

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

JOÃO PAULO CALVES

**DIREITO HUMANO DE ASSISTÊNCIA CONSULAR DO
ESTRANGEIRO PRESO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA
INTERNACIONAL E SEUS IMPACTOS NO DIREITO BRASILEIRO**

**CAMPO GRANDE
2017**

JOÃO PAULO CALVES

**O DIREITO HUMANO DE ASSISTÊNCIA CONSULAR DO
ESTRANGEIRO PRESO: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA
INTERNACIONAL E SEUS IMPACTOS NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Ana Paula Martins Amaral
Coorientadora: Prof^a. Dr^a. Andréa Flores

**CAMPO GRANDE
2017**

Eu, João Paulo Calves, autorizo a reprodução total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada à fonte.

Assinatura: _____

Data: ____/____/____

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS, Campo Grande, MS, Brasil

CALVES, João Paulo.

O direito humano de assistência consular do estrangeiro preso: uma análise da jurisprudência internacional e seus impactos no direito brasileiro./João Paulo Calves. – Campo Grande, MS, 2017. 180 f.

Orientadora: Prof^ª Ana Paula Martins Amaral

Coorientadora: Prof^ª Andréa Flores

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Centro de Ciências Humanas e Sociais – Programa de Pós-graduação em Direito

1. Direitos Humanos; 2. Jurisprudência Internacional; 3. Assistência Consular; 4. Estrangeiro Preso. I. Amaral, Ana Paula Martins. II. Título.

Nome: João Paulo Calves

Título: O Direito Humano de Assistência Consular do Estrangeiro Preso: Uma Análise da Jurisprudência Internacional e Seus Impactos no Direito Brasileiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Profª Drª. Ana Paula Martins Amaral
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Coorientadora: Profª Drª Andréa Flores
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Drª Rejane Alves de Arruda
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Profª Drª Arlinda Cantero Dorsa
Universidade Católica Dom Bosco (UCDB)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Dedico este trabalho à minha avó Francisca.
Por todo o amor

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus pai e misericordioso, por ter me dado o dom da vida e conhecimento para seguir os caminhos do magistério.

Presto minhas homenagens à Professora Doutora Ana Paula Martins Amaral, por todos os ensinamentos e incentivos, mas especialmente por ter me aceitado como orientando, abrindo, assim, as portas da Universidade Federal, de que tenho muito orgulho de fazer parte.

Agradeço a minha querida Professora Andréa Flores, que compartilhou comigo diversos momentos na academia, desde o primeiro dia de aula na matéria de direito penal, ministrada no curso de direito da Universidade Católica Dom Bosco, até o amadurecimento da vida acadêmica no Mestrado. Poucas pessoas têm o dom de iluminar caminhos, uma delas, sem sombra de dúvidas, se chama Andréa Flores. Obrigado por iluminar o meu caminho.

Um agradecimento especial a Francisca Bittencourt Calves, minha avó, que me ensinou diversas lições nessa vida sem nunca ter lido um livro. Obrigado por me amar e por me dar forças para alcançar meus objetivos.

Agradeço também a minha namorada Tamiris Machado Gardin, por toda a paciência e compreensão, especialmente por ter dividido comigo todas as angustias e aflições ao longo da pesquisa.

Não se deve perder nunca de vista a caridade e a
comiseração. Não se pode recusar esses sentimentos
mesmo àqueles que, por própria culpa, caíram no
infortúnio. Pois deve-se odiar o crime e amar a pessoa,
porquanto todos os homens devem amar-se
reciprocamente.

Emer de Vattel (1714-1767)

