem ratio, ibi idem jus’. As decisões trazem a convicção de que uma questão análoga deverá ser decidida da mesma maneira⁵⁹.

As sentenças da Corte, ao interpretarem os tratados internacionais e ao esclarecer o conteúdo dos costumes internacionais e dos princípios gerais do direito, contribuem para eliminar incertezas deixadas pelo Direito Internacional, de tal forma que a Comissão de Direito Internacional recorreu a elas em seu projeto de codificação a fim de atualizar determinadas regras jurídicas ou preencher suas lacunas (ACCIOLY; SILVA, 2.000, p. 44).

A Corte Internacional de Justiça detém uma singular importância em criar novas normas jurídicas mediante os juízes, na medida em que suas decisões introduzem inovações no Direito Internacional, decisões que posteriormente alcançaram uma aceitação.

As decisões da Corte têm grande destaque na construção do Direito Internacional, seja processando-se pela própria fundamentação das decisões preferidas anteriormente, seja pela influência na doutrina, e por conseqüência, na formulação de conceitos que tendem a ser incorporados no Direito convencional. Assim como pelo reconhecimento da formação do costume internacional.

Neste sentido, as decisões da Corte Internacional de Justiça têm grande peso para esclarecer o Direito, no caso específico do caso *Avena*, a decisão da Corte esclareceu as nuances do direito à *assistência consular* aos presos estrangeiros e impôs aos Estados Unidos penalidades específicas (vide 5.35.1.14.2.2.3).

4.1.4 Direitos Humanos e a Corte Internacional de Justiça

⁵⁹ Como ocorreu com os casos sobre a *Convenção de 1963*, em que a Corte decidiu no caso *Avena* na esteira das decisões tomadas nos casos anteriores, a saber, *LaGrand* e *Breard*, como veremos no item 4.2.

Como vimos, a competência da Corte em contencioso se restringe em disputas entre Estados, sendo assim indivíduos não têm acesso direto à Corte, o que reflete a visão centrada no Estado do Direito Internacional prevalecente quando da elaboração do Estatuto da Corte Internacional de Justiça no pós-guerra.

Frise-se, no entanto, que existe a possibilidade do uso do instituto da *proteção diplomática*, logo o obstáculo da competência exclusivamente estatal pode ser superado⁶⁰.

Apesar de não existir um limite rígido quanto ao tipo de disputas interestatais que a Corte pode ouvir, foram poucas as decisões que trataram diretamente de assuntos afeitos aos Direitos Humanos. Entretanto, em razão da importância das decisões da Corte, como apontado no item anterior, pode ocorrer que estas decisões tragam benefícios indiretos e gerais ao ampliar determinados direitos, ou seja, se trata de mais uma ferramenta disponível na proteção aos Direitos Humanos.

Todavia, historicamente apenas algumas disputas entre Estados com questões de Direitos Humanos passaram pelo filtro jurisdicional requerido pela Corte. Vejamos alguns deles.

Nos casos contenciosos, ambas as partes devem consentir jurisdição, mas atualmente somente um terço (1/3) dos membros das Nações Unidas aceitam a jurisdição compulsória do artigo 36(2) do Estatuto. Destarte, a disputa na Corte fica condicionada à aceitação das partes, este limite se justificaria para que o Estado proteja valores que ele não vê suficientemente refletidos no Direito Internacional.

Entretanto, pelo regime de tratados, quando os Estados aceitam jurisdição obrigatória da Corte – por exemplo, no caso *Avena* e seus antecedentes que ingressaram na

⁶⁰ Pode-se asseverar, neste contexto, que a proteção diplomática é o meio pelo qual se realiza a responsabilidade internacional. Diferentemente do que ocorre no procedimento de responsabilização no plano interno, quando se trata de responsabilidade internacional, a vítima não age diretamente contra o Estado que seria em tese responsável para requerer a reparação do dano, a exceção a esta regra é a consolidação da capacidade jurídico-processual dos indivíduos nos procedimentos perante os tribunais internacionais de direitos humanos no âmbito regional – africano, americano e europeu. No plano internacional, de início a reclamação se dá ao seu próprio Estado, para que então caso este concorde, e assim decidir por seus próprios interesses, formule o pedido de indenização do prejuízo causado.

Corte – em razão da assinatura do Protocolo Opcional à **Convenção de 1963**, eles não têm a opção de não aceitar o caso. E este caso tem em seu conteúdo uma causa envolvendo Direitos Humanos.

A falta regular de casos na Corte, relativos a Direitos humanos, é aprofundada por outro aspecto que se apresenta como obstáculo, o procedimento daquela Corte. Os litígios da Corte podem ser lentos, caros e de difícil produção de provas. Aponte-se que a Corte tomou passos para reduzir a complexidade e demora, mas continua a dificuldade para que a Corte aprecie casos que envolvam Direitos Humanos, que por sua natureza exigem uma resposta ágil.

Por fim, as formações dos juízes da Corte são das mais diversas especialidades. Grande parte dos magistrados tem um histórico que envolve serviço governamental longo, principalmente no Ministério de Relações Exteriores. Dos quinze juízes atualmente membros da Corte, somente alguns são conhecidos por seu trabalho em Direitos Humanos anterior ao cargo na Corte Internacional de Justiça, entre eles Thomas Buergenthal, Rosalyn Higgins e Pieter Kooijmans⁶¹.

Notadamente a Corte Internacional de Justiça não é uma instituição especializada em Direitos Humanos, em termos de competência, procedimento, jurisdição e formação dos juízes. Entretanto, sempre que proferir uma decisão de tratativa de Direitos Humanos terá grande relevância principalmente por se tratar do principal órgão jurisdicional da ONU e porque suas decisões são consideradas fonte de direito internacional de grande peso. Por outro lado, a universalidade que cerca o processo que gera a decisão e o impacto das decisões da Corte na ordem internacional (ambos vistos nos itens anteriores) são dois motivos que fortalecem as referidas decisões como instrumento de Direito e Justiça.

Vejamos, pois a decisão da no caso *Avena*, para entendermos a importância do seu

⁶¹ No dia 6 de novembro de 2008 o jurista brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade, notadamente conhecido por sua atuação em Direitos Humanos, foi eleito juiz da Corte, com mandato de nove anos a partir de 2009. Cabe destacar que cinco juízes são eleitos a cada 3 anos e podem ser reeleitos durante o mandato.

papel na defesa dos Direitos Humanos.

4.2 Caso Avena (México vs. Estados Unidos)

Os casos perante a Corte amparados na **Convenção de 1963**, que dispõe sobre *assistência consular* a presos estrangeiros, são o caso *Breard*, *LaGrand* e *Avena*. Neste trabalho será destacado o caso *Avena* não por ser o mais recente e sim por ser o único caso em que, quando da decisão da Corte, os 52 presos estrangeiros que seriam afetados pela decisão da Corte ainda podiam ter seus casos revertidos, dando à decisão grande aplicabilidade e efeito no âmbito internacional e interno (norte-americano).

Todavia os casos antecessores (*Breard* e *LaGrand*) tiveram impacto sobre a culminação da decisão no caso *Avena* da forma que se expõe a seguir.

4.2.1. Caso *Breard* – Convenção de Viena sobre relações consulares (Paraguai v. Estados Unidos da América)

O cidadão paraguaio, Angel Francisco Breard, foi condenado à morte nos Estados Unidos, em 1993, pelo assassinato da americana Ruth Dikie. Apesar da condenação, as autoridades do estado da Virgínia não informaram ao acusado sobre seu direito à *assistência consular* que lhe corresponderia exercer em aplicação a **Convenção de 1963**, da qual são partes tanto o Paraguai, país de nacionalidade do detido, como os Estados Unidos, responsável pela captura e posterior execução.

Em 1996, após três anos de recair a condenação e dois anos antes da data fixada para a execução, o Paraguai tomou conhecimento da situação do Sr. Breard, apesar da ausência de comunicação por parte das autoridades da Virgínia. Conseqüentemente foi estabelecido contato da Embaixada e do Consulado com o condenado, dando início à

assistência consular por parte dos funcionários paraguaios sem, no entanto, conseguir reverter o processo em questão. Diante disso, as autoridades paraguaias decidiram então interpôr uma demanda, conjuntamente com uma solicitação de medida cautelar, contra os Estados Unidos perante a Corte Internacional de Justiça, pela infração das disposições da **Convenção de 1963** em 3 de abril de 1998.

A conduta das autoridades do estado da Virgínia consistiu em uma dupla omissão: a de informação ao acusado de seus direitos à *assistência consular* e a de notificação dos funcionários consulares do Estado do qual era o nacional acusado.

O Paraguai requereu à Corte que esta declarasse que os Estados Unidos haviam violado suas obrigações internacionais contraídas em razão dos artigos 5º e 36,1(b) da **Convenção de 1963**. Pediu também pela reparação dos danos causados ao condenado pendente de execução mediante nulidade da responsabilidade penal atribuída a seu nacional e a *restitutio in integrum*. Clamou que a Corte se posicionasse sobre a obrigação jurídica dos Estados Unidos em não aplicar a doutrina do *procedural default*⁶² ou nenhuma outra doutrina de seu direito interno que representasse obstáculo ao exercício dos direitos conferidos pelo artigo 36 da **Convenção de 1963**. Requereu também para que a Corte se pronunciasse sobre a obrigação jurídica internacional dos Estados Unidos de atuarem, no futuro, de acordo com as obrigações jurídicas internacionais mencionadas. O Paraguai solicitou ainda que o Governo dos Estados Unidos se comprometesse a não adotar nenhuma medida que pudesse atentar contra os direitos da República Paraguaia no concernente às decisões que a Corte pudesse adotar sobre o caso.

Como resultado, a Corte emitiu, em 9 de abril de 1998, após as audiências, uma ordem em que solicitava aos Estados Unidos que suspendessem a execução de A. F. Breard, marcada para o dia 14 do mesmo mês, até que a Corte pudesse pronunciar-se sobre a questão.

⁶² A regra do *procedural default* impede o reconhecimento federal de direitos de natureza procedimental que não tenham sido previamente invocados em procedimentos estaduais anteriores.

Apesar desta tentativa, a execução se deu no dia previsto, em 14 de abril, sem que as autoridades dos Estados Unidos fizessem algo para cumprir a medida cautelar indicada pela Corte. No dia 2 de novembro de 1998, o governo paraguaio informou à Corte, por meio de uma carta, que não desejava dar continuidade ao procedimento e requereu que o caso fosse removido da lista de casos da Corte. Por consequência a Corte, em 10 de novembro, após ter informado o governo norte-americano, deu a ordem de descontinuidade do procedimento e da retirada do caso da lista daquela Corte.

4.2.2 Caso LaGrand (Alemanha vs Estados Unidos da América)

Dois irmãos alemães, Karl and Walter LaGrand foram julgados por um Tribunal do Arizona e considerados culpados por homicídio durante uma tentativa de roubo em 1982. Como consequência, foram condenados à morte em 1984 e executados, Karl em 24 de fevereiro e Walter em 3 de março de 1999.

Esta execução teve repercussão internacional uma vez que a Alemanha, no dia 2 de março de 1999, véspera da execução de Walter LaGrand, depositou na Secretaria da Corte uma demanda contra os Estados Unidos, clamando violação às disposições da **Convenção de 1963** – concretamente os artigos 5 e 36,1(b). Conjuntamente, a demandante ingressou com um pedido indicando as medidas cautelares necessárias para que a execução de Walter LaGrand fosse suspensa até que a Corte pudesse pronunciar-se sobre a questão, solicitando à Corte que o fizesse o mais rápido possível, dado que a execução estava marcada para o dia seguinte.

Na demanda, os pedidos feitos pela Alemanha se assemelharam muito ao requerimento feito pelo Paraguai no caso *Breard*. A demandante pediu que a Corte se pronunciasse sobre diferentes questões, tais como, a violação das obrigações jurídicas internacionais contraídas pelos Estados Unidos derivadas da **Convenção de 1963**; e a

validade das condenações de seus nacionais, em razão do vício apontado. Conforme o alegado pela Alemanha, as violações acarretariam na nulidade da responsabilidade penal atribuídas aos imputados.

A Alemanha solicitou no caso de Karl reparação, ou seja, demandou uma compensação, dado que ele foi executado antes da proposição da demanda. Em relação a Walter, a Alemanha pediu *restitutio in integrum (statu quo ante)*, restabelecimento da situação anterior à sua detenção. Pediu, todavia, que a Corte exigisse que os Estados Unidos garantissem que os atos ilícitos que fundamentavam esta demanda não voltassem a ocorrer.

Além disso, a defesa alemã requereu, com base no critério interpretativo evolutivo previsto no artigo 31,3(c) da *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*, a obtenção de um juízo declaratório que, em função da evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos, reconhecesse os direitos individuais que derivam do artigo 36 da **Convenção de 1963** em favor dos cidadãos estrangeiros processados judicialmente.

Os Estados Unidos, por sua vez, alegaram que a **Convenção de 1963** não conferia direitos aos cidadãos estrangeiros e que seus procedimentos nacionais em casos penais, não teriam relação com a obrigação contraída em razão da **Convenção**.

Em resposta, a Corte concluiu que a **Convenção de 1963** cria direitos pessoais conferidos aos indivíduos e, dado o caráter de urgência, a Corte adotaria *ex officio* as medidas cautelares, sem ouvir previamente as opiniões das partes implicadas no processo, com fulcro no artigo 75(1) do Regulamento⁶³. O conteúdo da ordem emitida pela Corte, adotada por unanimidade⁶⁴, suspendia a execução de Walter LaGrand até que existisse uma decisão da Corte sobre a questão objeto da demanda.

Entretanto os Estados Unidos, como já fizera anteriormente, desobedeceu às

⁶³ Este procedimento até aquela data não tinha sido colocado em prática pela Corte

⁶⁴ Em sua opinião individual o juiz S. M. Schwebel indicou que apesar de não se opor ao conteúdo da ordem discordava dos procedimentos utilizados pela Corte e do demandante. O Juiz fez uma declaração em que afirmava ter votado em favor da suspensão da execução de Walter LaGrand por razões humanitárias, apesar de criticar a atuação da Corte.

indicações das medidas cautelares indicadas pela Corte⁶⁵. Ao versar sobre o assunto Soledad Torrecuadrada Garcia-Lozano (2000, p.824) assegura que

as medidas cautelares se indicam (não é uma sentença judicial) em uma ordem que não goza dos efeitos de uma sentença da Corte Internacional de Justiça (mesmo que defendamos que a adoção de medidas cautelares reiteradas por um mesmo Tribunal cria entre as partes a obrigação jurídica de executá-las)⁶⁶.

Conseqüentemente, W. LaGrand foi executado na câmara de gás do Arizona contrariamente à ordem da Corte que exigia a suspensão da execução.

Na ocasião, as autoridades norte-americanas queixaram-se que não dispunham de tempo suficiente para colocar a ordem plenamente em prática, alegando ainda que as medidas cautelares da Corte não seriam vinculantes e que toda a questão da acusação e da execução dos irmãos LaGrand ficava fora da jurisdição da Corte. Afirmavam inclusive que a Corte estava atuando como um tribunal internacional de apelações.

Mas as alegações dos Estados Unidos foram recusadas pela Corte, esclarecendo que esta apenas aplica as normas pertinentes ao Direito Internacional no caso de litígio entre as partes, e que o exercício desta função está expresso no artigo 38 de seu Estatuto (vide item 4.1.2); portanto, isto não convertia a Corte em um tribunal internacional de apelações para procedimentos penais.

Em 27 de junho de 2001 a Corte emitiu a sentença do caso: por 14 votos a favor e 1 contra⁶⁷, a Corte declarou que os Estados Unidos violaram suas obrigações para com a Alemanha e os irmãos LaGrand no bojo da **Convenção de 1963** ao não tê-los informado do seu direito de entrar em contato com o consulado. Declarou inclusive que não era importante para a questão em debate, se os irmãos LaGrand tinham tentado obter *assistência consular* da

⁶⁵ Os Estados Unidos não cumpriram as medidas indicadas no caso das *atividades militares e paramilitares em e contra Nicarágua* (Nicarágua v. Estados Unidos). E tampouco acatou as medidas cautelares no caso *Breard*, procedendo a execução de A. J. Breard em flagrante descumprimento delas.

⁶⁶ Tradução livre: “las medidas provisionales se indican (no es un fallo judicial) en una Ordenanza que no goza de lo efectos de una sentencia de la CIJ (aunque defendamos que la adopción de las medidas provisionales por el tribunal crea entre las partes la obligación jurídica de ejecutarlas)”.

⁶⁷ O voto contra foi do juiz Parra-Aranguren da Venezuela.

Alemanha, se a Alemanha tinha prestado essa ajuda ou se haveria um veredicto diferente em caso de eventual atuação do consulado alemão. Basta, para a Corte, que a **Convenção de 1963** confere estes direitos e que os Estados Unidos cometeram uma violação a estes, impedindo que a Alemanha e os irmãos LaGrand os exercessem se assim o quisessem. Entretanto, a Corte viu como desnecessário considerar os argumentos adicionais da Alemanha no sentido de que o direito derivado do artigo 36 (1) da **Convenção de 1963** além de direitos individuais assume um caráter de Direitos Humanos.

A Corte, por 13 votos a favor e 2 contra, declarou que os Estados Unidos ao não adotarem todas as medidas de que dispunham para assegurar que W. LaGrand não fosse executado enquanto não houvesse uma decisão final da Corte, deixaram de cumprir a obrigação que lhes tinha sido imposta em virtude da ordem emitida pela Corte em 3 de março de 1999 e que indicava as medidas cautelares.

No caso em tela, as autoridades do estado do Arizona afirmaram não ter conhecimento de que os irmãos LaGrand eram nacionais alemães. Todavia, no curso do procedimento desenvolvido em 23 de fevereiro de 1999 diante o Tribunal de indulto do Arizona, o fiscal admitiu que as autoridades do Arizona sabiam desde 1982 que os irmãos tinham a nacionalidade alemã.

Os Estados Unidos, por sua parte, admitiram que haviam violado suas obrigações em relação à Alemanha em virtude da **Convenção de 1963**. Como resultado, um pedido de desculpas foi elaborado pela infração, afirmando estar tomando medidas para melhorar a aplicação do artigo 36 da **Convenção**.

Tanto no caso *Breard* como no *LaGrand*, quando os interessados alegaram no procedimento federal de *Habeas Corpus* os direitos decorrentes da **Convenção de 1963**, a jurisdição federal de primeira instância fundamentou sua negativa na doutrina de direito interno de *procedural default*, posto que não o tinha feito valer no procedimento anterior em

nível estadual. O Tribunal de Apelação Federal, no caso *Breard* de primeira instância e no caso *LaGrand* de nível intermediário, confirmaram esta decisão.

Frente a esta situação, a Alemanha questionou a compatibilidade da aplicação de princípios e regras de direito interno norte-americano com o efetivo exercício dos direitos de *assistência consular* reconhecidos pela **Convenção de 1963**. Como resposta, a Corte determinou que (i) a aplicação da norma do *procedural default* impediu que a Alemanha assistisse os irmãos LaGrand de forma oportuna, tal como estabelece a Convenção; (ii) a regra de *procedural default* não poderia ser um obstáculo para alegações de violação à **Convenção de 1963** perante o Judiciário; (iii) os Estados Unidos deveriam permitir a revisão e a reconsideração da condenação e da pena em casos similares, tendo em conta violações dos direitos expostos na **Convenção de 1963**, através dos meios que avaliar oportunos

Em sua declaração o juiz presidente, Gilbert Guillaume, aclarou finalmente, que apesar da sentença da Corte somente criar obrigação entre as partes litigantes, leia-se, Alemanha e Estados Unidos, visando evitar qualquer ambigüidade, deveria ficar claro que não havia nenhuma possibilidade de apelar mediante uma interpretação *a contrário* nos casos de cidadão estrangeiros que não sejam alemães.

4.2.3 O caso *Avena*

O caso *Avena* é importante para o presente estudo, uma vez que ademais de discutir a **Convenção de 1963**, envolve o conflito de um país latino-americano – o México – com os Estados Unidos; e principalmente debate o remédio jurídico disponível aos nacionais mexicanos que se encontram nos Estados Unidos, condenados à pena de morte e não tendo os direitos derivados da **Convenção de 1963** respeitados.

Pela terceira vez em cinco anos procedeu-se um caso contra os Estado Unidos na Corte alegando violações à **Convenção de 1963**: o caso *Avena* (México versus Estados

Unidos).

O México, frente: (i) à condenação à morte de 52 cidadãos mexicanos nos Estados Unidos e de que grande parte desses cidadãos detinham uma educação escassa, de maneira que careciam, no momento da detenção, da *assistência consular* à que tinham direito; (ii) as medidas ou a falta delas por parte dos Estados Unidos frente ao seu descumprimento em relação à **Convenção de 1963**, particularmente nos casos de pena de morte contra os nacionais mexicanos; (iii) o comportamento das autoridades norte-americanas, que apesar da decisão da Corte no caso *LaGrand* mantiveram a conduta de inobservância aos direitos dos nacionais mexicanos derivados da **Convenção de 1963**. Em 9 de janeiro de 2003 o governo mexicano instaurou na Corte um processo contra os Estado Unidos reclamando de violações do direito de informação sobre a *assistência consular* de 52 mexicanos condenados à pena de morte.