CALVES, João Paulo. **O direito humano de assistência consular do estrangeiro preso: uma análise da jurisprudência internacional e seus impactos no direito brasileiro**. 2017. 180 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2017.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo analisar o conteúdo da jurisprudência internacional acerca dos direitos de informação e assistência consular do estrangeiro preso, consagrados no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963, bem como investigar se os Standards fixados nas decisões internacionais foram devidamente incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Abordam-se questões relacionadas com a evolução histórica das relações consulares entre Estados e a caracterização do fluxo migratório para o Brasil, destacando-se à presença de estrangeiros presos no sistema penitenciário brasileiro. Para tanto, a metodologia empregada enfatiza a abordagem qualitativa, dada à subjetividade que permeia os fundamentos sócios jurídicos para a compreensão da realidade em foco, uma vez que trata o fenômeno jurídico como acontecimento humano, moral, social, político e histórico. Ao analisar as normas gerais do direito internacional e sua influência no Direito interno, privilegiamos o raciocínio dedutivo para obtenção da conclusão. Quanto aos fins, a pesquisa se caracteriza como exploratória e descritiva-analítica e quanto aos meios revisão bibliográfica e documental. As profundas transformações sociais, políticas e econômicas, ocorridas ao longo dos séculos XIX e XX, despertaram uma nova função para as instituições consulares, paralela à defesa dos interesses comerciais do Estado: proteger os indivíduos e seus interesses quando em território estrangeiro. A Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963, marco normativo das relações diplomáticas, para esta finalidade estabelece, em seu Artigo 36, o direito de assistência consular do preso estrangeiro, bem como o dever, por parte do Estado receptor, de informar a prisão à repartição consular que o representa, em consonância com a defesa da dignidade da pessoa humana estabelecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Em outro contexto, a jurisprudência contenciosa da Corte Internacional de Justiça, nos casos Brand, La Grand e Avena, caracterizou o Artigo 36, §1º (b) da Convenção de Viena como direito fundamental do estrangeiro preso, no mesmo sentido da opinião consultiva nº 16/99 da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, indo além, reconheceu o direito de assistência consular como norma de direito humano no marco do devido processo legal. O governo brasileiro ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos e reconheceu jurisdição obrigatória da Corte IDH, assumindo, dessa maneira, o dever de aplicar as suas decisões. Conclui-se que, o descumprimento do direito de informação e assistência consular do estrangeiro preso, pode levar ao reconhecimento de nulidades processuais, além de levar o Brasil a responder processos por violações de normas internacionais perante as Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Jurisprudência Internacional. Assistência Consular. Estrangeiro Preso. Processo Penal.

CALVES, João Paulo. **The human right to consular assistance of the foreigner arrested: an analysis of international jurisprudence and its impact on Brazilian law.** 2017. 180 f. Dissertation (Master in Direito Human rights) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2017.

ABSTRACT

The aim of this dissertation is to analyze the content of international jurisprudence on the consular information rights and consular assistance of the foreigner arrested in article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations of 1963 and to investigate whether the standards set forth in international decisions were due incorporated by the Brazilian legal system. Questions related to the historical evolution of the consular relations between States and the characterization of the migratory flow to Brazil is addressed, highlighting the presence of foreigners imprisoned in the Brazilian penitentiary system. The methodology used emphasizes the qualitative approach, given to the subjectivity that permeates the legal partner's foundations for the understanding of the reality in focus, since it treats the juridical phenomenon as a human, moral, social, political and historical event. In analyzing the general norms of international law (major premise) and its influence on domestic law (minor premise), we privilege the deductive reasoning to obtain the conclusion. Regarding the ends, the research is characterized as exploratory and descriptive, being regarding the means bibliographical review and documentary. The profound social, political and economic transformations that took place during the nineteenth and twentieth centuries have awakened a new role for consular institutions, parallel to defending the commercial interests of the state: protecting individuals and their interests when abroad. The Vienna Convention on Consular Relations of 1963, the normative framework of diplomatic relations, establishes, in Article 36, the right to consular assistance of the foreign prisoner, as well as the duty on the part of the receiving State to inform the imprisonment to the consular division that represents it, in line with the defense of the dignity of the human person established in the Universal Declaration of Human Rights (1948). In another context, the contentious case law of the International Court of Justice, in the cases of *Brand*, *La Grand* and *Avena*, characterized Article 36, paragraph 1 (b) of the Vienna Convention as a fundamental right of the alien in custody, 16/99 of the Inter-American Court of Human Rights, which went on to recognize the right to consular assistance as a norm of human right within the framework of due process of law. The Brazilian government has ratified the American Convention on Human Rights and recognized the binding jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights, thereby assuming the duty to enforce its decisions. It is concluded that noncompliance with the right to information and consular assistance of the foreigner in custody may lead to the recognition of procedural nullities, as well as lead Brazil to respond to cases of violations of international norms before the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: Human rights. International Jurisprudence. Consular assistance. Foreigner arrested. Criminal proceedings.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Quantidade de Estrangeiros Presos por Unidade da Federação.....127