4.2.2.1 O requerimento mexicano

Em seu pedido o México alegou que 52 nacionais mexicanos⁶⁸ foram presos, detidos, julgados e condenados a morte por autoridades norte-americanas dos estados do Arizona – um caso, Arkansas – um caso, Califórnia – 28 casos, Illinois – três casos -, Nevada – um caso, Ohio – um caso, Oklahoma – um caso, Oregon – um caso e Texas – 15 casos. Em todos os casos, os Estados Unidos violaram obrigações internacionais para com o México, no seu direito de exercício da proteção diplomática de seus nacionais, e também ao falharem em

⁶⁸ O pedido original do México relacionava 54 nacionais mexicanos, todavia com resultado dos ajustes feitos pelo México de seu pedido, por meio de cartas trocadas de 14 de outubro de 2003 a 9 de dezembro de 2003, somente 52 nacionais foram mantidos, sendo eles: Carlos Avena (que deu nome ao caso), Héctor J. Ayala, Vicente Benavides, Constantino Carrera, Jorge Contreras, Daniel Covarrubias, Marcos Esquivel, Rúben Gómez, Jaime A Hoyos, Arturo Juárez, Juan M. López, José L. Casares, Luis Maciel Hernández, Abelino Manríquez, Omar Fuentes, Miguel Martinez, Martín Mendoza, Sergio Ochoa, Enrique Parra, Juan de Dios Villa, Magdaleno Salazar, Ramón Salcido, Juan Ramón Sánchez, Ignacio Tafoya, Alfredo Valdez, Eduardo David, Tomás Verano, Samuel Zamudio, Juan C. Alvarez, César R. Fierro, Héctor García, Ignacio Gómez, Ramiro Hernández, Ramiro Rubi, Humberto Leal, Virgilio Maldonado, José E. Medelín, Roberto Moreno, Daniel Angel Estrada, Rubén Ramírez, Félix Rocha, Oswaldo Regalado, Edgar Arias, Juan Caballero, Mario Flores, Gabriel Romero, Martín Raúl Fong, Rafael Camargo, Carlos R. Pérez, José Trinidad, Oswaldo Netzahualcóyotl e Horacio A Reyes.

informar, *sem tardar*, aos 52 cidadãos mexicanos, após serem detidos, sobre seu direito à notificação consular sob o artigo 36, 1(b) da **Convenção de 1963**. O México afirmou que essa violação não havia permitido que o Estado exercesse seu direito e desempenhasse suas funções consulares consoante o artigo 5º e 36, 1(a, c) da **Convenção de 1963**, assim, pediu para que a Corte julgasse e declarasse que os Estados Unidos violaram suas obrigações legais internacionais para com o México sob a **Convenção de 1963**.

Em suas alegações o Estado mexicano frisou que por décadas o seu governo proveu *assistência consular* a seus nacionais que viajavam pelos Estados Unidos⁶⁹ e que a notificação consular era especialmente importante nos casos de pena de morte, onde estaria latente o risco de vida do acusado. Como resultado, a Secretaria das Relações Exteriores estabeleceu, em novembro de 2000, um programa de assistência jurídica para caso de pena de morte nos Estados Unidos, a fim de identificar os casos em que o governo mexicano podia intervir de maneira efetiva para prevenir a imposição da pena.

No mesmo dia 9 de janeiro de 2004, o governo mexicano requereu a indicação de uma medida cautelar com fulcro no artigo 41 do Estatuto e nos artigos 73,74 e 75 das regras da Corte, que facultam à Corte a indicação destas medidas. Com estas ações, o México buscava uma ordem que garantisse que nenhum nacional mexicano fosse executado ou nenhuma execução sequer fosse marcada. Alegou ainda que o procedimento de indulto era insuficiente e que não estava em conformidade com a obrigação a partir da decisão do caso *LaGrand*. Frisou ainda que o procedimento do indulto é irregular, confidencial e impossível de revisar de forma suficiente e que as violações da **Convenção de 1963** exigem uma real revisão judicial e não meramente a esperança de um indulto executivo.

O vínculo jurisdicional que fundamentava a competência da Corte para conhecer o assunto alegado pelo México no caso *Avena* era o mesmo que o Paraguai e a Alemanha alegaram respectivamente nos casos *Breard* e *LaGrand*. Foi invocado o artigo 36(1) do

⁶⁹ O México tem mais de 45 repartições consulares naquele país.

Estatuto da Corte referente às cláusulas jurisdicionais como fundamento da jurisdição da Corte e no artigo 1º do *Protocolo Opcional*, que é precisamente o que incorpora a aludida cláusula jurisdicional.

Destaque-se que os Estados Unidos, assim como o México, ratificaram sem reservas a **Convenção de 1963** – a Convenção e seu *Protocolo Opcional* em 1969. Consoante o *Protocolo Opcional*, toda a disputa sobre a interpretação ou aplicação da **Convenção** entra na jurisdição obrigatória da Corte. O governo mexicano recordou ainda que, em de agosto de 1942, o México e os Estados Unidos entraram em acordo consular bilateral em razão de sua proximidade geográfica e do fluxo de cidadãos entre os dois países.

Ciente das objeções norte-americanas à jurisdição e à admissibilidade, o Estado mexicano contrapôs-se alegando que todas as objeções levantadas pelos Estados Unidos foram levantadas após o prazo ter expirado – artigo 79(1) do Regulamento da Corte como emendado em 2000 – ,o que as tornavam inadmissíveis.

A argumentação mexicana era de que o artigo 36(1) da **Convenção de 1963** requeria notificação de direito consular e a oportunidade a acesso consular antes que a autoridade competente do Estado receptor tomasse qualquer ação em potencial prejuízo aos direitos do nacional estrangeiro. Considerando que o tempo em que a notícia é dada ao preso estrangeiro é crítico para o exercício do direito concedido pelo artigo 36 da **Convenção**, o governo mexicano alegou que a expressão “sem tardar” do artigo 36,1(a) da **Convenção de 1963** deveria ser interpretada como “de imediato”. A notificação de direito consular deveria ocorrer antes do interrogatório.

O Estado mexicano, nessas condições, submeteu a reclamação no seu próprio nome, requerendo que a Corte decidisse sobre (i) as violações dos direitos que o país alega ter sofrido diretamente; e (ii) violações dos direitos individuais conferidos aos nacionais mexicanos pelo artigo 36,1(b). Ou seja, embasou o dano sofrido por si mesmo diretamente e

por meio de seus nacionais, como resultado da violação norte-americana de suas obrigações consoante o artigo 36, 1(a,b,c) da **Convenção de 1963**.

Alegou ainda que os Estados Unidos violaram as obrigações do artigo 36(2) ao falhar em prover o pleno efeito dos direito do artigo, fundamentando-se na regra contestada do *procedural default*.

Todavia, o governo mexicano afirmou que ao privar um estrangeiro que enfrenta um processo criminal de seu direito consular, a detenção, julgamento, condenação e sentença tornam-se injustas. Acrescentou ainda que a notificação consular era amplamente reconhecida como um direito fundamental no devido processo legal e como um direito humano.

Diante desta argumentação, o México requereu ainda que a Corte determinasse a notificação consular como Direito Humano ou que declarasse um requisito fundamental do devido processo legal, já que o direito à notificação e comunicação consular no bojo da **Convenção de 1963** era um Direito Humano naturalmente básico e que sua infração viciaria todo o processo criminal.

No caso em tela, o México requereu *restitutio in integrum* aos Estados Unidos com o intuito de reparar os prejuízos sofridos no seu próprio direito e no exercício da proteção diplomática de seus nacionais. E, portanto, que os Estados Unidos estariam sob obrigação de restaurar o *status quo ante*, restabelecendo a situação existente no tempo da detenção anterior ao interrogatório, procedimentos, julgamento e sentença dos nacionais mexicanos. Consoante o México a restituição incluiria a obrigação de tomar todas as medidas necessárias para garantir que a violação do artigo 36 não afetasse o subsequente procedimento.

O governo mexicano requereu ainda uma garantia de não repetição tendo em vista, que além do caso dos 52 nacionais mexicanos, existia um comportamento regular contínuo dos Estados Unidos na violação da **Convenção de 1963**.

4.2.2.2 A defesa norte-americana

Por seu lado, o governo norte-americano argumentou que o pedido mexicano de medida cautelar não teria fundamentação fática ou no direito. Alegou que o referido pedido não buscava a preservação dos direitos protegidos pela **Convenção de 1963**, nem satisfazia a condição de urgência ou comprovava o perigo eminente de grave prejuízo. Acrescentou que o remédio para todo o pedido do México encontrava-se na revisão e reconsideração da condenação no caso dos presos estrangeiros condenados à morte, cujos direitos consulares derivados da **Convenção de 1963** haviam sido violados, o que já teria sido concedido pela sentença no caso *LaGrand*. Frisou ainda que consoante à declaração do presidente da Corte naquele caso, o julgamento da Corte não se referia somente aos nacionais alemães. Ademais, nenhum dos nacionais mexicanos elencados pelo governo do México tinha a execução marcada e que a decisão no caso *LaGrand* permitia o procedimento de clemência como um mecanismo de revisão e reconsideração suficiente para qualquer violação da **Convenção de 1963**.

Os Estados Unidos fizeram ainda objeções à jurisdição da Corte, alegando que seria abuso da jurisdição da Corte decidir sobre o tratamento de nacionais mexicanos no sistema judicial criminal federal norte-americano.

Também asseveraram que o artigo 36 da **Convenção de 1963** não criava obrigações no que diz respeito ao direito dos Estados Unidos de prender os nacionais estrangeiros, e que deter, julgar, condenar e sentenciar nacionais mexicanos não podia constituir uma infração ao artigo 36 da **Convenção de 1963**, este somente referindo-se à notificação.

Os Estados Unidos também asseveraram que a Corte não tinha jurisdição para determinar se a notificação consular era ou não um direito humano ou direito fundamental do devido processo legal.

Quanto ao pedido de *restitutio in integrum* do México, o governo norte-americano se contrapôs, alegando que requeria atos específicos do seu Estado em seu sistema criminal judicial e que interferiria na autonomia dos tribunais locais. Acrescentou ainda que o governo mexicano se excedeu ao incluir em seu pedido casos que não estão totalmente resolvidos, desrespeitando o princípio de que se exaurem todos os recursos possíveis no tribunal local. Frisou ainda que declarar que os Estados Unidos estavam sob a obrigação específica de anular uma condenação e sentença era uma competência além da jurisdição da Corte.

Na linha argumentativa sustentada pelos Estados Unidos no caso *Breard* a consequência da não aplicação do artigo 36(1)b da **Convenção de 1963** seria a apresentação de desculpas do Governo responsável, não a *restitutio in integrum* que não estaria prevista como forma de reparação na **Convenção de 1963**. Todavia, por outro lado, o texto, tampouco, estabeleceu no sentido da satisfação que era a modalidade pretendida pelo demandado. Conforme a interpretação norte-americana, apresentadas as desculpas oficiais, não existia responsabilidade internacional, uma vez que se produziu uma reparação⁷⁰.

Os Estados Unidos fizeram objeções quanto à admissibilidade do pedido mexicano de um remédio jurídico, o que daria à Corte um caráter de tribunal recursal criminal. Alegou-se que (i) os direitos do Estado e dos indivíduos são independentes; (ii) o exercício do direito de proteção diplomática seria inadmissível nos casos em que todos os recursos locais não foram exauridos; (iii) alguns nacionais mexicanos detinham também a

⁷⁰ Argumentação dos Estados Unidos nas audiências do procedimento de indicação de medidas cautelares no caso relativo à *Convenção de Viena sobre relações consulares* (Paraguai v. Estados Unidos). Pode utilizar-se como exemplo o ocorrido com o cidadão mexicano Tristán Montoya, que foi sentenciado à morte no Texas e executado em 18 de junho de 1997. Antes de sua execução, o México preencheu protestos diplomáticos enfatizando que as autoridades competentes tinham falhado no cumprimento do artigo 36(1) (b), assim como o México requereu à Junta de Indultos e Liberdade Condicional do Texas tempo para investigar a circunstância da violação aos direitos consulares. O caso do Sr. Montoya não foi revisto ou reconsiderado uma vez que as autoridades texanas alegavam não ter assinado o Tratado, portanto, não tinham responsabilidade para determinar se houve ou não violação à **Convenção de 1963**. Após efetuar a execução, em 9 de julho de 1997, o Departamento de Estado dos Estados Unidos pediu profundas desculpas pela aparente falha das autoridades competentes em informar ao Sr. Tristán Montoya que ele poderia ter notificado um oficial consular mexicano de sua detenção (E/CN.4/1998/68/Add. 3 de 22 janeiro de 1998). O México agradeceu as desculpas, mas reiterou que os Estados Unidos deveriam atuar mais, principalmente nos casos de pena de morte, para que os direitos resguardados pelo artigo 36 da **Convenção de 1963** fossem respeitados.

nacionalidade norte-americana; e (iv) o México invoca um padrão que nem mesmo ele segue na prática.

Quanto à interpretação da expressão “sem tardar”, Estados Unidos a interpretou como “assim que razoavelmente possível sob as circunstâncias”, argumentando que essa interpretação era razoável em si e ademais se adaptava a três situações do artigo 36, 1(b).

Em suma, os Estados Unidos requereram que a Corte julgasse e declarasse o pedido mexicano indeferido.

4.2.2.3 A decisão da Corte

Em 5 de fevereiro de 2004, pela terceira vez em cinco anos a Corte emitiu uma ordem de medida cautelar, indicando que os Estados Unidos deveriam tomar as medidas necessárias para garantir que certos estrangeiros não fossem executados até o julgamento final da Corte.⁷¹ Na ocasião, a Corte, em matéria preliminar, indicou que tanto o México como os Estados Unidos eram partes na **Convenção de 1963** e do *Protocolo Opcional*, logo, a Corte determinou, *prima facie*, que tinha jurisdição, sobre o artigo 1º do *Protocolo Opcional*, para julgar o caso. Quanto à disputa referente ao procedimento de clemência como remédio jurídico para a infração à **Convenção de 1963**, a Corte aclarou que não poderia ser resolvida na fase preliminar e que deveria aguardar o procedimento no mérito.

Na questão da necessidade da medida cautelar, a Corte reiterou a jurisprudência anterior dos casos *Breard* e *LaGrand*. As medidas poderiam ser concedidas para preservar um direito a ser julgado pela Corte e somente se justificariam no caso de urgência no sentido de evitar uma ação prejudicial aos direitos de uma das partes tendente a não mais existir até o final em que a decisão fosse proferida.

⁷¹ O juiz Shigeru Oda anexou uma declaração em separado à Ordem da Corte. Nesta esclareceu que votou a favor da Ordem, mas expressou dúvidas quanto a existência de uma real disputa sobre a interpretação ou aplicação da **Convenção de 1963**.

A Corte asseverou que sua jurisdição limitava-se na disputa entre o México e os Estados Unidos e à interpretação da **Convenção de 1963** referente aos nacionais mexicanos constantes na aplicação, não aceitando um pedido tão abrangente como o que foi feito pelo México. Apesar disso, a Corte considerou que, dos 54 indivíduos arrolados na aplicação, três deles⁷² tinham risco de enfrentar uma execução nas semanas ou meses seguintes e que estas execuções causariam um prejuízo irreparável para o julgamento do caso pela Corte. No entanto, os outros 51 não enfrentavam o mesmo risco de uma execução iminente, portanto a Corte indicou, assim medidas cautelares em relação a esses três indivíduos, apesar de se guardar o direito de fazê-lo em relação aos demais se necessário.

Referente às objeções dos Estados Unidos quanto à jurisdição da Corte, esta frisou que examinaria as ações dos tribunais norte-americanos à luz do Direito Internacional, para determinar se houve ou não violação à **Convenção de 1963**. Acrescentou que sua jurisdição no presente caso foi invocada sob a **Convenção de 1963** e o *Protocolo Opcional* para determinar a natureza e a extensão da obrigação dos Estados Unidos em relação ao México. O artigo 1º do *Protocolo Opcional* especificamente estabelece a competência obrigatória da Corte para todos os assuntos relativos à interpretação e aplicação da **Convenção de 1963**.

No que diz respeito à interpretação do artigo 36 da **Convenção de 1963**, conforme a Corte, esta foi feita somente no mérito, todavia o fato de se analisar se a prisão dos nacionais estrangeiros era justa ou não, não excluiria a jurisdição da Corte outorgada pelo *Protocolo Opcional*. Quanto à alegação do caráter de direito fundamental no devido processo legal e direito humano da notificação consular, a Corte a considerou como uma questão de interpretação da **Convenção de 1963** (mérito) e, portanto, como jurisdição da Corte. Sendo assim, nenhuma das objeções norte-americanas foram aprovadas.⁷³

No que concerne às objeções feitas pelos Estados Unidos à admissibilidade do

⁷² César Fierro, Roberto Moreno e Osvaldo Torres.

⁷³ O juiz Parra-Aranguren em sua opinião separada sopesou que as objeções preliminares dos Estados Unidos deveriam ser desconsideradas, dado que, não levantou nestas questões preliminares.

pedido mexicano pelos remédios jurídicos à Corte, e a questão referente à dupla nacionalidade de alguns nacionais mexicanos, a Corte as considerou questões de mérito e não preliminares. Se a Corte verificasse que realmente houve violações não iria além de decidir que os Estados Unidos providenciem revisão e reconsideração na mesma linha indicada pelo caso *LaGrand*. A Corte frisou que o México buscava o exercício da proteção diplomática de seus nacionais, reclamando o próprio direito, alegando violação dos Estados Unidos conforme o artigo 36 da **Convenção de 1963**, deste ponto de vista, a questão da dupla nacionalidade seria uma questão de mérito e não preliminar.

Já a objeção do pedido de que fosse considerada violação dos direitos tanto estatal como individual, a Corte sustentou que o dever de que os remédios jurídicos fossem exauridos não se aplicava a este pedido, em razão da circunstância especial de interdependência dos direitos estatais e individuais derivados do artigo 36 da **Convenção de 1963**⁷⁴. Quanto à alegação norte-americana de inadmissibilidade nos casos particulares em que o México teve conhecimento da violação à **Convenção de 1963**, falhando entretanto em trazê-la à atenção dos Estados Unidos, ou só fazendo-o com atraso; a Corte recordou o caso de *Certas Terras do Phosphate em Nauru* (Nauru v. Austrália)⁷⁵ e declarou que no presente caso não existia risco de prejuízo, ademais a Corte notou que o México indicou diversas formas pelas quais tentou

⁷⁴O juiz Vladlen Vereshchetin em sua opinião separada discordou da Corte neste ponto fundamentando-se na jurisprudência da Corte e no rascunho dos artigos de proteção diplomática, elaborado pela Comissão de Direito Internacional. Assevera ainda que o exaurimento dos remédios jurídicos não se aplica em razão da circunstância especial do caso (todos os nacionais mexicanos, desde a aplicação, encontravam-se no corredor de morte) e não pela interdependência do direito individual e estatal.

Já o juiz Parra-Aranguren em sua opinião separada não concorda com a conclusão uma vez que de acordo com seu ponto de vista, a regra do exaurimento dos remédios jurídicos locais aplica-se em caso do Estado reclamante ter sofrido um dano indireto, ou seja, mediante seus nacionais e não se aplica quando tenha sofrido dano direto por atos errôneos de outro Estado.

⁷⁵Nauru ingressou com uma demanda contra a Austrália sobre a disputa referente à reabilitação de terras fosfáticas em Nauru (exploradas antes da independência de Nauru) perante a Corte Internacional de Justiça. Nas exceções preliminares apresentadas pela Austrália, dentre seus argumentos para alegar que a demanda de Nauru era inadmissível, a Austrália apontou que a demanda não teria sido submetida dentro de um tempo razoável. Neste contexto, à época (sentença de 26 de junho de 1992) a Corte notou que o direito internacional não previa um limite temporal, portanto, a Corte concluiu que se devia analisar em cada caso, se a passagem do tempo tornasse a demanda inadmissível. Naquele caso concreto, a Corte considerou a demanda de Nauru como dentro do devido tempo, sem prejudicar a Austrália no estabelecimento dos fatos e na determinação do conteúdo do direito aplicável.

chamar atenção dos Estados Unidos para as violações relacionadas à **Convenção de 1963**. Finalmente, quanto a não prática por parte do México do critério que ele mesmo invocou, a Corte declarou que a natureza da **Convenção de 1963** proíbe tal argumento, uma vez que esta se apóia em certos *standards* a serem observados por todas as partes, ademais não constitui base para objeção para admissibilidade do pedido mexicano.

No dia 31 de março de 2004, a Corte prolatou a sentença do caso. Uma diferença entre o caso *Avena* e seus dois antecessores é que os 52 nacionais mexicanos sentenciados à morte nos nove diferentes estados norte-americanos estavam vivos quando a Corte sentenciou o caso. Somente três destes 52 tinham exaurido todos os meios judiciais, enquanto os outros 49 ainda estavam em diferentes fases de procedimento em Cortes Federais e Estaduais.

Na sentença, por unanimidade, a Corte manteve a rejeição à objeção dos Estados Unidos a sua jurisdição.

Por outro lado, a Corte considerou que apesar das alegações norte-americanas no sentido de que alguns nacionais mexicanos também eram norte-americanos, os Estados Unidos não provou que parte dos 52 nacionais mexicanos, também, detinham a nacionalidade de seu país.

Como o direito à informação e notificação foram interpretados de formas diversas no caso, a Corte estabeleceu que a palavra “informação” referia-se ao indivíduo ter conhecimento de seus direitos, enquanto a “notificação” fazia menção ao ato de notificar à repartição consular.

Na interpretação do artigo 36, a Corte observou que existiam três elementos separados, mas inter-relacionados: (i) o direito do indivíduo em ser informado, sem tardar, de seus direitos sob o artigo 36,1(b) da **Convenção de 1963**; (ii) o direito da repartição consular em ser notificada, sem tardar, da detenção do indivíduo, se este assim o desejar; e (iii) a

obrigação do Estado receptor em encaminhar, sem tardar, qualquer comunicação direcionada à repartição consular pelo detento. Frise-se que o terceiro elemento não foi levantado no caso em tela.

Uma vez que a definição precisa da expressão “sem tardar” não se encontra na **Convenção de 1963**, requeria-se interpretação, de acordo com as normas consuetudinárias de interpretação de tratados, segundo artigos 31 e 32 da *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Neste sentido, a Corte esclareceu, ao examinar o texto da **Convenção de 1963** e os *travaux préparatoires*, que a obrigação derivada da disposição do artigo 36 da **Convenção de 1963** das autoridades do Estado receptor informarem a pessoa detida de seus direitos – nascia assim que a autoridade tomasse conhecimento da nacionalidade da pessoa ou uma vez que existisse razão para acreditar que a pessoa fosse de nacionalidade estrangeira.⁷⁶

Foi feita ainda a sugestão pela Corte de que os Estados Unidos providenciassem a informação dos direitos consulares do artigo 36, 1 (b) em paralelo, ao momento da leitura dos direitos de qualquer pessoa que era levada sob custódia em razão de um delito penal, que devia ser informada antes do interrogatório em virtude da *Miranda rule*.⁷⁷

A Corte decidiu, por 14 votos a favor e um contra, que houve violação por parte dos Estados Unidos em suas obrigações internacionais referentes ao artigo 36,1(b) da **Convenção de 1963** de informar os nacionais mexicanos detidos, com exceção apenas de um⁷⁸, de seu direito e de notificar à repartição consular mexicana da detenção de seus nacionais, com exceção de três nacionais mexicanos.⁷⁹ Conforme a Corte, em virtude da

⁷⁶ O juiz Peter Tomka, em sua opinião separada, expressou dúvida quanto aos direitos dos presos estrangeiros somente se aplicar uma vez que a autoridade competente se der conta de que o indivíduo é estrangeiro. Sob seu ponto de vista a obrigação de informação consular nasce no momento da detenção do nacional estrangeiro.

⁷⁷ Este direito deriva de uma sentença também conhecida como *Miranda Right*. Esse direito inclui o direito de manter-se em silêncio, à presença de um advogado durante o interrogatório e o direito de ter um advogado indicado e a custas do governo no caso da pessoa não puder dispor de um.

A *Human Rights Watch* sugere que se requeira dos policiais norte-americanos que quando sejam lidos os direitos, aos detidos estrangeiros, consoante à sentença Miranda, também os informe de seu direito de comunicar-se com seu governo.

⁷⁸ O Sr. R. Salcido.

⁷⁹ Os Srs. R. Salcido, A. Juarez e R. Hernández.

infração cometida ao artigo 36,1(b) da **Convenção de 1963**, os Estado Unidos também teriam violado as obrigações da alínea (a) do mesmo artigo e parágrafo de permitir que os funcionários consulares mexicanos se comunicassem e tivessem acesso a seus nacionais, assim como, a obrigações da alínea (c) do mesmo artigo e parágrafo que confere aos funcionários consulares o direito de visitar o detento.⁸⁰

Em razão da falha norte-americana em agir conforme a alínea (b) do artigo e parágrafo apenas mencionado, o México teria sido impedido de exercer seu direito de se comunicar com seus nacionais e ter acesso a eles (artigo 36, 1(a) da **Convenção de 1963**). A Corte frisa que não é determinante se o México ofereceria ou não a *assistência consular* ou se esta influenciaria no veredicto. É suficiente que a Convenção confirmasse esses direitos.

A Corte reafirmou⁸¹ que o artigo 36 da **Convenção de 1963** consagrava direitos individuais que deviam ser respeitados, por exemplo, o de ser informado, sem tardar, quando uma pessoa era detida, do seu direito a receber *assistência consular* assim como o de garantir o direito do Estado a proteger seus nacionais⁸².

Reafirmou ainda o que havia dito sobre a aplicação da regra do *procedural default* em relação às obrigações do parágrafo 2º do mesmo artigo 36 no caso *LaGrand*, concluindo que os nacionais mexicanos foram impedidos de defender-se efetivamente da condenação e sentença sob o argumento constitucional. A Corte notou ainda que a regra de *procedural default* não foi revista e tampouco foram tomadas medidas para impedir sua aplicação no caso

⁸⁰ Em relação a esta última obrigação os Estados Unidos cometeu a violação em relação a 34 mexicanos.

⁸¹ No caso *LaGrand* a Corte já havia afirmado que o artigo 36 era um regime desenhado para facilitar a implementação do sistema de proteção consular e como um direito individual.

⁸² O presidente Shi Jiuyong em sua declaração, inclusive, deixou claro que a **Convenção de 1963** em seu artigo 36 (1 e 2) cria direitos individuais, mantendo seu ponto de vista que expressou em sua declaração separada no caso *LaGrand*.

O vice-presidente Raymond Ranjeva, em sua declaração esclarece que a **Convenção de 1963** reconhece, explicitamente, direito individual ao preso estrangeiro, todavia não provê proteção diplomática.

Em sua opinião separada o juiz Tomka asseverou que a Corte somente poderia concluir que os direitos individuais dos nacionais mexicanos foram violados se aceitasse o pedido mexicano quanto ao direito de exercer a proteção diplomática. Neste caso não teria sido apropriado ter desconsiderado a objeção norte-americana de que nacionais mexicanos falharam ao não exaurir os remédios jurídicos locais. Mas a prática dos tribunais daquele Estado falharam no passado em dar eficácia ao direito individual sob o artigo 36 da Convenção. De maneira que conclui que o exaurimento dos remédios jurídicos locais não se aplica no caso.

de falha dos Estados Unidos de suas obrigações internacionais relativas à **Convenção de 1963** para que se possa em recurso questionar a violação da **Convenção de 1963**. A Corte concluiu, com 14 votos a favor e um contra, que em relação a três mexicanos⁸³ que já foram condenados e em que a sentença tornou-se definitiva, os Estados Unidos cometeram infração quanto ao artigo 36(2) da **Convenção de 1963**.

Sob o prisma da Corte não se faz necessário decidir se o direito consular derivado da **Convenção de 1963** é ou não um Direito Humano. Todavia, consoante o entendimento da Corte, nem o texto, objeto ou propósito da **Convenção de 1963**, tampouco há qualquer indicação nos *travaux préparatoires*, que suporte a conclusão mexicana de suas alegações, de maneira que a Corte não aprovou este requerimento mexicano.

No que se refere à reparação, a Corte considerou o princípio geral de consequências legais da comissão de atos internacionais errôneos ditado pela antecessora da Corte – a Corte Permanente de Justiça Internacional – no caso *Factory at Chorzón* em que ficou estabelecido que “É princípio de direito internacional que a violação de um compromisso envolve uma obrigação de reparação na forma adequada” (FACTORY AT CHORZÓN, 1927, p. 21).⁸⁴

A partir deste princípio, a Corte tomou em consideração que a forma adequada de reparação altera-se dependendo e adaptando-se à circunstância concreta. No caso em tela, o México requereu *restitutio in integrum*, entretanto a Corte rejeitou este pedido. Todavia, unanimemente, ordenou aos Estados Unidos, pelos meios que sejam idôneos de acordo com seu direito local, que levassem a cabo uma revisão e reconsideração, pela via judicial, tanto do veredicto de culpabilidade como da imposição da pena, tendo plenamente em conta o peso que teve a falta de notificação consular, na decisão final das cortes estatais. Conforme o entendimento da Corte, a revisão e reconsideração deveriam ser feitas levando em

⁸³ César Fierro, Roberto Moreno e Osvaldo Torres.

⁸⁴ Tradução Livre. “It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in a adequate form”.

consideração as violações à **Convenção de 1963**, frisando ainda que a revisão e a reconsideração judiciais eram especialmente importantes nos casos de três cidadãos mexicanos⁸⁵, cujos processos judiciais estavam finalizados.

A Corte enfatizou ainda que a revisão e reconsideração prevista no caso *LaGrand* deveria ser eficaz. Deveria ser garantido que a violação à **Convenção de 1963**, e o possível prejuízo que esta causasse, fossem totalmente examinados e apreciados no processo de revisão e reconsideração.

Apesar de a Corte notar que o procedimento de indulto (ou de graça) tem uma função na administração da justiça criminal norte-americana, considerou que os mecanismos de indulto, tal como são praticados, não constituiriam meio idôneo para sanar as violações ao procedimento em tais casos, e tampouco seriam meio apropriado de revisão e reconsideração.

A Corte considerou que o México não conseguiu estabelecer este comportamento continuado, portanto, não pôde sustentar a cessação deste, e, todavia, quanto ao pedido de garantia de não repetição, a Corte declarou que se mantinha em aplicação o que foi fixado no caso *LaGrand*. A Corte considerou o comprometimento expresso dos Estados Unidos para garantir a implementação de medidas adotadas para a execução de suas obrigações sob o artigo 36, 1(b) da **Convenção de 1963** devia ir ao encontro do pedido de garantia de não repetição da Alemanha.

Enfatizou a Corte, que tratou o tema do ponto de vista da aplicação geral da **Convenção de 1963**, e, portanto, não podia ser levantada argumentação *a contrário* em respeito ao julgamento da Corte. Ou seja, a partir do fato de que no caso *Avena* os nacionais eram mexicanos, não se poderia concluir que o julgamento não se aplicava para outros nacionais estrangeiros que se encontram em situação similar nos Estados Unidos.

A Corte apontou ainda que a ordem indicando medida cautelar de 5 de fevereiro de 2003 (artigo 41 do Estatuto da Corte) manteve efeito até o final do julgamento e que as

⁸⁵ César Fierro, Roberto Moreno e Osvaldo Torres.

obrigações dos Estados Unidos referentes a esta passaram a ser substituídas pelas obrigações do julgamento.

Analisando a decisão da Corte verificamos que esta consolidou um princípio de Direito Internacional e constituiu uma ferramenta jurídica importante para a defesa dos estrangeiros de países que assinaram a **Convenção de 1963**. A Corte confirmou a vigência e a plena obrigatoriedade de um direito preexistente, o direito de toda pessoa detida, independente de sua situação migratória, a ser informada, sem tardar, sobre seu direito consular, assim como o direito do funcionário consular assisti-la se assim o desejar.

Reafirmou o caráter individual do direito à *assistência consular*, caráter este que estava latente desde que foi redigida a **Convenção de 1963**, possibilitando a todos os imigrantes o exercício do benefício da *assistência consular*. Conseqüentemente, favorecendo juízos mais justos para estes cidadãos, que por vezes são prejudicados pela ignorância de seus direitos.

Consoante a Corte, a consequência legal da inobservância dos direitos respaldados pelo artigo 36 da **Convenção de 1963**, no caso *Avena*, foi a revisão e reconsideração eficaz do veredicto de culpabilidade e da imposição da pena. Ou seja, não se pode mais aceitar como reparação o pedido de desculpas oficiais do país que viola as disposições da **Convenção de 1963**. No entanto, solução similar foi dada no caso *LaGrand* sem trazer resultados positivos e concretos aos cidadãos estrangeiros.

Frente à iminente possibilidade de execução, os 3 nacionais mexicanos que estavam dentre os que se beneficiaram da sentença da Corte no caso *Avena*, teriam direito a revisão e reconsideração de suas condenações e aplicações de penas. O México ingressou com pedido de interpretação de sentença questionado justamente seu significado no concernente a revisão e reconsideração judicial.

4.2 Pedido de interpretação da sentença de 31 de março de 2004 no caso *Avena*

Em 5 de junho de 2008, o México ingressou na Corte com um pedido de interpretação da sentença de 31 de março de 2004 no caso *Avena*, baseado no artigo 60 do Estatuto da Corte. O dispositivo prevê que em caso de controvérsia quanto ao sentido e alcance da sentença, cabe à Corte interpretá-la a pedido de qualquer uma das partes.

Frise-se que um pedido de interpretação abriria um novo caso, com uma jurisdição especial derivada do artigo 60 do Estatuto da Corte. Em seu pedido, o México argumentava que na sentença no caso *Avena*, a Corte entendeu que os Estados Unidos não observaram os direitos respaldados pelo artigo 36 da **Convenção de 1963**, e que, a consequência legal desta inobservância foi determinada no parágrafo 153(9) da sentença, entretanto teria surgido uma controvérsia entre as partes no que se referia ao objetivo e significado do parágrafo 153(9), clamando assim, pela orientação da Corte da interpretação do parágrafo.

No parágrafo da sentença *Avena*, a Corte julgou que a reparação apropriada no caso consistia na obrigação de os Estados Unidos providenciar, pelos meios de sua escolha, revisão e reconsideração das condenações e penas dos nacionais mexicanos, levando em conta as violações aos direitos previstos no artigo 36 da **Convenção de 1963** e nos parágrafos 138 e 141 da sentença⁸⁶.

Em seu pedido, o México argumentava que a sentença do caso *Avena* estabelecia uma *obrigação de resultado* aos Estados Unidos, enquanto os Estados Unidos claramente entendiam que a sentença constituiu meramente uma *obrigação de meio*.

Para o México, os Estados Unidos deveriam providenciar a revisão e reconsideração requisitada e deveriam prevenir a execução dos nacionais mexicanos

⁸⁶ No parágrafo 138 da sentença a Corte enfatizou que a revisão e a reconsideração previstas no caso *LaGrand* deveriam ser eficazes. Portanto, deveria ser levada em consideração a violação dos direitos previstos na **Convenção de 1963** e garantir que a violação e o possível prejuízo causado por ela fossem integralmente examinados e levados em conta no processo de revisão e reconsideração. No parágrafo 141 da sentença a Corte afirma que no caso *LaGrand* a Corte deixou a critério dos Estados Unidos como a revisão e a reconsideração deveriam ser alcançadas, considerando a regra do *procedural default*. Entretanto, a premissa na qual a Corte baseou-se naquele caso foi de que a revisão e a reconsideração deveriam ocorrer dentro do processo judicial relacionado ao indivíduo acusado em questão.

mencionados na sentença, salvo e até o término dessa revisão e da reconsideração, e deveriam determinar que não houve prejuízo resultante da violação.

Em sua argumentação o México inclusive apontou para o fato de que, em 25 de março de 2008, a Suprema Corte Norte-Americana determinou no caso de um dos nacionais mexicanos – José Ernesto Medellín Rojas⁸⁷ – que a sentença da Corte Internacional de Justiça em si não exigia que os tribunais norte-americanos dessem revisão e reconsideração sob o direito doméstico. Contudo, a Suprema Corte Norte – Americana apontou que os meios escolhidos pelo presidente dos Estados Unidos para cumprir sua obrigação com a sentença sob o direito internacional não eram permitidos pela Constituição Norte-Americana e indicou meios alternativos, por meio do legislativo, pelo Congresso ou mediante uma concordância voluntária do estado do Texas.

Por consequência, apesar do pedido mexicano, a decisão da Suprema Corte Norte-Americana foi proferida, e o estado do Texas marcou a execução do Sr. Medellín para o dia 5 de agosto de 2008. O problema neste caso, segundo o México, seria que a ação do Texas, uma subdivisão política dos Estados Unidos, comprometia a responsabilidade internacional dos Estados Unidos; e, por isso, a lei municipal não poderia ser invocada como justificativa para não executar uma obrigação legal internacional na sentença do caso *Avena*. O México enfatizou ainda que outros 4 cidadãos mexicanos estariam sob iminência de terem sua execução marcada pelo Texas.

Para evitar morte de Medellín e a outras execuções, no contexto da Corte Internacional de Justiça, no dia 5 de junho de 2008, o México protocolou um pedido com urgência para a indicação de uma medida provisória em conformidade com o artigo 41 do Estatuto da Corte.⁸⁸ A justificativa do pedido mexicano se basearia na proteção dos interesses

⁸⁷ José Ernesto Medellín Rojas é um dos cidadãos mexicanos condenado por sentença de pena de morte que teria direito a revisão e reconsideração de sua condenação à luz da violação do seu direito sob a **Convenção de 1963** conforme a sentença do caso *Avena*.

⁸⁸ O artigo 41 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça prevê que “1. A Corte terá a faculdade de indicar, se

superiores da vida de seus nacionais e na garantia necessária de a Corte dar o remédio jurídico que o México requeria.

Ao contrário do que ocorre com o *pedido de interpretação*, o pedido de indicação de medida cautelar não abre um novo caso, mas, um incidente no caso existente. O pedido mexicano à Corte é de indicação das seguintes medidas:

- (a) Que o governo dos Estados Unidos tome todas as medidas necessárias para garantir que José Ernesto Medellín, César Roberto Fierro Reyna, Rúben Ramirez Cárdenas, Humberto Leal García e Roberto Moreno Ramos não sejam executados antes da conclusão dos procedimentos instaurados naquele dia 5 de junho de 2008;
- (b) Que o governo dos Estados Unidos informe à Corte de todas as medidas tomadas para implementar o pedido acima; e
- (c) Que o governo dos Estados Unidos garanta que nenhuma medida seja tomada no sentido de prejudicar o direito do México ou de seus nacionais relativo a qualquer interpretação que a Corte possa emitir a respeito do parágrafo 159(3) da sentença do caso *Avena*.

Em 16 de julho de 2008, a Corte, por 7 votos a 5, negou o pedido norte-americano de desconsideração do pedido mexicano e deferiu os pedidos do México.⁸⁹

A Corte negou também o pedido de desconsideração norte-americano, que argumentava a falta de competência da Corte para julgar o pedido feito pelo México, com base na jurisdição estabelecida no artigo 60 do Estatuto da Corte. No entendimento da Corte, as partes discordavam quanto ao sentido e alcance da sentença do caso *Avena*. Por um lado, em seu pedido o México argumentava que existia uma controvérsia quanto ao sentido e

julgar que as circunstâncias o exigem, quaisquer medidas provisórias que devam ser tomadas para preservar os direitos de cada parte.”

⁸⁹ A Corte decidiu a favor do México com a seguinte votação: o pedido (a) por 7 votos a 5, o pedido (b) por 11 votos a 1 e pedido (c) por de 11 votos a 1.

alcance do entendimento mexicano e norte-americano no que se referia à penalidade imposta pela Corte aos Estados Unidos de que fosse feita uma revisão das condenações e penas dos cidadãos mexicanos que não tiveram seu direito à *assistência consular* observados. Em sua argumentação o México apontou também que sob seu ponto de vista a Corte estabelecia uma *obrigação de resultado*, no entanto, a conduta norte-americana mostrava que o entendimento daquele país era de que a sentença da Corte constituía uma *obrigação de meio*.

Por seu lado, os Estados Unidos contestavam afirmando que eles tiveram dificuldades com os limites da lei doméstica (em razão da estrutura federalista) para implementar a sentença da Corte no caso *Avena*. Todavia os Estados Unidos aceitavam que a obrigação de revisão e reconsideração era uma *obrigação de resultado*, algo que estavam buscando alcançar. Neste contexto, ainda no ponto de vista norte-americano, não existiria controvérsia sobre o sentido e alcance da sentença da Corte entre os Estados Unidos e México, conseqüentemente, a Corte não teria jurisdição para julgar o pedido mexicano com base no artigo 60 do Estatuto que exige a existência de uma controvérsia.

A Corte apontou que, apesar de, inicialmente, parecer que as partes tinham o mesmo entendimento quanto ao fato da sentença do caso *Avena* criar uma obrigação internacional de resultado, as partes não convergiram no entendimento de que a obrigação dos Estados Unidos seria compartilhada entre as autoridades federais e estaduais do país, e que referida obrigação internacional recairia sobre estas autoridades. Tal convergência atenderia o requisito da jurisdição com base no artigo 60 do Estatuto da Corte.

Em 5 de agosto de 2008, conforme havia sido marcado, o Sr. Medellín foi executado no Texas, e em 2 de setembro de 2008 a Corte permitiu que as partes ingressassem com explicações complementares escritas sobre o caso. Nesta oportunidade o governo mexicano reiterou seu pedido e requereu ainda que a Corte declarasse que os Estados Unidos descumpriram a ordem de 16 de julho de 2008 da Corte e a sentença do caso *Avena* quando

executaram, no Estado do Texas, o Sr. Medellín na data previamente marcada. Em suas explicações escritas, os Estados Unidos uma vez mais argumentaram que compartilham com o México a interpretação da sentença da Corte – ou seja, não existiria no caso em tela convergência de interpretação da sentença proferida pela Corte -, requerendo que o pedido mexicano fosse negado.

No dia 19 de janeiro de 2009, a Corte proferiu a sentença do pedido de interpretação da sentença *Avena* e por 11 votos a 1 a Corte decidiu que o pedido mexicano de interpretação sob o artigo 60 do Estatuto não levantou questões que foram decididas pela Corte na sentença *Avena* e, portanto, não poderia dar origem ao pedido de interpretação mexicano⁹⁰.

Também por 11 votos a 1 a Corte reafirmou a continuação do caráter vinculante da obrigação dos Estados Unidos sob o parágrafo 153 (9) da sentença *Avena*⁹¹, ou seja, a obrigação de providenciar, pelos meios de sua escolha, revisão e reconsideração das condenações e imposições de penas dos nacionais mexicanos; a Corte notou os esforços feitos pelos Estados Unidos nestes procedimentos.

Por unanimidade a Corte concluiu que os Estados Unidos descumpriram a obrigação indicada na medida cautelar de 16 de julho de 2008 no caso do Sr. Medellín. Por 11 votos a 1 a Corte negou todos os pedidos complementares mexicanos.

⁹⁰ Em sua declaração o juiz Koroma esclareceu seu ponto de vista afirmando que na aplicação do artigo 60 do Estatuto da Corte existia uma controvérsia da posição mexicana e norte-americana. As partes discordavam se a sentença *Avena* requeria ou não uma revisão e reconsideração judicial para que fosse eficaz; e se as obrigações criadas estavam sujeitas a jurisdição doméstica para seu cumprimento e implementação. Sob sua ótica, a Corte poderia ter admitido o pedido de interpretação de forma consistente com sua jurisprudência. Ao fazê-lo a Corte poderia ter concluído que os Estados Unidos tinham uma escolha em como cumprir suas obrigações derivadas da sentença *Avena*, mas que os esforços deveriam ser eficazes em cumprimento com a sentença. Enfatizou ainda, que, enquanto a Corte não pudesse interpretar a sentença *Avena*, a força vinculante desta sentença se mantinha. E, além disso, determinadas obrigações ainda não tinham sido cumpridas. Para o juiz à luz do artigo 94 da Carta das Nações Unidas – e neste caso também dos princípios fundamentais de Direitos Humanos – o Direito Internacional exigia nada mais que o cumprimento e conformidade integral com a sentença *Avena* para todos os nacionais mexicanos lá mencionados.