Quadro 2 – Os 10 países com maior número de estrangeiros presos no Brasil.....128

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	14
2. O ESTABELECIMENTO DE RELAÇÕES CONSULARES ENTRE OS POVOS: UMA BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DA ANTIGUIDADE ATÉ A DECLARAÇÃO DE VIENA DE 1963	18
2.1 AS RELAÇÕES CONSULARES NA ANTIGUIDADE E NA IDADE MÉDIA.....	21
2.2 ESTADO MODERNO: O SISTEMA WESTFALIANO E A SECULARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DIPLOMÁTICAS	25
2.3 O ESTATUTO JURÍDICO DA DIPLOMACIA INTERNACIONAL AO LONGO DO SÉCULO XX: OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE RELAÇÕES DIPLOMÁTICAS E CONSULARES.....	30
2.3.1 A Diplomacia Internacional no fim da Primeira Guerra Mundial: O Nascimento da Sociedade das Nações e a Convenção de Havana de 1928	32
2.3.2 A Codificação da Diplomacia: A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961) e a Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963)	37
2.3.2.1 O Instituto Consular à Luz da Convenção de Viena de 1963.....	40
2.3.3 Aspectos Jurídicos da Política Externa e do Instituto Consular no Brasil	50
3. O CONTEÚDO DO DIREITO DE ASSISTÊNCIA CONSULAR DO ESTRANGEIRO PRESO SEGUNDO DECISÕES INTERNACIONAIS	54
3.1 O SISTEMA DE JUSTIÇA INTERNACIONAL E A FUNÇÃO JURISDICIONAL DAS CORTES SUPRANACIONAIS	54
3.1.1 A Responsabilidade Internacional dos Estados: dos fundamentos da obrigação do cumprimento dos Tratados.....	55
3.1.2 A Função Jurisdicional das Cortes Internacionais	58
3.1.2.1 A Corte Internacional de Justiça.....	60

3.2 O DIREITO DE NOTIFICAÇÃO E INFORMAÇÃO SOBRE ASSISTÊNCIA CONSULAR À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA	75
3.2.1 O Caso Breard – Paraguai vs. Estados Unidos	76
3.2.2 O Caso Walter e Karl LaGrand – Alemanha vs. Estados Unidos	82
3.2.2.1. Delimitação do Conteúdo Normativo do Direito de Assistência Consular à Luz da Jurisprudência da Corte: A Sentença de Mérito do Caso LaGrand.....	86
3.2.3 Caso Avena – México vs. Estados Unidos.....	88
3.2.3.1 O Conteúdo do Direito à Assistência Consular à Luz da Decisão do Caso Avena.....	91
3.3 O DIREITO DE ASSISTÊNCIA CONSULAR DO ESTRANGEIRO PRESO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ...	94
3.3.1 A Interpretação Evolutiva da Corte Interamericana: O Direito de Assistência Consular como um Direito Humano	99
3.3.2 A Teoria da Dinamogenesis como Fonte do Direito Humano de Assistência Consular do Estrangeiro Preso.....	106
4. O DIREITO DE ASSISTÊNCIA CONSULAR DO ESTRANGEIRO PRESO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: IMPACTOS DA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL.....	111
4.1. O DIREITO HUMANO DE MIGRAR: UMA ANÁLISE CONCEITUAL DOS DESLOCAMENTOS HUMANOS, VOLUNTÁRIOS E FORÇADOS	111
4.1.1 A Política Migratória Brasileira: Uma Análise da Presença de Estrangeiro Preso no Sistema Penitenciário Brasileiro	120
4.2.1 Espécies de Prisões e seus Fundamentos	131
4.2.2. Dos Direitos e Garantias Constitucionais e Convencionais do Preso no Brasil	140
4.2.3. O Direito Humano-Fundamental de Assistência Consular do Estrangeiro Preso no Ordenamento Jurídico Brasileiro	146

4.3 UMA ANÁLISE DA INCORPORAÇÃO DO CONTEÚDO DA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE O DIREITO DE ASSISTÊNCIA CONSULAR DO ESTRANGEIRO PRESO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	152
4.4. AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DESCUMPRIMENTO DO DIREITO À INFORMAÇÃO CONSULAR DO ESTRANGEIRO PRESO À LUZ DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	162
5. CONCLUSÃO	166
REFERÊNCIAS.....	171

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o alcance do direito de assistência consular dos estrangeiros presos no Brasil, previsto no Artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963), com base nos Standards sedimentados na jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos, que versam sobre o tema, bem como analisar os impactos e consequências da casuística internacional no ordenamento jurídico brasileiro.