⁹¹ Em sua declaração o juiz Abraham justificou seu voto contra esta cláusula operacional declarando que a afirmação da Corte excedia a jurisdição sob o artigo 60 do seu Estatuto, já que faz referência ao cumprimento da sentença e não sua interpretação.

O juiz de nacionalidade mexicana, Sepúlveda-Amor, discordou da sentença proferida e em sua opinião dissidente apontou que não poderia compartilhar com as conclusões da Corte, pois em seu entendimento a Corte havia ignorado a necessidade de se considerar as conseqüências de um ato internacional ilícito praticado por um Estado. Por isso, a Corte deveria ter determinado as conseqüências legais da falha dos Estados Unidos, cumprindo com sua função de desenvolvimento do direito internacional, resolvendo a questão levantada por não cumprirem com a medida cautelar e a sentença *Avena* da Corte – ou seja, a corte deveria ter determinado os efeitos dos Estados Unidos terem descumprido suas obrigações internacionais. Em sua ótica, o México e os Estados Unidos têm visões opostas dos efeitos domésticos das obrigações internacionais; em sua opinião a Corte poderia ter avançado a controvérsia de interpretações.

A decisão da Corte referente ao pedido de interpretação da sentença *Avena* encerrou então a discussão da *assistência consular* no âmbito da Corte.

A matéria também foi discutida no âmbito regional – na OEA – não só na opinião consultiva (vide item 2.5.1) mas no caso n.º 12.644 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, peticionado em nome dos Srs. Medellín, Ruben Ramirez Cárdenas e Humberto Leal Garcia, cidadãos mexicanos presos e condenados à pena de morte no Estado do Texas que não tiveram respeitados seus direitos previstos na **Convenção de 1963**. Vejamos a interpretação da Comissão no próximo item.

4.3 Caso 12.644 (Sr. Medellín) da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Em 22 de novembro de 2006, foi protocolada petição por Sandra L. Babcock (doravante, Requerente) ⁹² na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante Comissão) em nome do Sr. José Ernesto Medellín, em conjunto com os Srs. Ruben Ramirez Cárdenas e Humberto Leal Garcia, cidadãos mexicanos presos e condenados à pena de morte no Estado do Texas. Na referida petição, a Requerente reclamou que os Estados Unidos são responsáveis por violar os direitos previstos nos artigos I (direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa), o XVIII (direito à justiça) e o XXVI (direito ao processo regular) da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante Declaração Americana). Em sua petição a Requerente argumentou à Comissão que houve violação dos direitos dos Srs. José Medellín, Ramirez Cárdenas e Leal Garcia baseada na deficiência procedimental existente nos processos criminais contra eles. Em particular, entre outras reclamações, a Requerente afirmou que, à época da prisão, nenhum deles foi informado do seu direito à assistência consular conforme previsto no artigo 36 da **Convenção de 1963** e que não foram assistidos por representantes legais competentes designados pelo Estado. A Requerente também requereu à Comissão a concessão de medida cautelar para que os Estados Unidos garantissem que as vidas dos Srs. Medellín, Ramirez Cárdenas e Leal Garcia fossem preservadas até que a Comissão decidisse o caso.

No caso do Sr. Medellín, se argumentou que desde que foi detido, ele teria comunicado às autoridades competentes que era mexicano e não um cidadão norte-americano; e que apesar disso, ele não foi informado do seu direito de contatar e receber assistência do consulado mexicano, direito previsto no artigo 36 da **Convenção de 1963**.

Como o Sr. Medellín era indigente, um advogado do Estado foi nomeado para

⁹² Professora de Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Northwestern, USA.

representá-lo, porém, durante o curso da investigação e da persecução criminal do Sr. Medellín, o advogado nomeado teria ficado suspenso, pelo período de 6 meses, do exercício da advocacia por violação da ética profissional, quando impedido por lei teria atuado em outro caso, inclusive teria ficado preso no tribunal por 7 dias por desrespeitar sua suspensão. A Ordem dos Advogados local abriu um novo procedimento administrativo contra ele, o que conforme a Requerente fez com que o advogado alocasse o tempo de representação e defesa do Sr. Medellín na sua própria defesa no Tribunal Distrital e de 2ª Instância, também foram apresentados no caso observações quanto às falhas dos advogados de defesa de Ramirez Cárdenas e Leal Garcia.

Apesar de o Sr. Medellín ter sido sentenciado à morte em 11 de Outubro de 1994 e em 16 de março de 1997 o Tribunal Criminal de 2ª Instância ter confirmado sua pena e condenação, conforme a Requerente foi somente em 29 de abril de 1997, quatro anos após sua detenção, que as autoridades consulares mexicanas tiveram notícia da prisão, julgamento e imposição da pena. Portanto, em 26 de março de 1998 foi protocolada a primeira petição alegando a violação ao artigo 36 da **Convenção de 1963**, que foi negada com base na doutrina de *procedural default*.

A Comissão concedeu medida cautelar para que os Estados Unidos tomassem medidas para preservar as vidas dos Srs. Medellín, Ramirez Cárdenas e Leal Garcia durante a investigação das alegações feitas na petição.

Em março de 2008, na oitava perante a Comissão, os Estados Unidos argumentaram que os Srs. Medellín, Ramirez Cárdenas e Leal Garcia falharam em exaurir os recursos domésticos, como exigido pelo Regulamento da Comissão. Os Estados Unidos afirmaram que a Comissão estava impedida de considerar as questões levantadas no caso em razão da duplicação de procedimentos vis-à-vis a sentença da Corte Internacional de Justiça no caso *Avena*.

Em carta escrita os Estados Unidos argumentaram que o caso era inadmissível uma vez que a Comissão não teria competência para rever questões advindas da **Convenção de 1963** e que reclamações relacionadas à notificação não gerariam violações aos Direitos Humanos.

Ademais os Estados Unidos argumentaram que a Requerente não conseguiu comprovar que a falha no procedimento de notificação consular geraria um descumprimento da Declaração Americana, já que o referido instrumento não previa a notificação consular e a assistência consular como um elemento das proteções previstas em seus artigos XVIII e XXVI⁹³, nem indicaria que a notificação consular poderia ser relevante ao processo de proteção. Afirmou ainda que a Constituição Americana e as normas federais e estaduais garantiam que todas as pessoas, inclusive os estrangeiros que não falam inglês e não estão familiarizados com o sistema norte-americano, teriam intérpretes e assistência legal adequada; e que se houvesse falha em honrar essas proteções isso pode ser corrigido por recurso de apelação. Em 24 de julho de 2008 a Comissão aprovou seu relatório nº 45/08 sobre o caso. A Comissão, sem prejuízo ao mérito, admitiu a reivindicação em nome dos Srs. Medellín, Ramirez Cárdenas e Leal Garcia e concluiu que os Estados Unidos eram responsáveis pela violação de seus direitos nos termos dos artigos I, XVIII e XXVI ⁹⁴ da Declaração Americana em relação aos processos criminais que levaram à imposição da pena de morte contra eles. Conforme a Comissão, executar os Srs. Medellín, Ramirez Cárdenas e Leal Garcia com base nestes processos criminais seria uma irreparável violação aos seus direitos à vida previsto no artigo I da Convenção Americana.

⁹³ O texto da Convenção Americana dispõe o que segue nos referidos artigos: “Artigo XVIII. Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente. Artigo XXVI. Parte-se do princípio de que todo acusado é inocente, até provar-se-lhe a culpabilidade. Toda pessoa acusada de um delito tem o direito de ser ouvida numa forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que não se lhe infljam penas cruéis, infamantes ou inusitadas”.

⁹⁴ O texto da Convenção Americana dispõe o que segue em relação ao “Artigo I. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.”

No entender da Comissão, os Estados Unidos não contestaram a alegação específica da Requerente, que os advogados nomeados pelo Estado para os Srs. Medellín, Ramirez Cárdenas e Leal Garcia foram inadequados e negligentes. A Comissão concluiu que a obrigação dos Estados Unidos sob os artigos XVIII e XXVI da Convenção Americana inclui o direito a meios adequados para a representação da defesa, assistido por um advogado e que os Estados Unidos falharam em respeitar e garantir essa obrigação, resultando em violação adicional aos seus direitos ao devido processo legal e julgamento justo sob estas disposições da Declaração Americana.

Entre outros aspectos a Comissão determinou que o fato dos Estados Unidos não terem cumprido com sua obrigação, à luz do artigo 36 (1) da **Convenção de 1963**, de informar os estrangeiros detidos de seu direito de notificação e assistência consular, resultou em que o processo penal instaurado contra o Sr. Medellín não cumpriu com os *standards* mínimos do devido processo legal, e do julgamento justo estabelecidos nos artigos XVIII e XXVI supramencionados.

Inclusive, a Comissão determinou em casos anteriores que cabe considerar o cumprimento ao artigo 36 da **Convenção de 1963** por um Estado parte desta Convenção quando interpretadas e aplicadas às disposições da Declaração Americana a um estrangeiro detido⁹⁵.

Com base na conclusão de violações anteriores comentadas, a Comissão concluiu que a imposição de pena de morte neste caso envolvia privar arbitrariamente a vida, proibida no artigo I da Declaração Americana, portanto, executar os Srs. Medellín, Ramirez Cárdenas e Leal Garcia de acordo com as sentenças de pena de morte dos Estados Unidos seria cometer uma violação deliberada ao artigo I da Declaração Americana.

⁹⁵ São exemplos de casos em que a Comissão Interamericana decidiu desta forma: Relatório 52/01, caso 11753 (Ramón Martínez Villarreal), Estados Unidos, Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 2002; Relatório 91/05 (Javier Suarez Medina), Estados Unidos, Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 2005; relatório 1/05 (Roberto Moreno Ramos), Estados Unidos, Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 2005.

A Comissão recomendou ainda que o governo norte-americano providenciasse um remédio jurídico eficiente, inclusive nova oitiva para imposição de pena de acordo com as proteções previstas na *Declaração Americana* – igualdade, devido a processo legal e julgamento justo, incluindo o direito de contar com a representação legal competente.

Frente ao relatório da Comissão, notamos que assim como a sentença *Avena*, o relatório também teria seus efeitos sobre o caso do Sr. Medellín ante o judiciário norte-americano, já que a Comissão recomendou uma nova oitiva para a imposição da pena.

4.4 Ação do estado do Texas contra José Ernesto Medellín

Como anteriormente comentado, a sentença da *Corte* no caso *Avena* determinou que o Sr. José Ernesto Medellín e outros 50 cidadãos mexicanos condenados por sentenças de pena de morte, nos Estados Unidos teriam direito a revisão e reconsideração de suas condenações e penas à luz da violação do seu direito sob a **Convenção de 1963**.

O Sr. Medellín foi sentenciado à pena de morte em 11 de outubro de 1994 pelo assassinato de Jenifer Ertman (14 anos) e Elizabeth Pena (16 anos) em Houston, 1993 (*State vs. Medellín, judgment, n.º 675430, Tex. 339th Dist. Ct. Oct. 11, 1994*). O nacional mexicano nunca foi advertido pelas autoridades do Texas de seu direito à *assistência consular* como detido estrangeiro e o consulado mexicano só recebeu a notícia de sua detenção quatro anos depois, quando a sentença de pena de morte já tinha sido proferida.

Antes da sentença *Avena* ser proferida foram protocoladas petições de defesa do Sr. Medellín nos Tribunais Estaduais e Federais de Primeira Instância, alegando violação à **Convenção de 1963**. O Tribunal Estadual porém se recusou a considerar o referido pedido com base na doutrina do *procedural default* que impede o reconhecimento federal de direitos

de natureza procedimental que não tenham sido previamente invocados em procedimentos estaduais anteriores (*Ex parte Medellín*, Tex. Crim. App. Outubro 3, 2001). O Tribunal Federal de Primeira Instância manteve a aplicação da doutrina do *procedural default* do Texas e concluiu que o Sr. Medellín renunciou ao seu direito de alegar violação à **Convenção de 1963**, quando do seu julgamento; embora conforme sua alegação de defesa, ele não tivesse conhecimento de seu direito previsto no artigo 36 da **Convenção de 1963**, por falha das autoridades locais competentes em notificá-lo. O Tribunal Federal também sustentou que a **Convenção de 1963** não criava direito individual exigível e, portanto, não havia remédio jurídico cabível para esta violação.

Em 20 de maio de 2004, após a sentença *Avena* ter sido proferida, a Corte de Segunda Instância se recusou expressamente a seguir a determinação da *Corte Internacional de Justiça* e negou os pedidos do Sr. Medellín.

Na ação do estado do Texas contra o Sr. Medellín (*Medellín vs. Texas*, 128 S. Ct. 1346, 2008) a Suprema Corte norte-americana declarou que os Estados Unidos estavam obrigados, pelo artigo 94, item 1 da Carta das Nações Unidas⁹⁶, a cumprir com a sentença do caso *Avena* e a estabelecer o procedimento pelo qual, em termos de direito constitucional, possa se dar efeito doméstico à obrigação internacional.

Em 28 de fevereiro de 2005, o Presidente George W. Bush manifestou, por uma determinação escrita (memorando), que a sentença do caso *Avena* era vinculante, buscando que os tribunais estaduais providenciassem a revisão e reconsideração de todos os casos afetados pela sentença (dos 51 nacionais mexicanos, inclusive dentre eles o Sr. Medellín). O Tribunal do Texas (*Texas Court of Criminal Appeals*) regulamentou então que o presidente não tinha autoridade constitucional para ordenar aos tribunais estaduais obediência (já que o Judiciário deveria manter sua independência e o presidente não teria poder para interpretar ou

⁹⁶ O referido artigo prevê que os membros das Nações Unidas se comprometem a conformar-se com a decisão da *Corte* em qualquer caso em que for parte.

ditar leis) e que a sentença do caso *Avena* não era exigível em tribunais locais (domésticos).

Frente à referida decisão, os advogados do Sr. Medellín apelaram à Suprema Corte Norte-americana pedindo a revisão de seu processo. Em 25 de março de 2008, por 6 votos a 3, a Suprema Corte Norte-Americana decidiu que a sentença *Avena* por si só, nem em conjunto com o memorando do Presidente dos Estados Unidos, era uma lei federal diretamente exigível que proibia o Tribunal do Texas de aplicar a doutrina do *procedural default* impedindo a revisão e a reconsideração referente à **Convenção de 1963** [*Medellín vs. Texas*, Tribunal do Texas 128 S. Ct. 1346 (2008)]. Asseverou ainda que o Presidente não tinha autoridade para executar uma obrigação internacional, e que em realidade esta competência recaía sobre o Congresso.

Apesar da existência do projeto que já fora apresentado ao Congresso (*U.S. House of Representatives*), a execução do Sr. Medellín estava marcada para o dia 5 de agosto de 2008, o que não possibilitaria que este fosse beneficiado e pudesse exercer uma prerrogativa constitucional que determinasse a obrigação dos Estados Unidos em relação à sentença do caso *Avena* em âmbito doméstico.

O projeto de lei *Avena Case implementation Act of 2008* (H.R. 6481) foi apresentado em 14 de julho de 2008 por Howard L. Berman ao Congresso norte-americano. Referido projeto cria uma ação civil para prover medida judicial para cumprir determinadas obrigações de tratados dos Estados Unidos nos termos da **Convenção de 1963** e o *Protocolo Opcional*. Conforme o projeto qualquer pessoa cujos direitos previstos no artigo 36 da **Convenção de 1963** sejam infringidos por uma violação por qualquer autoridade do governo local pode em uma ação civil obter a medida judicial adequada.

Nos termos do projeto de lei, a medida judicial apropriada significaria qualquer medida declaratória ou de equidade necessária para garantir esses direitos; e em qualquer caso no qual o autor da ação for condenado por um delito criminal no qual a violação à **Convenção**

de 1963 tenha ocorrido durante e em relação à investigação e à persecução de referido delito, qualquer medida judicial exigida para remediar o dano causado pela violação inclusive anulação da condenação ou pena quando apropriado. O referido projeto ainda está sob revisão.⁹⁷

O posicionamento da Suprema Corte Norte-americana e a elaboração do projeto de lei mostram a clara dificuldade do direito doméstico para poder implementar e cumprir as obrigações internacionais dos países quando para isso se depende de instituições públicas e de um rígido sistema jurídico interno.

⁹⁷ O projeto de lei (“bill”) é o primeiro passo no processo legislativo. Uma vez apresentado o projeto este é direcionado ao comitê que delibera, investiga e revisa o projeto antes de debatê-lo. O projeto em questão foi levado ao Comitê Judiciário.

CONCLUSÃO

O estudo das normas internacionais de direito consular e do instituto da *assistência consular* em si, permite observar o caráter duplo do direito à *assistência consular*. Por um lado, é um direito do Estado de origem, exercido através de seu funcionário consular, de assistir seu nacional; e por outro, um direito individual, que deve ser garantido pelo país receptor por meio de suas autoridades locais.

As obrigações internacionais derivadas da **Convenção de 1963**, em especial, as referentes ao artigo 36, foram criadas justamente com o intuito de conceder ao estrangeiro uma oportunidade de equidade ao nacional no que se refere à sua defesa. Ao chegar à sociedade de destino, neste caso particular nos Estados Unidos, o imigrante se depara com inúmeras dificuldades geradas pelo choque cultural e lingüístico. No caso dos *hispânicos*, sejam estes mexicanos, brasileiros ou de outra nacionalidade, a classificação étnica utilizada pelos Estados Unidos, dificulta a identificação do sujeito. Além desta variável, há outra mais complicada que incide na auto-identificação do sujeito de direito e na vulnerabilidade da sua situação, relacionada à circunstância específica do imigrante e da comunidade local que o recebe, como por exemplo, o local de destino, o grau de concentração de imigrantes da comunidade local, a situação econômica entre inúmeros outros elementos. Independentemente de sua identificação e integração à sociedade, o aspecto que aqui tratamos, o direito à *assistência consular*, é exercido no momento em que o sujeito, socialmente vulnerabilizado, foi detido para investigação ou por ter cometido algum ato ilegal.

Ocorre que a concessão deste direito não depende da condição legal deste imigrante, de modo que não existe diferenciação entre o imigrante já integrado – que se encontra em situação similar ao nacional – e o que ainda está em processo de integração; ou do efetivo exercício ou não deste direito pelo indivíduo e pelo Estado de origem, como

aclararam as sentenças da Corte sobre o tema. Inclusive, o imigrante pode enfrentar o julgamento sem qualquer assistência de seu consulado, ainda que referido julgamento possa acarretar na pena de morte, para isso, basta, que o estrangeiro opte pela não notificação de seu consulado.

Por se tratar de um direito do indivíduo e do Estado, o exercício da *assistência consular* está vinculado à nacionalidade do detido, mas não limitado a ela. Segundo (BENHABIB, 2005, p. 58).⁹⁸, este direito parece pautar uma noção mais ampla de cidadania que aquela concebida por Hanna Arendt:

O direito a ter direito hoje significa o reconhecimento da condição universal da personalidade de cada um e todos os seres humanos independentemente de sua cidadania nacional. Enquanto que para Arendt, em última instância, a cidadania era a principal garantia de proteção dos direitos humanos do indivíduo, o desafio pela frente é desenvolver um regime internacional que separe o direito de ter direitos à condição nacional de indivíduo.

Nesta perspectiva, o Direito Internacional deveria se desenvolver no sentido de que o “direito de ter direitos” se separe da cidadania e nacionalidade. Apesar disto, observa-se que o princípio comporta uma idéia de difícil aplicabilidade ao mundo moderno. Isso se comprova da análise do caso concreto estudado – Caso *Avena* na Corte, relatório da Comissão de Direitos Humanos e opinião consultiva da OEA – em contraste com a decisão judicial doméstica (decisão da Suprema Corte Norte-Americana no caso Medellín) e a tomada de decisão norte-americana (execução do Sr. Medellín). Ou seja, mesmo no caso do imigrante ter o direito à *assistência consular*, como direito previsto em Convenção aceita, assinada e ratificada, ainda que o país do estrangeiro (México) tenha tomado todas às medidas para a observação deste direito; e que o país que deveria aplicá-lo, no caso os Estados Unidos, tenha tanto reconhecido o direito em si como a obrigação internacional (resultante da sentença

⁹⁸ Tradução livre: “El derecho a tener derecho hoy significa el reconocimiento de la condición universal de personería de cada uno y todos los seres humanos independentemente de su ciudadanía nacional. Mientras que para Arendt, de últimas, la ciudadanía era la principal garantía de protección de los derechos humanos del individuo, el desafío por adelante es desarrollar um régimen internacional que separe El derecho de tener derechos de la condición nacional del individuo.”.

Avena) de tomar as medidas internas cabíveis para fazer valer este direito, verificou-se na prática que ainda assim este direito não foi implementado internamente. Portanto, o Direito Internacional deve se desenvolver no sentido de dar aplicabilidade aos direitos já existentes e determinar os efeitos de sua inobservância para justamente dar eficácia e segurança jurídica às referidas normas.

Ressalte-se que a Corte se omitiu em declarar, ou negar, o direito à *assistência consular* como um Direito Humano, todavia, mostrou-se desfavorável ao assim considerá-lo. Contrariamente a esta decisão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, levando em conta a interpretação evolutiva dos instrumentos de proteção aos Direitos Humanos, concluiu que a *assistência consular* se inclui no rol de Direitos Humanos e que era uma garantia do devido processo legal, acarretando em responsabilidade internacional por parte do Estado que violou a norma. O conflito de posição entre as cortes é natural já que a Corte Interamericana de Direitos Humanos logicamente terá uma interpretação jurídica com fim de proteção da pessoa e com finalidade expansiva. Já a *Corte Internacional de Justiça*, como apontado durante o trabalho, centrará sua interpretação na relação estatal e atuará de forma mais restritiva.