A relevância do tema encontra-se no aumento do fluxo migratório para o Brasil, mormente após a promulgação da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que instituiu a nova política migratória brasileira pautada na proteção dos direitos humanos dos migrantes em detrimento do antigo ideal de proteção da segurança nacional. Ademais, a extensa faixa de fronteira do território brasileiro, sem barreiras físicas, facilita a entrada de imigrantes dos Estados fronteiriços. Acrescenta-se, ainda, o registro da presença de inúmeros estrangeiros, de diversas nacionalidades, presos no sistema penitenciário brasileiro, praticantes, principalmente, do crime de tráfico transnacional de drogas.

Com efeito, ao ratificar e incorporar a Convenção de Viena sobre Relações Consulares no ordenamento jurídico doméstico por meio do Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967, o Brasil firmou o compromisso internacional de garantir ao estrangeiro preso o direito de assistência consular. Tal direito dos estrangeiros foi objeto da jurisprudência contenciosa da Corte Internacional de Justiça, nos casos Brand (1998), La Grand (2000) e Avena (2003) contra os Estados Unidos, sendo que a Corte supranacional caracterizou o artigo 36 1 (b) da Convenção de 1963 como direito fundamental do estrangeiro preso, ainda que inserido em um tratado que disciplina direito e obrigações entre Estados.

A mesma interpretação foi inserida na opinião consultiva nº 16/99, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, suscitada pelo México em desfavor dos Estados Unidos da América. Contudo, a Corte IDH foi além e, empregando uma interpretação histórica e evolutiva, reconheceu o direito de assistência consular como norma de direito humano, no marco do devido processo legal.

Além de ratificar praticamente todos os tratados internacionais de direitos humanos, com o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil passou a dar

prevalência, sem precedentes na história do direito do país, à agenda internacional dos direitos humanos, reconhecendo, inclusive, a jurisdição obrigatória da Corte IDH, ampliando o rol de órgãos jurisdicionais do Artigo 92 do texto constitucional, assumindo, assim, o dever de aplicar as decisões do órgão judicial da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Destarte, diante da responsabilidade internacional assumida pelo Brasil com a efetivação e proteção dos direitos humanos, se faz mister investigar os impactos causados pela jurisprudência internacional sobre o direito de assistência consular do estrangeiro preso no ordenamento jurídico brasileiro.

A metodologia empregada para a solução do problema proposto enfatiza a abordagem qualitativa, dada à subjetividade que permeia os fundamentos sócio jurídicos para a compreensão da realidade em foco, uma vez que trata o fenômeno jurídico como acontecimento humano, moral, social, político e histórico, o que nos afasta de uma visão “cientificista” do Direito – herdeira do legado positivista. Esta pretensão de atingir a “verdade dos fatos”, supostamente isenta de valoração, concebe a moral e a política como interferências negativas, afastando, assim, uma postura crítica e reflexiva que, a nosso ver, deve acompanhar todo processo de produção do conhecimento.

O método fenomenológico é o mais adequado ao objeto em questão, posto que se caracteriza por tomar o Direito em seus vínculos com a realidade social, considerando sua formação, desenvolvimento e transformações, não desconsiderando, portanto, as relações entre o saber jurídico e o poder.

Ao analisarmos as normas gerais do direito internacional dos direitos humanos e sua influência no Direito interno, privilegamos o raciocínio dedutivo para alcançar a conclusão.

Quanto aos fins, a pesquisa se caracteriza como exploratória, em função da escassez de estudos mais abrangentes sobre os recentes processos migratórios no Brasil e a promoção dos direitos humanos dos migrantes, com base na jurisprudência internacional, e descritivo-analítica, por explicitar as especificidades do fenômeno em pauta, conforme os registros dos conteúdos manifestos em livros e documentos sobre o tema.

Quanto aos meios, utilizamos a revisão bibliográfica e documental. A coleta de dados contidos em livros, artigos científicos, dissertações, teses e sítios

eletrônicos especializados forneceram os elementos componentes da base teórico-analítica, utilizando, também, legislação e jurisprudência, nacional e internacional, na composição do trabalho, que está dividido em três capítulos.

No segundo capítulo, abordamos, em linhas gerais, a partir de uma breve digressão histórica da antiguidade até a emergência do Estado moderno, as relações entre os Estados – o estabelecimento das chamadas relações internacionais –, enfatizando as condições sobre as quais elas se deram, bem como aquelas responsáveis pelas alterações nas normas que regem suas relações, destacando dois decisivos momentos de inflexão. O primeiro deles no pós-guerra, quando a autoridade interna do Estado-nação (soberania), fundamento das relações internacionais desde o Tratado de Westfália sofre profundas transformações, impondo à comunidade internacional uma reelaboração do seu conceito em atenção a emergência de uma nova ordem internacional e a necessidade de um novo concerto entre as nações, que tem como marco o nascimento da Organização das Nações Unidas – ONU e a criação de todo o *corpus iuris* dela emanado. Tal como a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, de 1948.

O segundo marco inflexivo, decisivo para o objeto em questão, gira em torno do fenômeno da globalização, que emerge após o fim da Guerra Fria e a queda do muro de Berlim – cujos impactos ainda se fazem presentes –, mas que, entre outros, destacamos a flexibilização das fronteiras – e a relativa perda de poder dos Estados nacionais frente aos novos personagens emergentes no cenário internacional¹ –, e o aumento do fluxo migratório.

Abordamos ainda, neste capítulo, os efeitos das transformações da nova ordem internacional na política externa brasileira, sobretudo no período da redemocratização, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que promove a pessoa humana como sujeito de direito, deslocando, por assim dizer, o objeto da soberania.

No terceiro capítulo, descrevemos a caracterização do direito à assistência consular do estrangeiro preso segundo o entendimento das Cortes Internacionais, a partir da análise das decisões contenciosas da Corte Internacional de Justiça, nos casos Brand (1998), La Grand (2000) e Avena (2003), e a opinião consultiva 16/99 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como realidades que permitiram tanto

¹ Tais como corporações transnacionais, organizações não-governamentais, etc.

a passagem do objeto da soberania, da instância estatal para a pessoa humana, quanto à instauração do direito de assistência consular como direito humano, em um contexto de violação de direitos por parte da instituição que deveria protegê-los.

O quarto capítulo tem por objeto a análise dos impactos da jurisprudência internacional sobre o direito de assistência consular do estrangeiro preso no ordenamento jurídico brasileiro, enfatizando o atual aumento do fluxo migratório – e com ele o aumento do número de presos estrangeiros em território nacional – enquanto fato que impele às modificações nos instrumentos normativos, tendo em vista que o Direito como realidade fático-axiológico-normativa deve fazer frente aos constrangimentos dessa mesma realidade, em compromisso com a democracia e suas instituições.

E, por fim, nas conclusões, sem o intuito de esgotar a temática proposta, apresentamos as sínteses operadas a partir da análise crítica do objeto de nossa pesquisa, apontando possíveis caminhos a serem trilhados, quando se trata do direito à assistência consular do preso estrangeiro, no interior da prática e da normatização do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com vistas à efetividade da promoção e proteção dos direitos fundamentais e inalienáveis da pessoa humana pelo Estado Democrático de Direito no Brasil.

2. O ESTABELECIMENTO DE RELAÇÕES CONSULARES ENTRE OS POVOS: UMA BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DA ANTIGUIDADE ATÉ A DECLARAÇÃO DE VIENA DE 1963

Atualmente o mundo está organizado por meio do sistema de Estados-nações, desenvolvido a partir do século XVI, período da história humana que marca o início da emergência do chamado Estado² moderno. Em razão do desenvolvimento deste sistema, que demonstrou ser o mais eficiente para humanidade, hoje, o globo terrestre encontra-se dividido entre 200 Estados-nações, motivo pelo qual não há espaço de terra que não seja dominado por um Estado. É importante ressaltar que existem espaços territoriais que são disputados por dois ou mais Estados, como, por exemplo, Jerusalém³, todavia, não há territórios sem dono, somente as zonas oceânicas fora das milhas marítimas não são dominadas por Estados.