Essa divergência indica que ainda não está claro o caráter do direito à *assistência consular* e a importância dela para garantia do direito à ampla defesa. Apesar de já existir uma resposta quanto ao fato deste direito constituir um direito subjetivo, inerente à pessoa do cidadão estrangeiro, não está claro se sua inobservância fere, ou não, os Direitos Humanos e o devido processo legal. Esta inexatidão não permite definir as consequências de sua inobservância pelos países. Mesmo em uma segunda oportunidade no pedido de interpretação do México, a Corte não se posicionou a este respeito.

Quando se trata de pena de morte, o dano é irreparável, justificando, neste caso particular, além da aplicação ao *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* (1966),

um maior rigor no controle da aplicação da **Convenção de 1963**. Se a norma permitir uma interpretação mais abrangente quanto aos Direitos Humanos, certamente aplicar-se-á neste caso específico.

Em uma segunda análise da controvérsia mexicana e norte-americana, demonstra-se que a insistência da aplicação da *assistência consular* aos presos mexicanos nos Estados Unidos se dá com maior intensidade nos casos de pena de morte. Portanto, a *assistência consular* se mostrou mais um instrumento para que o México – e para outros Estados como o Paraguai e a Alemanha – firmassem sua posição contra a imposição deste tipo de pena a seus nacionais pelo governo norte-americano. Então, a problemática, ao final, está em torno do conflito de valores e princípios entre as duas nações, já que a aplicação deste tipo de pena é lícita no Direito Internacional.

Aparentemente as políticas multiculturais norte-americanas, em relação aos estrangeiros, ainda se desenvolvem no sentido de integrá-los à comunidade local. Em uma sociedade heterogênea, como a dos Estados Unidos, em que diferentes culturas convivem e tentam construir uma vida em comum e simultaneamente, os estrangeiros retêm algo de sua identidade original, o que pode ser causa da inobservância, incompreensão ou ignorância das leis, o exercício da *assistência consular* é primordial.

Os cônsules e funcionários consulares intervêm justamente quando estes indivíduos interagem com instituições públicas. No presente trabalho, destacamos, em particular, o papel dos cônsules quando os presos estrangeiros interagem com o Judiciário. É natural que os Estados Unidos enfrentem o dilema de acomodar as diferentes culturas, religiões e etnias dentro de suas políticas nacionais e do direito doméstico. Entretanto, o país está obrigado internacionalmente a cumprir com os *standards* mínimos estabelecidos na normativa internacional e, para a América Latina, a existência de um direito internacional efetivo que proteja os seus nacionais migrantes aos Estados Unidos é especialmente

importante.

Tomamos o caso específico do México pela relevância histórica e numérica dos migrantes aos Estados Unidos e porque recentemente os casos de violação da **Convenção de 1963** provocou ação diplomática do governo mexicano e posteriormente acionamento da *Corte Internacional de Justiça*. Porém, o problema pode ser generalizado para outros países latino-americanos, afinal a situação socioeconômica da região, de uma forma geral, expulsa os seus cidadãos em direção a países desenvolvidos, tal como é o caso dos Estados Unidos.

Cabe destacar, entretanto, que além do caso *Breard* – Paraguai -, não foi apresentado outro caso, na *Corte Internacional de Justiça*, por parte de qualquer outro Estado latino-americano contra a violação do direito à *assistência consular*. Tampouco existe informação oficial acessível tangente ao número de hispânicos condenados à morte nos Estados Unidos, e se nesses casos, os consulados foram acionados, o que impede a comparação.

A despeito disso, é fato que, no plano interno e externo, a *assistência consular* é um instrumento de garantia judicial que traz ao nacional estrangeiro a possibilidade de um processo mais justo e de igualdade perante a administração da justiça e ao Estado a possibilidade de proteger, assistir e se comunicar com seu nacional. Devendo, portanto, a *assistência consular* ser respeitada e observada pelos Estados que assim se comprometeram ao firmar a **Convenção de 1963** e estar presente a cooperação entre as nações para a total aplicabilidade desta. A existência do projeto de lei *Avena Case implementation Act of 2008* é um sinal de que o direito doméstico norte-americano está se adequando para tornar a norma eficaz e aplicável aos imigrantes, o que se trata de uma vitória para a Justiça, e indiretamente para os Direitos Humanos.

Um aspecto que vale a pena destacar, em termos de direito, é a falta de informação padronizada ou acessível em consulados, a qual indica que não existe uma

preocupação com a aplicação da *assistência consular*, inclusive nos países de origem dos migrantes.

No futuro, deverá se fazer um estudo detalhado da estrutura do direito norte-americano para verificar o grau dos obstáculos para a observância e aplicação de suas obrigações internacionais, em especial no tocante à *assistência consular*, e a dificuldade de sujeição das autoridades locais aos padrões mínimos exigidos pela normativa internacional, em especial no que concerne aos Direitos Humanos.

As relações diplomáticas dos Estados latino-americanos com os Estados Unidos estão inevitavelmente marcadas pela influência política e econômica decorrente da proximidade geográfica entre eles, e suas relações de dependência.

Neste sentido, o aperfeiçoamento dos instrumentos oriundos da normativa internacional na matéria consular e diplomática podem não apenas ampliar a qualidade da relação entre Estados, como também melhorar a situação dos sujeitos em termos de cidadania e de realização dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS⁹⁹

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Manual de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 528 p.

ACEVES, William J. Avena and others. Mexican nationals: provisional measures order: International Court of Justice. **American Journal of International Law**, Washington, v.97, n.4, p.923-929, Feb.2003.

AMIRFAR, Catherine M. Association of American Law Schools Panel on the Case Avena (México v. U.S.A.) – Arguments of Mexico, Co-Sponsored by the section on Immigration Law, International Human Rights and North American Cooperation – AASL Annual Meeting. Atlanta, GA. **German Law Journal**, [S.l.], v.5, n.4, p.375-383, jan.2004. Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/pdf/Vol05No04/PDF_Vol_05_No_04_375-383_European_Amirfar.pdf>. Acesso em: 11 may.2008.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 428 p.

ATRIA, R.; SILES M.; ARRIAGADA, I.; ROBINSON, L. J. & WHITERFORD, S. Capital social y reducción de la pobreza en América Latina y el Caribe: en busca de un nuevo paradigma. **Comisión Económica para América Latina y el Caribe e University of Michigan Press** Santiago do Chile, 2003. Livro n.71. Disponível em: <<http://www.eclac.cl>>. Acesso em: 25 nov. 2007.

AZEVEDO, Débora Bithiah de; PAIXÃO JÚNIOR, Nilton Rodrigues da. **Nota técnica da consultoria legislativa da câmara dos deputados**. Imunidade de Jurisdição e Imunidade de Execução de Entes de Direito Público Externo. Fev. 2001.

AZEVEDO, Solange. Mais imigrantes menos crimes. **Revista Época**, Rio de Janeiro, n.470, p. 76-77, 25 maio 2007. Entrevista com Robert J. Sampson.

BASCH, Linda G., SCHILLER, Nina Glick and BLANC, Cristina Szanton. **Nations Unbound: Transnational Projects, Post-Colonial Predicaments and Deterritorialized Nation-States**. Amsterdam: Gordon & Breach Science Publishers, 1994. 344 p.

BENHABIB, Seyla, **Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos**. Traducción de Gabriel Zadunaisky. Barcelona: Gedisa, 2005. 192p.

_____. **The Rights of Others: Aliens, Residents and Citizens**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. 251 p.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 119p.

⁹⁹ De acordo com: FUNARO, Vânia Martins Bueno de Oliveira (coord.). **Diretrizes para apresentação de dissertações e teses da USP**: documento eletrônico e impresso Parte I (ABNT). 2.ed. rev.ampl. São Paulo: Sistema Integrado de Bibliotecas da USP, 2009. 102p.

_____. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Caçais e Renzo Dini 13.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007.1.330p. 2.v.

BOSON, Gerson de Britto Mello. **Direito internacional público**: o estado em direito das gentes. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 365p.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito internacional público**. Tradução de Maria Manuela Farrajota, Maria João Santos, Victor Richard Stockinger e Patrícia Galvão Teles. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 809 p.

CAMPOS, João de Mota (coord). **Organizações Internacionais – teoria geral**. Estudos monográficos das principais Organizações Internacionais de que Portugal é membro. Lisboa: Fundação Calouste gulbenkian, 1999. 733p.

SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos.**Direitos Humanos**: construção da liberdade e da igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998. 528p.

COGAN, Jacob Katz. Association of American Law Schools Panel on the Case Avena (México v. U.S.A.) – Arguments of United States, Co-Sponsored by the section on Immigration Law, International Human Rights an North American Cooperation – AASL Annual Meeting. Atlanta, GA. **German Law Journal**, [S.l] v.5, n.4, p.385-391, jan. 2004. Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/pdf/Vol05No04/PDF_Vol_05_No_04_385-391_European_Cogan.pdf>. Acesso em: 11 may 2008.

DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick; **Direito internacional público**. Tradução de Vítor Marques Coelho Lisboa: Serviço de Educação Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. 1230 p.

ESCARAMEIA, Paula V. C. **Colectânia de jurisprudência de direito internacional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. 263p.

FAUCHILLE, P. **Traité de Droit International Public**. Paris: Rousseau & cie, 1926. v.1: parte 3ª.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 189p.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 464p.

GARCIA-LOZANO, Soledad Torrecuadrada. El incumplimiento de las ordenanzas sobre medidas provisionales de la Corte Internacional de Justicia: el caso LaGrand. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. México D.F, ano XXXIII, n. 98, p 807-841, mayo-agosto 2000.

GOULART, Robson; SALES, Teresa. América país de imigrantes e as crescentes restrições aos imigrantes nos Estados Unidos. **Travessia – Revista do Migrante**. São Paulo, n.25, p.10-14, maio-ago. 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da (coord.). **O Direito Internacional no 3º milênio: estudos em homenagem ao professor Vicente Marota Rangel**. São Paulo: LTr., 1998. p. 834-857.

GUARDIA, Ernesto de la. Reflexiones jurídicos-diplomáticas sobre los grandes tratados codificados del Derecho Internacional. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da (coord.). **O Direito Internacional no 3º milênio: estudos em homenagem ao professor Vicente Marota Rangel**. São Paulo: LTr., 1998. p.339- 351.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio. **Racismo e anti-racismo no Brasil**. São Paulo: Editora 34, 1999.240p.

HALL, Stuart. **Das diásporas: identidade e mediações culturais**. Organização de Liv Sovik. Tradução de Adelaide La Guardia Resende. Belo Horizonte: Editora UFMG: representação da UNESCO no Brasil, 2003. 434 p.

HEKIMIAN, Leonardo Pablo. Evolución de la doctrina Revisión Judicial en los Estados Unidos de América – El conflicto con el poder Ejecutivo en la época del “New Deal”. Contribuciones, Buenos Aires, v.19, n.3, p.25-50, sept.2002.

HIGHAM, John. **Strangers in the Land: Patterns of American Nativism, 1860-1925**. New Brunswick: Rutgers University Press, 2002. 436p.

HOBBSBAWM, Eric. **Era dos extremos o breve século XX 1914-1991**. Tradução de Marcos Santarrita.Revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 598p.

HUNTINGTON, Samuel P. O desafio hipânico. **Política externa**, São Paulo: Paz e terra, v. 13, n.1, p. 39-58, jun-ago. 2004.

IANNI, Octavio. As ciências sociais na epoca da globalização. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v.13, n.37, p.33-41, Jun.1998.

JIMÉNEZ, Thomas. From Newcomers to Americans: an Integration Policy for a nation of imigrants. Immigration Policy in Focus; Vol. 5, issue 11. Abril 2007. Immigration Policy Center, a division of the American Immigration Law Foundation, Washington, DC.

JO, Hee Moon. **Introdução ao direito internacional**. São Paulo: LTr. 2000. 720p.

JOHNSON, Stanley P. **World population – Turning the tide, three decades of progress**. London ; Boston: Graham Trotman/Martinus Nijhoff, 1944. 387p.

KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicholas de B. Tradução de Sigrid Faulhaber Godolphin e Waldir da Costa Godolphin **Fundamentos políticos do direito internacional**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964. 383p.

KELSEN, Hans. **Derecho y Paz en las relaciones internacionales**. Traducción de Florencia Acosta. México D.F.: Fondo Cultural Económico México, 1996. 155p.

KYMLICA, Will. **Ciudadania Multicultural**. Traducción de Carme Castells Auleda. Barcelona: Paidós, 1996. 304p.

_____. **Multicultural Odysseys – Navigating the New International Politics of Diversity.** Oxford and New York: Oxford University Press, 2007. 320p.

LEE, Luke T. **Vienna convention on consular relations.** Leyden : Sijthoff, 1966. 315 p.

LEE, Luke T. J.D. e QUIGLEY, John. **Consular Law and Practice.** Second Edition. Oxford University Press, USA, 1991. 776p.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Raça e história.** Tradução de Inácia Canelas. Lisboa: Presença, 2004. 103 p.

MACINA, Alan. Avena and others Mexicans nationals: the limits for LaGrand and the future of consular rights in United States. **California Western International Law Journal**, [S.I] vol. 34, 2003, 115-143 p.

MARESCA, Adolfo. Traducción de Hermino Morelaes Fernandez. **Las relaciones consulares.** Madrid: Tolle, Lege Aguilar, 1974. 547p.

MARGOLIS, Maxime L. Na virada do milênio: a emigração brasileira para os Estados Unidos. In: MARTES, Ana Cristina Braga; FLEISCHER, Soraya Resende (org.). **Fronteiras Cruzadas: etnicidade, gênero e redes sociais.** São Paulo: Paz e Terra, 2003. p.51-72.

_____. Becoming Brazukas. Paper presented at Harvard Conference **What about Other Latinos?** 2002, Harvard University, Boston.

MARTES, Ana Cristina Braga. Raça etnicidade – opções e constrangimentos. In: MARTES, Ana Cristina Braga ; FLEISCHER, Soraya Resende (org.). **Fronteiras cruzadas: etnicidade, gênero e redes sociais.** São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 73-98.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Coletânea de Direito Internacional.** 2. ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2004. 896p.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público.** 13.ed..Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 2669p. 2.v.

MICHELL, Christopher. Perspectiva comparada sobre transnacionalismo entre imigrantes brasileiros nos Estados Unidos. In: MARTES, Ana Cristina Braga; FLEISCHER, Soraya Resende (org.). **Fronteiras Cruzadas: etnicidade, gênero e redes sociais.** São Paulo: Paz e Terra, 2003. p. 33-50

MORAES, Alexandre de. **Direitos fundamentais:** teoria geral, comentários aos artigos 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 320p.

NASCIMENTO E SILVA, G. E. do. **A convenção de Viena sobre relações diplomáticas.** 2. ed. Brasília, 1978. 387p.

_____. **Organização diplomática e consular brasileira.** Rio de Janeiro: D.A.S.P Serviço de Documentação, 1959.

PASSEL, Jeffery S. **Size and characteristics of the Unauthorized in the U.S.:** Estimates Based on the March 2005 Current Population Survey. Whashington D.C.: Pew Hispanic

Center, 2006. 23p. Disponível em :< <http://pewhispanic.org/files/reports/61.pdf>>. Acesso em: 15 sept.2008.

PATARRA, Neide Lopes. Migrações Internacionais de e para o Brasil Contemporâneo: volumes, fluxos, significados e políticas. **São Paulo em Perspectiva**, v.19, n.3, pp23-33, jul/set. 2005. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-88392005000300002&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 set.2008.

PEDERNEIRAS, Raul. **Direito Internacional Compendiado**. 13. ed. revisada e aumentada por Oscar Tenório. Rio de Janeiro: livraria Freitas Bastos S.A, 1965. 571p.

PLANTEY, Alain. **De la politique entre lês Etats**: principes de diplomatie.Paris: Edition A. Pedone, 1987. 416p.

PORTES, Alejandro e RUMBAUT, Rubén G. **Legacies**: The Story of the Immigrant Second Generation. Berkeley: University of California Press, 2001. 430p.

RANGEL, Vicente Marota. **Direito e Relações Internacionais / textos coligidos, ordenados e anotados (com prólogo) por Vicente Marota Rangel**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 774 p.

RAWLS, John. Tradução de Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 708p.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 403p.

RIDRUEJO. J. A. Pastor. **Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales**. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1999. 830p.

_____. **La jurisprudencia del tribunal Internacional de Justicia**, libro homenaje al profesor Legaz-Lacambra. Santiago de Compostela: 1960.

ROSEENE, Shabtai. The framework agreement as the basis for the jurisdiction of the International Court of justice and some Problems of language. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da (coord.). **O Direito Internacional no 3º milênio**: estudos em homenagem ao professor Vicente Marota Rangel. São Paulo: LTr., 1998. p.709-762.

ROUQUIÉ, Alain. **O extremo-Occidente introdução à América Latina**. Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1991. 360p.

SAMPSON, Robert J. Open Doors don't invite criminals. **New York Times**, New York, p. A27, 11mar.2006. .

_____.Rethinking crime and immigration. **Contexts**, [S.l] vol. 7, n.1, p.28-33, American Sociological Association, 2008. Disponível em: http://contexts.org/articles/files/2008/01/contexts_winter08_sampson.pdf. Acesso em: 11jan. 2009.

SANTA MARÍA, Paz Andrés Sáez de. Tribunal Internacional de justicia – Asunto relativo a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares – asunto LaGrand – (Alemania c. Estados Unidos de. América), **Revista Española de Derecho Internacional**, Madrid, vol.

LII, n.2, p395-408, jul– dic. 2000.

SCELLE, George. **Cours de Droit International Public**. 3. ed. Paris: Domat-Montchrestien, 1948. 413p.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Bauru: EDUSC, 1999.178p.

SOARES, Guido Fernando Silva. Origens e Justificativas da Imunidade de Jurisdição. In: **A Imunidade de Jurisdição e o Judiciário Brasileiro**. GARCIA, Márcio;MADRUGA FILHO, Antenor Pereira (Coord.). Brasília: CEDI, 2002. p. 25-75.

_____. **Curso de direito internacional**. São Paulo: Atlas S. A, 2002. 437p.

_____. **Órgãos dos estados nas relações internacionais**: Formas de Diplomacia e as Imunidades. Rio de Janeiro: Forense, 2001.260p.

STEPAN, Nancy Leys. **A hora da eugenia**: raça, gênero e nação na América Latina. Tradução de Paulo M. Garchet. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005. 228p.

STRENGER, Irineu. **Relações internacionais**. São Paulo: Ltr, 1988. 254p.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O direito Internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 1163 p.

VALLEJO, Manuel Diez de Vellasco. **Instituciones de derecho internacional público**. 20. ed. Madrid: Tecnos, 1999. 1023?p.

VIGNALI, Heber Arbuet. **Lecciones de derecho diplomático y consular**. .Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 1992. II Tomos.

YAMAMOTO, Toru. **Direito internacional e direito interno**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000. 271p.

DOCUMENTOS, RELATÓRIOS e ESTATÍSTICAS

AMERICAN COMMUNITY SURVEY, Thematic mapa m0501: “percent of people who are foreign born: 2006” Disponível em: <<http://www.factfinder.census.gov>>. Acesso em: 15 sept.2008.

ANISTIA INTERNACIONAL:AMR 51/106/2001/S, **Estados Unidos de América: es el momento de actuar**. Hay que proteger los derechos consulares de los ciudadanos extranjeros que afrontan la pena de muerte. Agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/amr51/106/2001/es/4bd5ceea-d905-11dd-ad8c-f3d4445c118e/amr511062001es.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2007.

CASO AVENA E OUTROS NACIONAIS MEXICANOS (MÉXICO V. ESTADOS UNIDOS), Corte Internacional de Justiça. 2003/2004. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=18&case=128&code=mus&p3=4>>. Acesso em:10

jan.2008.

CASO CANAL CORFU (REINO UNIDO V. ALBÂNIA), Corte Internacional de Justiça, 1947/1949. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=cd&case=1&code=cc&p3=4>>. Acesso em: 21 mar. 2008.

CASO SOBRE A FÁBRICA EM CHORZÓW – case concerning the Factory at Chorzów – claim for indemnity/jurisdiction (ALEMANHA V. POLÔNIA), 1927. P.C.I.J., Series A, n.9. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2008.

CASO CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE RELAÇÕES CONSULARES (PARAGUAI V. ESTADOS UNIDOS), Corte Internacional de Justiça, 1998. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=paus&case=99&k=08>> Acesso em 10 jan.2008.

CASO LAGRAND (ALEMANHA V. ESTADOS UNIDOS), Corte Internacional de Justiça, 1999/2001. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=04&case=104&code=gus&p3=4>>. Acesso em: 10 jan.2008.

DEATH PENALTY INFORMATION CENTER. Foreign Nationals and the Death Penalty in the US. Disponível em: <<http://www.deathpenaltyinfo.org/foreign-nationals-and-death-penalty-us>>. Acesso em: 3 mar. 2009.

MEDELLÍN VS. TEXAS, Tribunal do Texas 128 S. Ct. 1346 (2008). Disponível em: <<http://www.debevoise.com/vccr/>>. Acesso em: 10 dec. 2008.

Ex parte Medellín, n.º 50, Tex. Crim. App. Outubro 3, 2001. Disponível em: <<http://www.debevoise.com/vccr/>>. Acesso em: 2 feb. 2008.

Ex parte Medellín, 223, S.W. 3d 315, Tex. Crim. App. (2006). Disponível em: <<http://www.debevoise.com/vccr/>>. Acesso em: 2 feb. 2008.

MEDELLÍN VS. DRETKE, 543 U.S. 1032 (2004). Disponível em: <<http://www.debevoise.com/vccr/>>. Acesso em: 2 feb. 2008.

MEDELLÍN VS. DRETKE, 544 U.S. 660 (2005). Disponível em: <<http://www.debevoise.com/vccr/>>. Acesso em: 2 feb. 2008.

ESTIMATIVAS DO CONSEJO NACIONAL DE POBLACIÓN – CONAPO com base em Bureau of Census, Current Population Survey (CPS), de março de 2003. **Población residente en Estados Unidos por diversas características demográficas, según región de nacimiento, 2003.** Disponível em: <http://www.conapo.gob.mx/mig_int/series/030102.xls>. Acesso em: 15 oct.2008.

ESTIMATIVAS DO CONSEJO NACIONAL DE POBLACIÓN – CONAPO com base em INEGI, Encuesta Nacional de Empleo (ENE) módulo sobre migración, 2002. **Migración a Estados Unidos por características sociodemográficas, según migrantes de retorno y migrantes a Estados Unidos durante el quinquenio, 1997 – 2002.** Disponível em: <http://www.conapo.gob.mx/mig_int/series/070403.xls>. Acesso em: 15 oct.2008.

INFORME DO RELATOR ESPECIAL. Sr. Bacre Waly Ndiaye ao Conselho Econômico e Social sobre as questões da violação dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais em qualquer lugar do mundo, especialmente nos países e territórios colônias e dependentes. E/CN.4/1998/68/Add. 3 a 22 janeiro de 1998. Disponível em: http://www.extrajudicialexecutions.org/reports/E_CN_4_1998_68_Add_3.pdf. Acesso em: 7 nov. 2008.

OPINIÃO CONSULTIVA OC-16/99 de 1 de outubro de 1999 da Corte Interamericana de Direitos Humanos solicitada pelos Estados Unidos Mexicanos. El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Documento da Corte Interamericana de Direitos Humanos / OEA. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/A/OC-16espanolsinfirmas.html>> Acesso em: 7 jan. 2008.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Comunicado de imprensa n.º 17/00, Washington, D.C., 13 de nov. 2000. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2000/comunicado17-00.html>> Acesso em: 8 jan. 2007.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE RELAÇÕES CONSULARES, assinada a 24/04/1963 e promulgada pelo Dec. 61.078 de 26/06/1967. In: RANGEL, Vicente Marota. **Direito e Relações Internacionais / textos coligidos, ordenados e anotados (com prólogo) por Vicente Marota Rangel**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.251-287.

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE RELAÇÕES DIPLOMÁTICAS, assinada 18/04/1961, promulgada pelo Dec. 56.435 de 08/06/1995. In: RANGEL, Vicente Marota. **Direito e Relações Internacionais / textos coligidos, ordenados e anotados (com prólogo) por Vicente Marota Rangel**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.233-250.

OPINIÃO INDIVIDUAL NO CASO DO CANAL DE CORFÚ, CIJ, Recueil, 1949. Disponível em < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=cd&case=1&code=cc&p3=4>>. Acesso em: 17 nov.2007.

PEDIDO DE INTERPRETAÇÃO DA SENTENÇA DE 31 DE MARÇO DE 2004 DO CASO AVENA E OUTROS NACIONAIS MEXICANOS (MÉXICO V. ESTADOS UNIDOS), (MÉXICO V. ESTADOS UNIDOS), Corte Internacional de Justiça, 2008/2009. Disponível em < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=11&case=139&code=musa&p3=4>>. Acesso em: 7 fev. 2009.

PEW HISPANIC CENTER TABULATIONS OF THE CENSUS BUREAU'S 2006 AMERICAN COMMUNITY SURVEY – ACSt). Data tabulations: Felisa Gonzáles. Fonte: A fonte específica dos dados para essa pesquisa são 1% de mostras do 2006 ACS Integrated Public Use Microdata Series (IPUMS) e 5% das mostras do 2000 Census IPUMS originário da University of Minnesota. Tabela 1. Disponível em < <http://pewhispanic.org/factsheets/factsheet.php?FactsheetID=35> >. Acesso em: 15 oct. 2008.

PEW HISPANIC CENTER TABULATIONS OF THE CENSUS BUREAU'S 2007 AMERICAN COMMUNITY SURVEY – ACSt). Data tabulations: Steven Ruggles, Matthew Sobek, Trent Alexander, Catherine A. Fitch, Ronald Goeken, Patricia Kelly Hall, Miriam

King, and Chad Ronnander. Fonte: A fonte específica dos dados para essa pesquisa são 1% de mostras do 2007 ACS Integrated Public Use Microdata Series (IPUMS) e 5% das mostras do 2000 Census IPUMS originário da University of Minnesota. Tabela 5. Disponível em <http://pewhispanic.org/files/factsheets/foreignborn2007/table%205.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2009.

PROJETO DE LEI “AVENA CASE IMPLEMENTATION ACT OF 2008” (H.R. 6481), Congresso Nacional dos Estados Unidos (apresentada pelo Sr. Berman e Zoe Lofgren pela Califórnia), 2ª sessão do dia 14 de julho de 2008. Disponível em: <<http://standdown.typepad.com/weblog/2008/07/medellin-congre.html>>. Acesso em: 5 jan.2009.

PROTOCOLO OPCIONAL PARA A CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE RELAÇÕES CONSULARES RELATIVO A SOLUÇÃO COMPULSÓRIAS DE DISPUTAS, assinado a 24/04/1963. Disponível em: <<http://www.un.org/law/ilc/texts/consul.htm>> Acesso em: 17 nov.2007.

RESOLUÇÃO 1717 Direitos Humanos de todos os trabalhadores migratórios de sua família. 05/06/2000. OEA, AG/RES/.1717 (XXX-0/00). Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/english/agres_1717_xxxo00.htm> Acesso em: 17 nov.2007.

RESOLUÇÃO 2001/68 questão da pena de morte. 25/04/2001. E/CN.4/RES/2001/68, 25 de abril de 2001. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/E/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2001-68.doc>. Acesso em: 10 mar. 2008.

RESOLUÇÃO 55 Proteção aos imigrantes. 26/02/2001. A/RES/55/92, 26 fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy_and_research/un/55/A_RES_55_92_en.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2008.

RESOLUÇÃO 685 (VII) REQUERIMENTO À COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL PARA QUE DÊ PRIORIDADE À CODIFICAÇÃO DO TEMA “IMUNIDADES E COMUNICAÇÕES DIPLOMÁTICAS”. 5/12/1952 no 400º Encontro Plenário (Assembleia Geral). Disponível em: <<http://daccess-ods.un.org/TMP/245507.6.html>>. Acesso em: 3 maio 2008.

RESOLUÇÃO 9 (1946). 15/10/1946. 76º Encontro (Conselho de Segurança). Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/036/72/IMG/NR003672.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 3 out. 2007.

REVISIONS TO THE STANDARDS FOR THE CLASSIFICATION OF FEDERAL DATA ON RACE AND ETHNICITY – FEDERAL OFFICE OF MANAGEMENT AND BUDGET (Federal Register Notice of October 30, 1997). Disponível em:<<http://www.whitehouse.gov/omb/fedreg/1997standards.html>>. Acesso em: 17 nov.2007.

STATE VS.MEDELLIN, sentença n.º 675430, Tex. 339th Dist. Ct. Oct. 11, 1994. Disponível em: <<http://www.debevoise.com/vccr/>>. Acesso em: 2 feb. 2008.

TRATADO GUADALUPE HIDALGO, entre a República Mexicana e os Estados Unidos da América. Assinado em 2 de fevereiro de 1848. Disponível em: <<http://secretariaacademica.com.ar/16%20galderisi/archivos/Mexico%20y%20Estados%20U>>

nidos%20(Tratado%20Guadalupe%20Hidalgo)%20-%2016%20B.doc>. Acesso em: 2 nov. 2009.

ANEXO A – Convenção de Viena sobre Relações Consulares

Presidência da República Subchefia para Assuntos Jurídicos

DECRETO Nº 61.078, DE 26 DE JULHO DE 1967.

Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, HAVENDO o CONGRESSO NACIONAL aprovado pelo Decreto Legislativo número 6, de 1967, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, assinada nessa cidade, a 24 de abril de 1963; E HAVENDO a referida Convenção entrado em vigor para o Brasil, de conformidade com seu artigo 77, parágrafo 2º a 10 de junho de 1967, isto é, trinta dias após o depósito do instrumento brasileiro de ratificação junto ao Secretário-Geral, das Nações Unidas realizado a 11 de maio de 1967;

DECRETA que a mesma, apensa por cópia ao presente Decreto, seja executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Brasília, 26 de julho de 1967; 146º da Independência e 79º da República.

A. COSTA E SILVA
JOSÉ DE MAGALHÃES PINTO

Este texto não substitui o publicado no DOU de 28.7.1967

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE RELAÇÕES CONSULARES

Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

Os Estados Partes na presente Convenção, Considerando que, desde tempos remotos, se estabeleceram relações consulares entre os povos, Conscientes dos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas relativos à igualdade soberana dos Estados, à manutenção da paz e da segurança internacionais e ao desenvolvimento das relações de amizade entre as nações, Considerando que a Conferência das Nações Unidas sobre as Relações e Imunidades Diplomáticas adotou a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, que foi aberta à assinatura no dia 18 de abril de 1961,

Persuadidos de que uma convenção internacional sobre as relações, privilégios e imunidades consulares contribuiria também para o desenvolvimento de relações amistosas entre os países, independentemente de seus regimes constitucionais e sociais, Convencidos de que a finalidade de tais privilégios e imunidades não é beneficiar indivíduos, mas assegurar o eficaz desempenho das funções das repartições consulares, em nome de seus respectivos Estados,

Afirmando que as normas de direito consuetudinário internacional devem continuar regendo as questões que não tenham sido expressamente reguladas pelas disposições da presente convenção, Convieram no seguinte:

ARTIGO 1º

Definições

1. Para os fins da presente Convenção, as expressões abaixo devem ser entendidas como a seguir se explica:

- a) por "repartição consular", todo consulado geral, consulado, vice-consulado ou agência consular;
- b) por "jurisdição consular" o território atribuído a uma repartição consular para o exercício das funções consulares;
- c) por "chefe de repartição consular", a pessoa encarregada de agir nessa qualidade;
- d) por "funcionário consular", toda pessoa, inclusive o chefe da repartição consular, encarregada nesta qualidade do exercício de funções consulares;
- e) por "empregado consular", toda pessoa empregada nos serviços administrativos ou técnicos de uma repartição consular;
- f) por "membro do pessoal de serviço", toda pessoa empregada no serviço doméstico de uma repartição consular;
- g) por "membro da repartição consular", os funcionários consulares empregados consulares e membros do pessoal de serviço;
- h) por "membros do pessoal consular", os funcionários consulares, com exceção do chefe da repartição consular, os empregados consulares e os membros do pessoal de serviço;
- i) por "membro do pessoal privado", a pessoa empregada exclusivamente no serviço particular de um membro da repartição consular;
- j) por "locais consulares", os edifícios, ou parte dos edifícios, e terrenos anexos, que qualquer que, seja seu proprietário, sejam utilizados exclusivamente para as finalidades da repartição consular;
- k) por "arquivos consulares", todos os papéis, documentos, correspondência, livros, filmes, fitas magnéticas e registros da repartição consular, bem como as cifras e os códigos, os fichários e os móveis destinados a protegê-los e conservá-los.

2. Existem duas categorias de funcionários consulares: os funcionários consulares de carreira e os funcionários consulares honorários. As disposições do capítulo II da presente Convenção aplicam-se às repartições consulares dirigidas por funcionários consulares de carreira; as disposições do capítulo III aplicam-se às repartições consulares dirigidas por funcionários consulares honorários.

3. A situação peculiar dos membros das repartições consulares que são nacionais ou residentes permanentes do Estado receptor rege-se pelo artigo 71 da presente Convenção.

Capítulo PRIMEIRO

As relações Consulares em Geral

Seção I

Estabelecimento e Exercício das Relações Consulares

ARTIGO 2º

Estabelecimento das Relações Consulares

1. O estabelecimento de relações consulares entre Estados far-se-á por consentimento mútuo.

2. O consentimento dado para o estabelecimento de relações diplomáticas entre os dois Estados implicará, salvo indicação em contrário, no consentimento para o estabelecimento de relações consulares.

3. A ruptura das relações diplomáticas não acarretará *ipsó facto* a ruptura das relações consulares.

ARTIGO 3º

Exercício das funções consulares

As funções consulares serão exercidas por repartições consulares. Serão também exercidas por missões diplomáticas de conformidade com as disposições da presente Convenção.

ARTIGO 4º

Estabelecimento de uma repartição consular

1. Uma repartição consular não pode ser estabelecida no território do Estado receptor sem seu consentimento.

2. A sede da repartição consular, sua classe e a jurisdição consular serão fixadas pelo Estado que envia e submetidas à aprovação do Estado receptor.

3. O Estado que envia não poderá modificar posteriormente a sede da repartição consular, sua classe ou sua jurisdição consular, sem o consentimento do Estado receptor.

4. Também será necessário o consentimento do Estado receptor se um consulado geral ou consulado desejar abrir em vice-consulado ou uma agência consular numa localidade diferente daquela onde se situa a própria repartição consular.

5. Não se poderá abrir fora da sede da repartição consular uma dependência que dela faça parte, sem haver obtido previamente o consentimento expresso do Estado receptor.

ARTIGO 5º

Funções Consulares

As funções consulares consistem em:

a) proteger, no Estado receptor, os interesses do Estado que envia e de seus nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, dentro dos limites permitidos pelo direito internacional;

b) fomentar o desenvolvimento das relações comerciais, econômicas, culturais e científicas entre o Estado que envia o Estado receptor e promover ainda relações amistosas entre eles, de conformidade com as disposições da presente Convenção;

c) informar-se, por todos os meios lícitos, das condições e da evolução da vida comercial, econômica, cultural e científica do Estado receptor, informar a respeito o governo do Estado que envia e fornecer dados às pessoas interessadas;

d) expedir passaporte e documentos de viagem aos nacionais do Estado que envia, bem como visto e documentos apropriados às pessoas que desejarem viajar para o referido Estado;

e) prestar ajuda e assistência aos nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, do Estado que envia;

f) agir na qualidade de notário e oficial de registro civil, exercer funções similares, assim como outras de caráter administrativo, sempre que não contrariem as leis e regulamentos do Estado receptor;

g) resguardar, de acôrdo com as leis e regulamentos do Estado receptor, os intêrresses dos nacionais do Estado que envia, pessoas físicas ou jurídicas, nos casos de sucessão por morte verificada no território do Estado receptor;

h) resguardar, nos limites fixados pelas leis e regulamentos do Estado receptor, os intêrresses dos menores e dos incapazes, nacionais do país que envia, particularmente quando para eles fôr requerida a instituição de tutela ou curatela;

i) representar os nacionais do país que envia e tomar as medidas convenientes para sua representação perante os tribunais e outras autoridades do Estado receptor, de conformidade com a prática e os procedimentos em vigor neste último, visando conseguir, de acôrdo com as leis e regulamentos do mesmo, a adoção de medidas provisórias para a salvaguarda dos direitos e intêrresses dêstes nacionais, quando, por estarem ausentes ou por qualquer outra causa, não possam os mesmos defendê-los em tempo útil;

j) comunicar decisões judiciais e extrajudiciais e executar comissões rogatórias de conformidade com os acôrdos internacionais em vigor, ou, em sua falta, de qualquer outra maneira compatível com as leis e regulamentos do Estado receptor;

k) exercer, de conformidade com as leis e regulamentos do Estado que envia, os direitos de contrôlê e de inspeção sôbre as embarcações que tenham a nacionalidade do Estado que envia, e sôbre as aeronaves nêle matriculadas, bem como sôbre suas tripulações;

l) prestar assistência às embarcações e aeronaves a que se refere a alínea k do presente artigo e também às tripulações; receber as declarações sôbre as viagens dessas embarcações examinar e visar os documentos de bordo e, sem prejuízo dos poderes das autoridades do Estado receptor, abrir inquéritos sôbre os incidentes ocorridos durante a travessia e resolver todo tipo de litígio que possa surgir entre o capitão, os oficiais e os marinheiros, sempre que autorizado pelas leis e regulamentos do Estado que envia;

m) exercer tôdas as demais funções confiadas à repartição consular pelo Estado que envia, as quais não sejam proibidas pelas leis e regulamentos do Estado receptor, ou às quais este não se oponha, ou ainda as que lhe sejam atribuídas pelos acôrdos internacionais em vigor entre o Estado que envia e o Estado receptor.

ARTIGO 6º

Exercício de funções consulares fora da jurisdição consular

Em circunstâncias especiais, o funcionário consular poderá, com o consentimento do Estado receptor, exercer suas funções fora de sua jurisdição consular.

ARTIGO 7º

Exercício de funções consulares em Terceiros Estados

O Estado que envia poderá, depois de notificação aos Estados interessados, e a não ser que um deles isso se opuser expressamente, encarregar uma repartição consular estabelecida em um Estado do exercício de funções consulares em outro Estado.

ARTIGO 8º

Exercício de funções consulares por conta de terceiro Estado

Uma repartição consular do Estado que envia poderá, depois da notificação competente ao Estado receptor e sempre que êste não se opuser, exercer funções consulares por conta de um terceiro Estado.

ARTIGO 9º

Categorias de chefes de repartição consular

1. Os chefes de repartição consular se dividem em quatro categorias, a saber:

- a) cônsules-gerais
- b) cônsules;
- c) vice-cônsules;
- d) agentes consulares;

2. O parágrafo 1 d'este artigo não limitará, de modo algum, o direito de qualquer das Partes Contratantes de fixar a denominação dos funcionários consulares que não forem chefes de repartição consular.

ARTIGO 10º

Nomeação e admissão dos chefes de repartição consular

1. Os Chefes de repartição consular serão nomeados pelo Estado que envia e serão admitidos ao exercício de suas funções pelo Estado receptor.

2. Sem prejuízo das disposições desta Convenção, as modalidades de nomeação e admissão do chefe de repartição consular serão determinadas pelas leis, regulamentos e práticas do Estado que envia e do Estado receptor, respectivamente.

ARTIGO 11º

Carta-patente ou notificação da nomeação

1. O chefe da repartição consular será munido, pelo Estado que envia, de um documento, sob a forma de carta-patente ou instrumento similar, feito para cada nomeação, que ateste sua qualidade e que indique, como regra geral, seu nome completo, sua classe e categoria, a jurisdição consular e a sede da repartição consular.

2. O Estado que envia transmitirá a carta-patente ou instrumento similar, por via diplomática ou outra via apropriada, ao Governo do Estado em cujo território o chefe da repartição consular irá exercer suas funções.

3. Se o Estado receptor o aceitar, o Estado que envia poderá substituir a carta-patente ou instrumento similar por uma notificação que contenha as indicações referidas no parágrafo 1 do presente artigo.

ARTIGO 12º

Exequatur

1. O Chefe da repartição consular será admitido no exercício de suas funções por uma autorização do Estado receptor denominada "exequatur", qualquer que seja a forma dessa autorização.

2. O Estado que negar a concessão de um exequatur não estará obrigado a comunicar ao Estado que envia os motivos dessa recusa.

3. Se prejuízo das disposições dos artigos 13 e 15, o chefe da repartição consular não poderá iniciar suas funções antes de ter recebido o exequatur.

ARTIGO 13º

Admissão provisória do chefe da repartição consular

Até que lhe tenha sido concedido o exequatur, o chefe da repartição consular poderá ser admitido provisoriamente no exercício de suas funções. Neste caso, ser-lhe-ão aplicáveis as disposições da presente Convenção.

ARTIGO 14º

Notificação às autoridades da jurisdição consular

Logo que o chefe da repartição consular fôr admitido, ainda que provisoriamente, no exercício de suas funções, o Estado receptor notificará imediatamente às autoridades competentes da jurisdição consular.

Estará também obrigado a cuidar de que sejam tomadas as medidas necessárias a fim de que o chefe da repartição consular possa cumprir os deveres de seu cargo e beneficiar-se do tratamento previsto pelas disposições da presente Convenção.

ARTIGO 15º

Exercício a título temporário das funções de chefe da repartição consular

1. Se o chefe da repartição consular não puder exercer suas funções ou se seu lugar fôr considerado vago, um chefe interino poderá atuar, provisoriamente, como tal.

2. O nome completo do chefe interino será comunicado ao Ministério das Relações Exteriores do Estado receptor ou à autoridade designada por êsse Ministério, quer pela missão diplomática do Estado que envia, quer, na falta de missão diplomática do Estado que envia no Estado receptor, pelo chefe da repartição consular, ou, se êste não puder fazer, por qualquer autoridade competente do Estado que envia. Como regra geral, esta notificação deverá ser feita previamente. O Estado receptor poderá sujeitar à sua aprovação a admissão, como chefe interino, de pessoa que não fôr nem agente diplomático nem funcionário consular do Estado que envia no Estado receptor.

3. As autoridades competentes do Estado receptor deverão prestar assistência e proteção ao chefe interino da repartição. Durante sua gestão as disposições da presente Convenção lhe serão aplicáveis como o seriam com referência ao chefe da repartição consular interessada. O Estado receptor, entretanto, não será obrigado a conceder a um chefe interino as facilidades, privilégios e imunidades de que goze o titular, caso não esteja aquêle nas mesmas condições que preenche o titular.

4. Quando, nas condições previstas no parágrafo 1 do presente artigo, um membro do pessoal diplomático da representação diplomática do Estado que envia no Estado receptor fôr nomeado chefe interino de repartição consular pelo Estado que envia, continuará a gozar dos privilégios e imunidades diplomáticas, se o Estado receptor a isso não se opuser.

ARTIGO 16º

Precedência entre os chefes de repartições consulares

1. A ordem de precedência dos chefes de repartição consular será estabelecida, em cada classe, em função da data da concessão do exequatur.