Assim, cada Estado-nação, por meio de um poder soberano, organiza seu sistema político e de governo que pode ser democrático ou ditatorial, república ou monarquia, adotando parlamentarismo ou presidencialismo, etc. A partir do século XVI, as relações diplomáticas e consulares entre os Estados passam a se intensificar, marcando o nascimento do Direito Internacional Público como ciência autônoma⁴, momento em que as grandes navegações marítimas marcam a emergência das modernas relações entre os povos⁵.

O presente capítulo tem como foco o estudo das relações entre os Estados, também denominada relações internacionais ou diplomacia⁶. Tais relações são

² Segundo Dallari (2016), são três as condições para a criação de um Estado, quais sejam: população, território e governo soberano.

³ A região de Jerusalém, alvo de disputas entre palestinos e israelenses, é reivindicada por Estados, não sendo, portanto, correto afirmar que não pertence a ninguém. O Vaticano defende a internacionalização da área, e existem alguns estudiosos que defendem que a Zona Neutra entre o Iraque e a Arábia Saudita, uma área de 7044 km², pode ser considerada uma extensão territorial não pertencente a nenhum Estado.

⁴ Segundo Mazzuoli (2015, p. 71), “[...] foi tão somente a partir do século XVI e início do século XVII que o Direito Internacional Público aparece como ciência autônoma e sistematizada, principalmente a partir dos tratados de Westfália (de cuja elaboração Hugo Grotius participou na qualidade de embaixador do Rei da Suécia), concluído em 24 de outubro de 1648, que colocaram fim à sanguinária Guerra dos Trinta Anos (1618-1648) [...]”.

⁵ O período das grandes navegações pode ser considerado como estopim de um processo que atualmente é denominado de globalização, fortemente impulsionado pelo desenvolvimento científico e tecnológico do século XX.

⁶ Segundo Pradier-Fodéré (apud Sicari, 2007, p. 2), “[...] a diplomacia desperta de fato a ideia de gestão dos negócios internacionais, de manutenção das relações externas, de administração dos

materializadas por pessoas, tanto interna como externamente. Amplia esta discussão Mazzuoli (2015, p. 642-643) quando pondera que como pessoa jurídica, o Estado será, obrigatoriamente, representado por pessoas físicas, conforme atesta:

A personalidade do Estado é, como se sabe, formulada em termos eminentemente jurídicos. Portanto, o Estado não tem como atuar (quer no cenário interno, quer no cenário internacional senão por meio de pessoas que agem e funcionam em seu nome). No que tange à *ação exterior* do Estado, tais pessoas agem como órgãos externos da potência soberana para qual trabalham [...].

Ao explicar a autuação de pessoas em nome do Estado como expressão do *jus imperii* por delegação, Nazo (1978, p.148) avalia que:

Junto com o Chefe de Estado desempenham também funções de representantes de um governo, os Ministros de Estado, o Ministro das Relações Exteriores, os Agentes Diplomáticos e os Cônsules, todos eles, por delegação, também investidos de “*jus imperii*”, nos limites de suas funções específicas, portanto, mais restritas [...].

O *jus imperii* é um poder do Estado exercido por pessoas, definido nos seguintes termos: “É a pessoa jurídica de Direito Interno e Internacional investida de plenos poderes de autodeterminação e autodelimitação desses mesmos poderes que refletem a sua soberania, quer em ordem jurídica interna, quer internacional” (NAZO, 1978, p. 146). Logo, o *jus imperii* de um Estado está ligado à ideia de soberania e de autodeterminação que este estabelece em seu respectivo território. Contudo, ao se relacionar com outros Estados, igualmente soberanos, o Estado passa a exercer o chamado “*jus gestionis*”, consubstanciado na prática de “comércio e política internacional, como se praticasse atos de direito privado” (NAZO, 1978, p. 149). Assim, as relações internacionais podem levar à limitação do *jus imperii* de cada Estado, tendo em vista que tratados internacionais – tanto bilaterais como multilaterais – podem criar regras de vinculação obrigatória entre os Estados pactuantes como, por exemplo, as imunidades diplomáticas e consulares.

Atualmente, a chamada diplomacia entre Estados é exercida principalmente pelos Chefes de Estado, Ministros das Relações Exteriores, agentes diplomáticos e agentes consulares⁷. A diplomacia compreende atividades de representação dos

interesses nacionais dos povos e do próprio governo, sendo o contato material entre eles pacífico ou hostil. Poder-se-ia dizer que este é o direito das gentes aplicado”.

⁷ Segundo Mazzuoli (2015, p. 643), “Todos esses agentes do Estado somados representam o que se chama de *diplomacia*”.

interesses de um Estado em território estrangeiro ou organismos internacionais, ou seja, exercem uma função de representação política. Segundo Soares (1984, p. 45), diplomata “[...] é o agente do Estado, frente aos órgãos de outras pessoas de direito internacional clássico, com funções clássicas de representá-lo, negociar em seu nome e informar-se de assuntos que lhe dizem respeito”.

As normas que regulamentam as relações diplomáticas são regidas pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, editada no âmbito do Direito Internacional Público, em 1963. Antes desse marco normativo, as relações diplomáticas eram regidas pelas normas do direito consuetudinário.

Já as atividades consulares são desempenhadas em territórios estrangeiros, visando fomentar o desenvolvimento das relações comerciais, econômicas, culturais e científicas com o Estado receptor, bem como proteger os interesses das pessoas físicas ou jurídicas no Estado que as recebem como estrangeiros. Logo, é correto afirmar que os cônsules trabalham fora do país de origem⁸. Os cônsules, segundo Mello (1992, p.1052), “[...] podem ser definidos como funcionários públicos do Estado que os envia para o estrangeiro, a fim de aí exercerem determinadas funções, como a proteção dos interesses e de nacionais do Estado que os envia”. As funções desempenhadas por estes no exterior são, segundo Mazzuoli (2015, p. 652), técnicas e não políticas:

Ao contrário do que ocorrem com os agentes diplomáticos, os cônsules não representam o Estado na totalidade de suas relações exteriores e não se encontram acreditados no país anfitrião. Enquanto os agentes diplomáticos desempenham funções políticas de representação, os cônsules são funcionários administrativos ou agentes oficiais do Estado que os nomeia (mas sem caráter diplomático ou representativo) que trabalham em cidades de outros países, agindo como órgão da política comercial, tendo, também, a função de proteger os interesses particulares de seus nacionais. Sua função, portanto, é apolítica e técnica.

No que tange a diferença precípua entre agente diplomático e agente consular, Bolívar (2011, p. 47) conclui que:

Diplomacia é a arte de representar o Estado, uns perante os outros, ou o conjunto de regras práticas referentes às relações pacíficas e as negociações entre Estados – uma dimensão da política externa do Estado. O diplomata desempenha suas funções junto ao governo central; e atua em todo o território do Estado Acreditado – ele representa o Estado de origem junto à soberania local, e para o trato bilateral dos assuntos de Estado. O

⁸ Como exemplo, o cônsul brasileiro nos Estados Unidos tem por função precípua atender aos interesses dos brasileiros que estão temporária ou permanente, em terras estadunidenses.

cônsul, à seu turno, representa o Estado de origem com o intuito de atender, no território em que atue, aos interesses privados de seus compatriotas que ali se encontrem ou aos nacionais que pretendam visitar aquele país, ou estabelecer negociações comerciais. Ele não tem aspecto representativo no sentido político, e atua junto às autoridades locais, e no raio da sua jurisdição consular. Daí porque as suas imunidades são limitadas, em comparação com o diplomata.

Vale ressaltar que, embora não seja o objetivo do presente trabalho aprofundar o conhecimento do desenvolvimento das relações internacionais em sua totalidade, a compreensão do atual estatuto jurídico das relações consulares exige certa digressão histórica que aponte os principais caminhos que levaram à formatação do Direito Internacional Consular vigente. Ademais, o direito de informação e assistência, previsto no Art. 36, §1º, b da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963) – objeto principal deste trabalho – envolve a atuação do agente consular como representante do nacional preso no território do Estado acreditado. Com efeito, nas seções seguintes sintetiza-se os principais eventos históricos que marcaram o nascimento e a evolução da instituição consular nas relações entre Estados, até a codificação da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963.