2. Se, entretanto, o chefe da repartição consular fôr admitido provisoriamente no exercício de suas funções antes de obter de precedência; esta ordem será mantida após a concessão do exequatur.

3. A ordem de precedência entre dois ou mais chefes de repartição consular, que obtiveram na mesma data o exequatur ou admissão provisória, será determinada pela data da apresentação ao Estado receptor de suas cartas-patentes ou instrumentos similares ou das notificações previstas no parágrafo 3 do artigo 11.

4. Os chefes interinos virão, na ordem de precedência, após todos os chefes de repartição consular. Entre eles, a precedência será determinada pelas datas em que assumirem suas funções como chefes interinos, as quais tenham sido indicadas nas notificações previstas no parágrafo 2 do artigo 15.

5. Os funcionários consulares honorários que forem chefes de repartição consular virão, na ordem de precedência, em cada classe, após os de carreira, de conformidade com a ordem e as normas estabelecidas nos parágrafos precedentes.

6. Os chefes de repartição consular terão precedência sobre os funcionários consulares que não tenham tal qualidade.

ARTIGO 17º

Prática de atos diplomáticos por funcionários consulares

1. Num Estado em que o Estado que envia não tiver missão diplomática e não estiver representado pela de um terceiro Estado, um funcionário consular poderá ser incumbido, com o consentimento do Estado receptor, e sem prejuízo de seu status consular, de praticar atos diplomáticos. A prática desses atos por um funcionário consular não lhe dará direito a privilégios e imunidades diplomáticas.

2. Um funcionário consular poderá, após notificação ao Estado receptor, atuar como representante do Estado que envia junto a qualquer organização intergovernamental. No desempenho dessas funções, terá direito a todos os privilégios e imunidades que o direito internacional consuetudinário ou os acordos internacionais concedam aos representantes junto a organizações intergovernamentais; entretanto, no desempenho de qualquer função consular, não terá direito a imunidade de jurisdição maior do que a reconhecida a funcionários consulares em virtude da presente Convenção.

ARTIGO 18º

Nomeação da mesma pessoa, como funcionário consular, por dois ou mais Estados.

1. Dois ou mais Estados poderão, com o consentimento do Estado receptor, nomear a mesma pessoa como funcionário consular nesse Estado.

ARTIGO 19º

Nomeação de membros do pessoal consular

1. Respeitadas as disposições dos artigos 20, 22 e 23, o Estado que envia poderá nomear livremente os membros do pessoal consular.

2. O Estado que envia comunicará ao Estado receptor o nome completo, a classe e a categoria de todos os funcionários consulares, com exceção do chefe de repartição consular, com a devida antecedência para que o Estado receptor, se a desejar, possa exercer os direitos que lhe confere o parágrafo 3 artigo 23.

3. O Estado que envia poderá, se suas leis e regulamentos o exigirem, pedir ao Estado receptor a concessão de exequatur para um funcionário consular que não fôr chefe de repartição consular.

4. O Estado receptor poderá, se suas leis e regulamentos o exigirem, conceder exequatur a um funcionário consular que não fôr chefe de repartição consular.

ARTIGO 20º

Número de membros da repartição consular

Na ausência de acôrdo expresso sôbre o número de membros da repartição consular, o Estado receptor poderá exigir que êste número seja mantido nos limites do que considera razoável e normal, segundo as circunstâncias e condições da jurisdição consular e as necessidades da repartição consular em apreço.

ARTIGO 21º

Precedência entre as funcionários consulares de uma repartição consular.

A ordem de precedência entre os funcionários consulares de uma repartição consular e quaisquer modificações a mesma serão comunicadas ao Ministério das Relações Exteriores do Estado receptor, ou à autoridade indicada por êste Ministério, pela missão diplomática do Estado que envia ou, na falta de tal missão no Estado receptor, pelo chefe da repartição consular.

ARTIGO 22º

Nacionalidade dos funcionários consulares.

1. Os funcionários consulares deverão, em princípio, ter a nacionalidade do Estado que envia.
2. Os funcionários consulares só poderão ser escolhidos dentre os nacionais do Estado receptor com o consentimento expresso dêsse Estado o qual poderá retirá-lo a qualquer momento.
3. O Estado receptor poderá reservar-se o mesmo direito em relação aos nacionais de um terceiro Estado que não forem também nacionais do Estado que envia.

ARTIGO 23º

Funcionário declarado "persona non grata".

1. O Estado receptor poderá a qualquer momento notificar ao Estado que envia que um funcionário consular é "persona non grata" ou que qualquer outro membro da repartição consular não é aceitável.

Nestas circunstâncias, o Estado que envia, conforme o caso, ou retirará a referida pessoa ou porá termo a suas funções nessa repartição consular.

2. Se o Estado que envia negar-se a executar, ou não executar num prazo razoável, as obrigações que lhe incumbem nos termos do parágrafo 1º do presente artigo, o Estado receptor poderá, conforme o caso, retirar o exequatur a pessoa referida ou deixar de considerá-la como membro do pessoal consular.

3. Uma pessoa nomeada membro de uma repartição consular poderá ser declarada inaceitável antes de chegar ao território do Estado receptor ou se aí já estiver antes de assumir suas funções na repartição consular. O Estado que envia deverá, em qualquer dos casos, retirar a nomeação.

4. Nos casos mencionados nos parágrafos 1º e 3º do presente artigo, o Estado receptor não é obrigado a comunicar ao Estado que envia os motivos da sua decisão.

ARTIGO 24º

Notificação ao Estado receptor das nomeações, chegadas e partidas

1. O Ministério das Relações Exteriores do Estado receptor, ou a autoridade indicada por êste Ministério será notificado de:

a) a nomeação dos membros de uma repartição consular, sua chegada após a nomeação para a mesma sua partida definitiva ou a cessação de suas funções, bem como de quaisquer outras modificações que afetem seu status, ocorridas durante o tempo em que servir na repartição consular;

b) a chegada e a partida definitiva de uma pessoa da família de um membro da repartição consular que com ele viva, e, quando fôr o caso, o fato de uma pessoa se tornar, ou deixar de ser membro da família;

c) a chegada e a partida definitiva dos membros do pessoal privado e quando fôr o caso, o término de seus serviços nessa qualidade;

d) a contratação e a dispensa de pessoas residentes no Estado receptor, seja na qualidade de membros da repartição consular ou de membros do pessoal privado, que tiverem direito a privilégios e imunidades.

2. a chegada e a partida definitiva serão notificadas igualmente com antecedência, sempre que possível.

SEÇÃO II

Término das funções consulares

ARTIGO 25º

Término das funções de um membro da repartição consular As funções de um membro da repartição terminam inter alia:

a) pela notificação do Estado que envia ao Estado receptor de suas funções chegaram ao fim;

b) pela retirada do exequatur;

c) pela notificação do Estado receptor ao Estado que envia de que deixou de considerar a pessoa em aprêço como membro do pessoal consular.

ARTIGO 26º

Partida do território do Estado receptor

O Estado receptor deverá, mesmo no caso de conflito armado, conceder aos membros da repartição consular e aos membros do pessoal privado, que não forem nacionais do Estado receptor, assim como aos seus membros de suas famílias que com eles vivam, qualquer que seja sua nacionalidade o tempo e as facilidades necessárias para preparar sua partida e deixar o território o mais cedo possível depois do término das suas funções. Deverá, especialmente, se fôr o caso pôr a sua disposição os meios de transporte necessários para essas pessoas e seus bens, exceto os bens adquiridos no Estado receptor e cuja exportação estiver proibida no momento da saída.

ARTIGO 27º

Proteção dos locais e arquivos consulares e dos interesses do Estado que envia em circunstâncias excepcionais.

1. No caso de rompimento das relações consulares entre dois Estados:

a) o Estado receptor ficará obrigado a respeitar e proteger, inclusive em caso de conflito armado, os locais consulares, os bens da repartição consular e seus arquivos;

b) o Estado que envia poderá confiar a custódia dos locais consulares, dos bens que aí se achem e dos arquivos consulares, a um terceiro Estado aceitável ao Estado receptor;

c) o Estado que envia poderá confiar a proteção de seus interesses e dos interesses de seus nacionais a um terceiro Estado aceitável pelo Estado receptor.

2. No caso de fechamento temporário ou definitivo de uma repartição consular, aplicar-se-ão as disposições da alínea a do parágrafo 1 do presente artigo.

Além disso:

a) se o Estado que envia, ainda que não estiver representado no Estado receptor por uma missão diplomática, tiver outra repartição consular no território do Estado receptor, esta poderá encarregar-se da custódia dos locais consulares que tenham sido fechados, dos bens que neles se encontrem e dos arquivos consulares e, com o consentimento do Estado receptor, do exercício das funções consulares na jurisdição da referida repartição consular; ou,

b) se o Estado que envia não tiver missão diplomática nem outra repartição consular no Estado receptor, aplicar-se-ão as disposições das alíneas b e c do parágrafo 1 deste artigo.

CAPÍTULO II

Facilidades, privilégios e imunidades relativas às repartições consulares, aos funcionários consulares de carreira e a outros membros da repartição consular.

SEÇÃO I

Facilidades, privilégios e imunidades relativas às repartições consulares

ARTIGO 28º

Facilidades concedidas à repartição consular em suas atividades

O Estado receptor concederá todas as facilidades para o exercício das funções da repartição consular.

ARTIGO 29º

Uso da bandeira e escudo nacionais

1. O Estado que envia terá direito a atualizar sua bandeira e escudo nacionais no Estado receptor, de acordo com as disposições do presente artigo.

2. O Estado que envia poderá içar sua bandeira nacional e colocar seu escudo no edifício ocupado pela repartição consular, à porta de entrada, assim como na residência do chefe da repartição consular e em seus meios de transporte, quando estes forem utilizados em serviços oficiais.

3. No exercício do direito reconhecido pelo presente artigo, levar-se-ão em conta as leis os regulamentos e usos do Estado receptor.

ARTIGO 30º

Acomodações

1. O Estado receptor deverá facilitar, de acordo com suas leis e regulamentos, a aquisição, em seu território, pelo Estado que envia, de acomodações necessárias à repartição consular, ou ajudá-la a obter acomodações de outra maneira.

2. Deverá igualmente ajudar, quando necessário, a repartição consular a obter acomodações convenientes para seus membros.

ARTIGO 31º

Inviolabilidade dos locais consulares

1. Os locais consulares serão invioláveis na medida do previsto pelo presente artigo.

2. As autoridades do Estado receptor não poderão penetrar na parte dos locais consulares que a repartição consular utilizar exclusivamente para as necessidades de seu trabalho, a não ser com o consentimento do chefe da repartição consular, da pessoa por ele designada ou do chefe da missão diplomática do Estado que envia. Todavia, o consentimento do chefe da repartição consular poderá ser presumido em caso de incêndio ou outro sinistro que exija medidas de proteção imediata.

3. Sem prejuízo das disposições do parágrafo 2 do presente artigo, o Estado receptor terá a obrigação especial de tomar as medidas apropriadas para proteger os locais consulares contra qualquer invasão ou dano, bem como para impedir que se perturbe a tranquilidade da repartição consular ou se atente contra sua dignidade.

4. Os locais consulares, seus móveis, os bens da repartição consular e seus meios de transporte não poderão ser objeto de qualquer forma de requisição para fins de defesa nacional ou de utilidade pública.

Se, para tais fins, fôr necessária a desapropriação, tomar-se-ão as medidas apropriadas para que não se perturbe o exercício das funções consulares, e pagar-se-á ao Estado que envia uma indenização rápida, adequada e efetiva.

ARTIGO 32º

Isenção fiscal dos locais consulares

1. Os locais consulares e a residência do chefe da repartição consular de carreira de que fôr proprietário o Estado que envia ou pessoa que atue em seu nome, estarão isentos de quaisquer impostos e taxas nacionais, regionais e municipais, excetuadas as taxas cobradas em pagamento de serviços específicos prestados.

2. A isenção fiscal prevista no parágrafo 1 do presente artigo não se aplica aos mesmos impostos e taxas que, de acordo com as leis e regulamentos do Estado receptor, devam ser pagos pela pessoa que contratou com o Estado que envia ou com a pessoa que atue em seu nome.

ARTIGO 33º

Inviolabilidade dos arquivos e documentos consulares

Os arquivos e documentos consulares serão sempre invioláveis, onde quer que estejam.

ARTIGO 34º

Liberdade de movimento Sem prejuízo de suas leis e regulamentos relativos às zonas cujo acesso fôr proibido ou limitado por razões de segurança nacional, o Estado receptor assegurará a liberdade de movimento e circulação em seu território a todos os membros da repartição consular.

ARTIGO 35º

Liberdade de comunicação

1. O Estado receptor permitirá e protegerá a liberdade de comunicação da repartição consular para todos os fins oficiais. Ao se comunicar com o Governo, com as missões diplomáticas e outras repartições consulares do Estado que envia, onde quer que estejam, a repartição consular poderá empregar todos os meios de comunicação, apropriados, inclusive correios diplomáticos e consulares, malas diplomáticas e consulares e mensagens em código ou cifra. Todavia, a repartição consular só poderá instalar e usar uma emissora de rádio com o consentimento do Estado receptor.

2. A correspondência oficial da repartição consular é inviolável. Pela expressão "correspondência oficial" entender-se-á qualquer correspondência relativa à repartição consular e suas funções.

3. A mala consular não poderá ser aberta ou retirada. Todavia, se as autoridades competentes do Estado receptor tiverem razões sérias para acreditar que a mala contém algo além da correspondência, documentos ou objetos mencionados no parágrafo 4º do presente artigo, poderão pedir que a mala seja aberta em sua presença por representante autorizado do Estado que envia. Se o pedido fôr recusado pelas autoridades do Estado que envia, a mala será devolvida ao lugar de origem.

4. Os volumes que constituírem a mala consular deverão ser providos de sinais exteriores visíveis, indicadores de seu caráter, e só poderão conter correspondência e documentos oficiais ou objetos destinados exclusivamente a uso oficial.

5. O correio consular deverá estar munido de documento oficial que ateste sua qualidade e que especifique o número de volumes que constituem a mala diplomática. Exceto com o consentimento do Estado receptor, o correio não poderá ser nacional do Estado receptor nem, salvo se fôr nacional do Estado que envia, residente permanente no Estado receptor. No exercício de suas funções, o correio será protegido pelo Estado receptor. Gozará de inviolabilidade pessoal e não poderá ser objeto de nenhuma forma de prisão ou detenção.

6. O Estado que envia, suas missões diplomáticas e suas repartições consulares poderão nomear correios consulares ad hoc. Neste caso, aplicar-se-ão as disposições do parágrafo 5 do presente artigo, sob a reserva de que as imunidades mencionadas deixarão de ser aplicáveis no momento em que o correio tiver entregue ao destinatário a mala pela qual é responsável.

7. A mala consular poderá ser confiada ao comandante de um navio ou aeronave comercial, que deverá chegar a um ponto de entrada autorizado. Tal comandante terá um documento oficial em que conste o número de volumes que constituem a mala, mas não será considerado correio consular. Mediante prévio acôrdo com as autoridades locais competentes, a repartição consular poderá enviar um de seus membros para tomar posse da mala direta e livremente, das mãos do comandante do navio ou aeronave.

ARTIGO 36º

Comunicação com os nacionais do Estado que envia

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

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

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

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

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

2. As prerrogativas a que se refere o parágrafo 1 do presente artigo serão exercidas de acôrdo com as leis e regulamentos do Estado receptor, devendo, contudo, entender-se que tais leis e regulamentos não poderão impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos pelo presente artigo.

ARTIGO 37º

Informações em casos de morte, tutela, curatela, naufrágio e acidente aéreo

Quando as autoridades competentes do Estado receptor possuírem as informações correspondentes, estarão obrigadas a:

- a) em caso de morte de um nacional do Estado que envia, informar sem demora a repartição consular em cuja jurisdição a morte ocorreu;
- b) notificar, sem demora, à repartição consular competente, todos os casos em que fôr necessária a nomeação de tutor ou curador para um menor ou incapaz, nacional do Estado que envia. O fornecimento dessa informação, todavia, não prejudicará a aplicação das leis e regulamentos do Estado receptor, relativas a essas nomeações;
- c) informar sem demora à repartição consular mais próxima do lugar do sinistro, quando um navio, que tiver a nacionalidade do Estado que envia, naufragar ou encalhar no mar territorial ou nas águas internas do Estado receptor, ou quando uma aeronave matriculada no Estado que envia sofrer acidente no território do Estado receptor.

ARTIGO 38º

Comunicações com as autoridades do Estado receptor

No exercício de sua funções, os funcionários consulares poderão comunicar-se com:

- a) as autoridades locais competentes de sua jurisdição consular;
- b) as autoridades centrais competentes do Estado receptor, só e na medida em que o permitirem as leis, regulamentos e usos do Estado receptor, bem como os acôrdos internacionais pertinentes.

ARTIGO 39º

Direitos e emolumentos consulares

1. A repartição consular poderá cobrar no território do Estado receptor os direitos e emolumentos que as leis e os regulamentos do Estado que envia prescreverem para os atos consulares.
2. As somas recebidas a título de direitos e emolumentos previstos no parágrafo 1 do presente artigo e os recibos correspondentes estarão isentos de quaisquer impostos e taxas no Estado receptor.

SEÇÃO II

Facilidades, privilégios e imunidades relativas aos funcionários consulares de carreira e outros membros da repartição consular.

ARTIGO 40º

Proteção aos funcionários consulares

O Estado receptor tratará os funcionários consulares com o devido respeito e adotará todas as medidas adequadas para evitar qualquer atentado a sua pessoa, liberdade ou dignidade.

ARTIGO 41º

Inviolabilidade pessoal dos funcionários consulares

1. Os funcionários consulares não poderão ser detidos ou presos preventivamente, exceto em caso de crime grave e em decorrência de decisão de autoridade judiciária competente.

2. Exceto no caso previsto no parágrafo 1 do presente artigo, os funcionários consulares não podem ser presos nem submetidos a qualquer outra forma de limitação de sua liberdade pessoal, senão em decorrência de sentença judiciária definitiva.

3. Quando se instaurar processo penal contra um funcionário consular, este será obrigado a comparecer perante as autoridades competentes. Todavia, as diligências serão conduzidas com as deferências devidas à sua posição oficial e, exceto no caso previsto no parágrafo 1 deste artigo, de maneira a que perturbe o menos possível o exercício das funções consulares. Quando, nas circunstâncias previstas no parágrafo 1 deste artigo, for necessário decretar a prisão preventiva de um funcionário consular, o processo correspondente deverá iniciar-se sem a menor demora.

ARTIGO 42º

Notificação em caso de detenção, prisão preventiva ou instauração de processo

Em caso de detenção, prisão preventiva de um membro do pessoal consular ou de instauração de processo penal contra o mesmo, o Estado receptor deverá notificar imediatamente o chefe da repartição consular. Se este último for o objeto de tais medidas, o Estado receptor levará o fato ao conhecimento do Estado que enviar, por via diplomática.

ARTIGO 43º

Imunidade de Jurisdição

1. Os funcionários consulares e os empregados consulares não estão sujeitos à Jurisdição das autoridades judiciárias e administrativas do Estado receptor pelos atos realizados no exercício das funções consulares.

2. As disposições do parágrafo 1 do presente artigo não se aplicarão entretanto no caso de ação civil:

a) que resulte de contrato que o funcionário ou empregado consular não tiver realizado implícita ou explicitamente como agente do Estado que envia; ou

b) que seja proposta por terceiro como consequência de danos causados por acidente de veículo, navio ou aeronave, ocorrido no Estado receptor.

ARTIGO 44º

Obrigações de prestar depoimento

1. Os membros de uma repartição consular poderão ser chamados a depor como testemunhas no decorrer de um processo judiciário ou administrativo. Um empregado consular ou um membro do pessoal de serviço não poderá negar-se a depor como testemunha, exceto nos casos mencionados no parágrafo 3 do presente artigo. Se um funcionário consular recusar-se a prestar depoimento, nenhuma medida coercitiva ou qualquer outra sanção ser-lhe-á aplicada.

2. A autoridade que solicitar o testemunho deverá evitar que o funcionário consular seja perturbado no exercício de suas funções. Poderá tomar o depoimento do funcionário consular em seu domicílio ou na repartição consular, ou aceitar sua declaração por escrito, sempre que for possível.

3. Os membros de uma repartição consular não serão obrigados a depor sobre fatos relacionados com o exercício de suas funções, nem a exhibir correspondência e documentos oficiais que a elas se refiram.

Poderá, igualmente, recusar-se a depor na qualidade de peritos sobre as leis do Estado que envia.

ARTIGO 45º

Renúncia aos privilégios e imunidades

1. O Estado que envia poderá renunciar, com relação a um membro da repartição consular, aos privilégios e imunidades previstos nos artigos 41, 43 e 44.

2. A renúncia será sempre expressa, exceto no caso do disposto no parágrafo 3 do presente artigo, e deve ser comunicada por escrito ao Estado receptor.

3. Se um funcionário consular, ou empregado consular, propôr ação judicial sobre matéria de que goze de imunidade de jurisdição de acordo com o disposto no artigo 43, não poderá alegar esta imunidade com relação a qualquer pedido de reconvenção diretamente ligado à demanda principal.

4. A renúncia à imunidade de jurisdição quanto a ações civis ou administrativas não implicará na renúncia à imunidade quanto a medidas de execução de sentença, para as quais nova renúncia será necessária.

ARTIGO 46º

Isenção do registro de estrangeiros e da autorização de residência

1. Os funcionários e empregados consulares e os membros de suas famílias que com eles vivam estarão isentos de todas as obrigações previstas pelas leis e regulamentos do Estado receptor relativas ao registro de estrangeiros e à autorização de residência.

2. Todavia, as disposições do parágrafo 1 do presente artigo não se aplicarão aos empregados consulares que não sejam empregados permanentes do Estado que envia ou que exerçam no Estado receptor atividade privada de caráter lucrativo, nem tampouco aos membros da família desses empregados.

ARTIGO 47º

Isenção de autorização de trabalho

1. Os membros da repartição consular estarão isentos, em relação aos serviços prestados ao Estado que envia, de quaisquer obrigações relativas à autorização de trabalho exigida pelas leis e regulamentos do Estado receptor referentes ao emprego de mão de obra estrangeira.

2. Os membros do pessoal privado dos funcionários e empregados consulares, desde que não exerçam outra ocupação de caráter lucrativo no Estado receptor, estarão isentos das obrigações previstas no parágrafo 1 do presente artigo.

ARTIGO 48º

Isenção do regime de previdência social

1. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 3 do presente artigo, os membros da repartição consular, com relação aos serviços prestados ao Estado que envia, e os membros de sua família que com eles vivam, estarão isentos das disposições de previdência social em vigor no Estado receptor.

2. A isenção prevista no parágrafo 1 do presente artigo aplicar-se-á também aos membros do pessoal privado que estejam a serviço exclusivo dos membros da repartição consular, sempre que:

a) não sejam nacionais do Estado receptor ou nele não residam permanentemente;

b) estejam protegidos pelas disposições sobre previdência social em vigor no Estado que envia ou num terceiro Estado.

3. Os membros da repartição consular que empreguem pessoas às quais não se aplique a isenção prevista no parágrafo 2 do presente artigo devem cumprir as obrigações impostas aos empregadores pelas disposições de previdência social do Estado receptor.

4. A isenção prevista nos parágrafos 1 e 2 do presente artigo não exclui a participação voluntária no regime de previdência social do Estado receptor, desde que seja permitida por este Estado.

ARTIGO 49º

Isenção fiscal

1. Os funcionários e empregados consulares, assim como os membros de suas famílias que com eles vivam, estarão isentos de quaisquer impostos e taxas, pessoais ou reais, nacionais, regionais ou municipais, com exceção dos:

- a) impostos indiretos normalmente incluídos no preço das mercadorias ou serviços;
- b) impostos e taxas sobre bens imóveis privados situados no território do Estado receptor sem prejuízo das disposições do artigo 32;
- c) impostos de sucessão e de transmissão exigíveis pelo Estado receptor, sem prejuízo das disposições do parágrafo b) do artigo 51;
- d) impostos e taxas sobre rendas particulares, inclusive rendas de capital, que tenham origem no Estado receptor, e impostos sobre capital, correspondentes a investimentos realizados em empresas comerciais ou financeiras situadas no Estado receptor;
- e) impostos e taxas percebidos como remuneração de serviços específicos prestados;
- f) direitos de registro, taxas judiciárias, hipoteca e sêlo, sem prejuízo do disposto no artigo 32.

2. Os membros do pessoal de serviço estarão isentos de impostos e taxas sobre salários que recebam como remuneração de seus serviços.

3. Os membros da repartição consular que empregarem pessoas cujos ordenados ou salários não estejam isentos de impostos de renda no Estado receptor deverão respeitar as obrigações que as leis e regulamentos do referido Estado impuserem aos empregadores em matéria de cobrança do imposto de renda.

ARTIGO 50º

Isenção de impostos e de inspeção Alfandegária

1. O Estado receptor, de acordo com as leis e regulamentos que adotar, permitirá a entrada e concederá isenção de quaisquer impostos alfandegários, tributos e despesas conexas, com exceção das despesas de depósito, de transporte e serviços análogos, para:

- a) os artigos destinados ao uso oficial da repartição consular;
- b) os artigos destinados ao uso pessoal do funcionário consular e aos membros da família que com ele vivam, inclusive aos artigos destinados à sua instalação. Os artigos de consumo não deverão exceder as quantidades que estas pessoas necessitam para o consumo pessoal.

2. Os empregados consulares gozarão dos privilégios e isenções previstos no parágrafo 1 do presente artigo com relação aos objetos importados quando da primeira instalação.

3. A bagagem pessoal que acompanha os funcionários consulares e os membros da sua família que com eles vivam estará isenta de inspeção alfandegária. A mesma só poderá ser inspecionada se houver sérias razões para se supor que contenha objetos diferentes dos mencionados na alínea b) do parágrafo 1 do presente artigo, ou cuja importação ou exportação fôr proibida pelas leis e regulamentos do Estado receptor ou que estejam sujeitos às suas leis e regulamentos de quarentena. Esta inspeção só poderá ser feita na presença do funcionário consular ou do membro de sua família interessado.

ARTIGO 51º

Sucessão de um membro da repartição consular ou de um membro de sua família.

No caso de morte de um membro da repartição consular ou de um membro de sua família que com ele viva o Estado receptor será obrigado a:

a) permitir a exportação dos bens móveis do defundo, exceto dos que, adquiridos no Estado receptor, tiverem a exportação proibida no momento da morte;

b) não cobrar impostos nacionais, regionais ou municipais sobre a sucessão ou a transmissão dos bens móveis que se encontrem no Estado receptor unicamente por ali ter vivido o defundo, como membro da repartição consular ou membro da família de um membro da repartição consular.

ARTIGO 52º

Isenção de prestação de serviços pessoais

O Estado receptor deverá isentar os membros da repartição consular e os membros de sua família que com eles vivam da prestação de qualquer serviço pessoal, de qualquer serviço de interesse público, seja qual fôr sua natureza, bem como de encargos militares tais como requisição contribuições e alojamentos militares.

ARTIGO 53º

Comêço e fim dos privilégios e imunidades consulares

1. Todo membro da repartição consular gozará dos privilégios e imunidades previstos pela presente Convenção desde o momento em que entre no território do Estado receptor para chegar a seu pòsto, ou, se ele já se encontrar nesse território, desde o momento em que assumir suas funções na repartição consular.

2. Os membros da família de um membro da repartição consular que com ele vivam, assim como, os membros de seu pessoal privado, gozarão dos privilégios e imunidades previstos na presente Convenção, a partir da última das seguintes datas: aquela a partir da qual o membro da repartição consular goze dos privilégios e imunidades de acòrdo com o parágrafo 1 do presente artigo; a data de sua entrada no território do Estado receptor ou a data em que se tornarem membros da referida família ou do referido pessoal privado.

3. Quando terminarem as funções de um membro da repartição consular, seus privilégios e imunidades, assim como os dos membros de sua família que com eles vivam, ou dos membros de seu pessoal privado, cessarão normalmente na primeira das datas seguintes: no momento em que a referida pessoa abandonar o território do Estado receptor ou na expiração de um prazo razoável que lhe será concedido para êste fim subsistindo, contudo, até êsse momento, mesmo no caso de conflito armado. Quanto às pessoas mencionadas no parágrafo 2 do presente artigo, seus privilégios e imunidades cessarão no momento em que deixarem de pertencer à família de um membro da repartição consular ou de estar a seu serviço. Entretanto, quando essas pessoas se dispuserem a deixar o Estado receptor dentro de um prazo razoável seus privilégios e imunidades subsistirão até o momento de sua partida.

4. Todavia, no que concerne aos atos praticados por um funcionário consular ou um empregado consular no exercício das suas funções a imunidade de jurisdição subsistirá indefinidamente.

5. No caso de morte de um membro da repartição consular, os membros de sua família que com êle tenha vivido continuarão a gozar dos privilégios e imunidade que lhe correspondiam até a primeira das seguintes datas; a da partida do território do Estado receptor ou a da expiração de um prazo razoável que lhes será concedido para êsse fim.

ARTIGO 54º

Obrigações dos terceiros Estados

1. Se um funcionário consular atravessa o território ou se encontra no território de um terceiro Estado que lhe concedeu um visto, no caso dêste visto ter sido necessário, para ir assumir ou reassumir suas funções na sua repartição consular ou para voltar ao Estado que envia, o terceiro Estado conceder-lhe-á as imunidades previstas em outros artigos da presente Convenção necessárias para facilitar-lhe a travessia e o regresso. O terceiro Estado concederá o mesmo tratamento aos membros da família que com êle vivam e que gozem dêsses privilégios e imunidades, quer acompanhem o funcionário consular quer viajem separadamente para reunir-se a êle ou regressar ao Estado que envia.

2. Em condições análogas àquelas especificadas no parágrafo 1 do presente artigo, os terceiros Estados não deverão dificultar a passagem através do seu território aos demais membros da repartição consular e aos membros de sua família que com êle vivam.

3. Os terceiros Estados concederão à correspondência oficial e a outras comunicações oficiais em trânsito, inclusive às mensagens em código ou cifra, a mesma liberdade e proteção que o Estado receptor estiver obrigado a conceder em virtude da presente Convenção. Concederão aos correios consulares, a quem um visto tenha sido concedido caso necessário, bem como às malas consulares em trânsito a mesma inviolabilidade e proteção que o Estado receptor fôr obrigado a conceder em virtude da presente Convenção.

4. As obrigações dos terceiros Estados decorrentes dos parágrafos 1, 2 e 3 do presente artigo aplicar-se-ão igualmente às pessoas mencionadas nos respectivos parágrafos, assim como às comunicações oficiais e às malas consulares, quando as mesmas se encontrem no território de terceiro Estado por motivo de força maior.

ARTIGO 55º

Respeito às leis e regulamentos do Estado receptor

1. Sem prejuízo de seus privilégios e imunidades tôdas as pessoas que se beneficiem dêsses privilégios e imunidades deverão respeitar as leis e regulamentos do Estado receptor. Terão igualmente o dever de não se imiscuir nos assuntos internos do referido Estado.

2. Os locais consulares não devem ser utilizados de maneira incompatível com o exercício das funções consulares.

3. As disposições do parágrafo 2 do presente artigo não excluirão a possibilidade de se instalar, numa parte do edifício onde se encontrem os locais da repartição consular, os escritórios de outros organismos ou agências, contanto que os locais a êles destinados estejam separados dos que utilize a repartição consular. Neste caso, os mencionados escritórios não serão, para os fins da presente Convenção, considerados como parte integrante dos locais consulares.

ARTIGO 56º

Seguro contra danos causados a terceiros

Os membros da repartição consular deverão cumprir tôdas as obrigações impostas pelas leis e regulamentos do Estado receptor relativas ao seguro de responsabilidade civil por danos causados a terceiros pela utilização de qualquer veículo, navio ou aeronave.

ARTIGO 57º

Disposições especiais relativas às atividades privadas de caráter lucrativo

1. Os funcionários consulares de carreira não exercerão, em proveito próprio, nenhuma atividade profissional ou comercial no Estado receptor.

2. Os privilégios e imunidades previstas no presente Capítulo não serão concedidos:

a) aos empregados consulares ou membros do pessoal de serviço que exercerem atividade privada de caráter lucrativo no Estado receptor;

b) aos membros da família das pessoas mencionadas na alínea a) do presente parágrafo e aos de seu pessoal privado;

c) aos membros da família do membro da repartição consular que exercerem atividade privada de caráter lucrativo no Estado receptor.

CAPÍTULO III

Regime aplicável aos funcionários consulares honorários e às repartições consulares por eles dirigidas

ARTIGO 58º

Disposições gerais relativas às facilidades, privilégios e imunidades

1. Os artigos 28, 29, 30, 34, 35, 36, 37, 38 e 39 parágrafo 3 do artigo 54 e os parágrafos 2 e 3 do artigo 55 aplicar-se-ão às repartições consulares dirigidas por um funcionário consular honorário. Ademais, as facilidades, privilégios e imunidades destas repartições consulares serão reguladas pelos artigos 59, 60, 61 e 62.

2. Os artigos 42 e 43, o parágrafo 3 do artigo 44, os artigos 45 e 53, e o parágrafo 1 do artigo 55, aplicar-se-ão aos funcionários consulares honorários. As facilidades, privilégios e imunidades desses funcionários consulares reger-se-ão outrossim, pelos artigos 63, 64, 65, 66 e 67.

3. Os privilégios e imunidades previstos na presente Convenção não serão concedidos aos membros da família de funcionário consular honorário nem aos da família de empregado consular de repartição consular dirigida por funcionário consular honorário.

4. O intercâmbio de malas consulares entre duas repartições consulares situadas em países diferentes e dirigidas por funcionários consulares honorários só será admitido com o consentimento dos dois Estados receptores.

ARTIGO 59º

Proteção dos locais consulares

O Estado receptor adotará todas as medidas apropriadas para proteger os locais consulares de uma repartição consular dirigida por um funcionário consular honorário contra qualquer intrusão ou dano e para evitar perturbações à tranquilidade da repartição consular ou ofensas à sua dignidade.

ARTIGO 60º

Isenção fiscal dos locais consulares

1. Os locais consulares de uma repartição consular dirigida por funcionário consular honorário, de que seja proprietário ou locatário o Estado que envia, estarão isentos de todos os impostos e taxas nacionais, regionais e municipais, exceto os que representem remuneração por serviços específicos prestados.

2. A isenção fiscal, prevista no parágrafo 1 do presente artigo, não se aplicará àqueles impostos e taxas cujo pagamento de acordo com as leis e regulamentos do Estado receptor couber às pessoas que contratarem com o Estado que envia.

ARTIGO 61º

Inviolabilidade dos arquivos e documentos consulares

Os arquivos e documentos consulares de uma repartição consular, cujo chefe for um funcionário consular honorário, serão sempre invioláveis onde quer que se encontrem, desde que estejam separados de outros papéis e documentos e, especialmente, da correspondência particular de chefe da repartição consular, da de qualquer pessoa que com ele trabalhe, bem como dos objetos, livros e documentos relacionados com sua profissão ou negócios.

ARTIGO 62º

Isenção de direitos alfandegários

De acordo com as leis e regulamentos que adotar, o Estado receptor permitirá a entrada com isenção de todos os direitos alfandegários, taxas e despesas conexas, com exceção das de depósito, transporte e serviços análogos, dos seguintes artigos, desde que sejam destinados exclusivamente ao uso oficial de uma repartição consular dirigida por funcionário consular honorário; escudos, bandeiras, letreiros, sinetes e selos, livros impressos oficiais, mobiliário de escritório, material e equipamento de escritório e artigos similares fornecidos à repartição consular pelo Estado que envia ou por solicitação deste.

ARTIGO 63º

Processo Penal

Quando um processo penal for instaurado contra funcionário consular honorário, este é obrigado a se apresentar às autoridades competentes. Entretanto, o processo deverá ser conduzido com as deferências devidas ao funcionário consular honorário interessado, em razão de sua posição oficial, e, exceto no caso em que esteja preso ou detido, de maneira a perturbar o menos possível o exercício das funções consulares. Quando for necessário decretar a prisão preventiva de um funcionário consular honorário, o processo correspondente deverá iniciar-se o mais breve possível.

ARTIGO 64º

Proteção dos Funcionários consulares honorários

O Estado receptor é obrigado a conceder ao funcionário consular honorário a proteção de que possa necessitar em razão de sua posição oficial.

ARTIGO 65º

Isenção do registro de estrangeiros e da autorização de residência O funcionários consulares honorários, com exceção dos que exercerem no Estado receptor atividade profissional ou comercial em proveito próprio, estarão isentos de quaisquer obrigações previstas pelas leis e regulamentos do Estado receptor em matéria de registro de estrangeiros e de autorização de residência.

ARTIGO 66º

Isenção Fiscal

Os funcionários consulares honorários estarão isentos de quaisquer impostos e taxas sobre as remunerações e os emolumentos que recebam do Estado que envia em razão do exercício das funções consulares.

ARTIGO 67º

Isenção de prestação de serviços pessoais

O Estado receptor isentará os funcionários consulares honorários da prestação de quaisquer serviços pessoais ou de interesse público, qualquer que seja sua natureza, assim como das obrigações de caráter militar, especialmente e requisições, contribuições e alojamentos militares.

ARTIGO 68º

Caráter facultativo da instituição dos funcionários consulares honorários

Cada Estado poderá decidir livremente se nomeará ou receberá funcionários consulares honorários.

CAPÍTULO IV

Disposições Gerais

ARTIGO 69º

Agentes consulares que não sejam chefes de repartição consular

1. Cada Estado poderá decidir livremente se estabelecerá ou admitirá agências consulares dirigidas por agentes consulares que não tenham sido designados chefes de repartição consular pelo Estado que envia.

2. As condições em que as Agências consulares poderão exercer suas atividades de acordo com o parágrafo 1 do presente artigo, assim como os privilégios e imunidades de que poderão gozar os agentes consulares que as dirijam, serão estabelecidas por acordo entre o Estado que envia e o Estado receptor.

ARTIGO 70º

Exercício de funções consulares pelas missões diplomáticas

1. As disposições da presente Convenção aplicar-se-ão também, na medida em que o contexto o permitir, ao exercício das funções consulares por missões diplomáticas.

2. Os nomes dos membros da missão diplomática, adidos à seção consular ou encarregados do exercício das funções consulares da missão, serão comunicados ao Ministério das Relações Exteriores do Estado receptor ou à autoridade designada por este Ministério.

3. No exercício das funções consulares, a missão diplomática poderá dirigir-se:

a) às autoridades locais da jurisdição consular;

b) às autoridades centrais do Estado receptor, desde que o permitam as leis, regulamentos e usos desse Estado ou os acordos internacionais pertinentes.

4. Os privilégios e imunidades dos membros da missão diplomática mencionados no parágrafo 2 do presente artigo continuarão a reger-se pelas regras de direito internacional relativas às relações diplomáticas.

ARTIGO 71º

Nacionais ou residentes permanentes do Estado receptor

1. Salvo se o Estado receptor conceder outras facilidades, privilégios e imunidades, os funcionários consulares que sejam nacionais ou residentes permanentes desse Estado somente gozarão de imunidade de

jurisdição e de inviolabilidade pessoal pelos atos oficiais realizados no exercício de suas funções e do privilégio estabelecido no parágrafo 3 do artigo 44. No que diz respeito a esses funcionários consulares, o Estado receptor deverá também cumprir a obrigação prevista no artigo 42. Se um processo penal fôr instaurado contra esses funcionários consulares, as diligências deverão ser conduzidas, exceto no caso em que o funcionário estiver prêso ou detido, de maneira a que se pertube o menos possível o exercício das funções consulares.

2. Os demais membros da repartição consular que sejam nacionais ou residentes permanentes do Estado receptor e os membros de sua família, assim como os membros da família dos funcionários consulares mencionados no parágrafo 1 do presente artigo, só gozarão de facilidades, privilégios e imunidades que lhes forem concedidos pelo Estado receptor. Do mesmo modo, os membros da família de um membro da repartição consular e os membros do pessoal privado que sejam nacionais ou residentes permanentes do Estado receptor só gozarão das facilidades, privilégios e imunidades que lhes forem concedidos pelo Estado receptor. Todavia, o Estado receptor deverá exercer sua jurisdição sobre essas pessoas de maneira a não perturbar indevidamente o exercício das funções da repartição consular.

ARTIGO 72º

Não discriminação entre Estados

1. O Estado receptor não discriminará entre os Estados ao aplicar as disposições da presente Convenção.

2. Todavia, não será considerado discriminatório:

a) que o Estado receptor aplique restritivamente qualquer das disposições da presente Convenção em consequência de igual tratamento às suas repartições consulares no Estado que envia;

b) que, por costume ou acôrdo, os Estados se concedam reciprocamente tratamento mais favorável que o estabelecido nas disposições da presente Convenção.

ARTIGO 73º

Relação entre a presente Convenção e outros acôrdos internacionais

1. As disposições da presente Convenção não prejudicarão outros acôrdos internacionais em vigor entre as partes contratantes dos mesmos.

2. Nenhuma das disposições da presente Convenção impedirá que os Estados concluam acôrdos que confirmem, completem, estendam ou ampliem suas disposições.

CAPÍTULO V

Disposições Finais

ARTIGO 74º

Assinatura

A presente Convenção ficará aberta à assinatura de todos os Estados Membros da Organização das Nações Unidas ou de qualquer organização especializada, bem como de todo Estado Parte do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e de qualquer outro Estado convidado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas a se tornar parte da Convenção, da seguinte maneira, até 31 de outubro de 1963, no Ministério Federal dos Negócios Estrangeiros da Áustria e depois, até 31 de março de 1964, na Sede da Organização das Nações Unidas, em Nova York.

ARTIGO 75º

Ratificação

A presente Convenção está sujeita a ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

ARTIGO 76º

Adesão

A presente Convenção ficará aberta à adesão dos Estados pertencentes a qualquer das quatro categorias mencionadas no artigo 74. Os instrumentos de adesão serão depositados junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

ARTIGO 77º

Entrada em vigor

1. A presente Convenção entrará em vigor no trigésimo dia que se seguir à data em que seja depositado junto ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas o vigésimo-segundo instrumento de ratificação ou adesão.

2. Para cada um dos Estados que ratificarem a Convenção ou a ela aderirem depois do depósito do vigésimo-segundo instrumento de ratificação ou adesão, a Convenção entrará em vigor no trigésimo dias após o depósito, por êsse Estado, do instrumento de ratificação ou adesão.

ARTIGO 78º

Notificações pelo Secretário-Geral

O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas notificará a todos os Estados pertencentes a qualquer das quatro categorias mencionadas no artigo 74:

a) as assinaturas apostas à presente Convenção e o depósito dos instrumentos de ratificação ou adesão nos termos dos artigos 74, 75 e 76;

b) a data em que a presente Convenção entrar em vigor nos termos do artigo 77.

ARTIGO 79º

Textos autênticos

O original da presente Convenção, cujos textos em chinês, espanhol, francês, inglês e russo serão igualmente autênticos, será depositado junto ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, que enviará cópias autenticadas a todos os Estados pertencentes a qualquer das quatro categorias mencionadas no artigo 74.

Em fé do que os plenipotenciários abaixo assinados, devidamente autorizados por seus respectivos Governos, assinaram a presente Convenção.

Feito em Viena, aos vinte e quatro de abril de mil novecentos e sessenta e três.