2.1 AS RELAÇÕES CONSULARES NA ANTIGUIDADE E NA IDADE MÉDIA

As relações consulares entre os povos é um costume internacional que remonta ao ortó da civilização humana, tendo em vista as diversas práticas sociais, políticas, comerciais, marítimas e jurídicas estabelecidas entre os povos. Faz-se mister ressaltar que a historicidade das relações consulares se encontra arraigada no preâmbulo⁹ da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963, que

⁹ Preâmbulo da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963). *In verbis*:

“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,

assim dispõe: “Os Estados Partes da presente Convenção, considerando que, desde tempos remotos, se estabeleceram relações consulares entre os povos [...]”. Por conseguinte, a compreensão do instituto consular não pode se dar fora do estudo das atividades consulares ao longo da história. O uso da expressão “tempos remotos”¹⁰ não foi por acaso, pois a intenção dos “legisladores internacionalistas” foi justamente resgatar toda a base do instituto consular sedimentada antes da Convenção de 1963, sobretudo no que concerne à consolidação das normas do direito consuetudinário que disciplinavam as relações consulares.

Nesse diapasão, Bolívar (2011, p. 26-27) ressalta a evolução do Direito Consular:

A Convenção de Viena sobre Reações Consulares de 1963 codificou as normas costumeiras que há muito regiam a atuação consular, e estabeleceu novos padrões nesse campo. Isso porque, o Direito Consular possui uma história mais antiga e variada que as próprias missões diplomáticas. No decorrer dos séculos, os postos consulares desenvolveram uma grande variedade de tarefas – diplomática, política, comercial, jurídica, marítima – todas deixando sua marca na atividade do cônsul moderno. Ao gerar um sentido de confiança conducente ao comércio, viagens, residência em terras estrangeiras, o cônsul adquiriu a devida importância hoje reconhecida.

Destarte, antes do surgimento do Direito Internacional Público, no século XVI, as relações consulares eram disciplinadas pelo direito consuetudinário, ocorrendo somente em 1963 a codificação do estatuto jurídico do instituto consular em âmbito internacional. Todavia, o texto da norma internacional não exclui as normas extraídas de costumes consolidados, ao longo dos séculos, no plano das relações internacionais. Essa é a Inteligência extraída do preâmbulo da Convenção de 1963 quando ressalta que “as normas de direito consuetudinário internacional devem continuar regendo as questões que não tenham sido expressamente reguladas pelas disposições da presente convenção”.

Uma noção importante retirada do costume internacional, que integra a estruturação do instituto das relações consulares, é a hospitalidade dos estrangeiros

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 [...]”.

¹⁰ Roberto Ago apud Bolívar (2011, p. 27) observa que “[...] o direito inter-Estatal é quase tão antigo quanto o direito das sociedades quase-estatais; na verdade um fenômeno que sempre emergiu e se desenvolveu entre grupo de entidades políticas distintas e soberanas, sempre que relações continuadas e organizadas vieram a existir entre si”.

entre os Estados. Assim, aquele que recebe um indivíduo adventício deve dispensar-lhe o melhor tratamento possível.

A política da “boa vizinhança” é antiga, como evidencia a preocupação com o bom tratamento que deve ser dispensado para com o estrangeiro, constante no Antigo Testamento da Bíblia cristã, conforme ressalta Wladimir Brito *apud* Bolívar (2011, p.27):

[...] no Antigo Testamento a ideia de bondade e hospitalidade devidas ao estrangeiro aparece em vários momentos, por exemplo, no livro do Êxodo, 22, 21, que diz que: “não molestarás, nem afligirás estrangeiro, porque também vós fostes estrangeiro na terra do Egito”, ou no Livro de Levítico, 19, 33 e 34 se diz: “Se algum estrangeiro habitar na vossa terra, e morar entre vós, não impropereis; mas esteja entre vós como um natural; amai-o como a vós mesmo, porque também vós fostes estrangeiros na terra do Egito”.

Há, também, registros históricos de relações consulares no primeiro milênio a.C. nas cidades-Estados gregas, por meio das atividades desenvolvidas pelos denominados *proxenoi*, pessoas indicadas pelos “estados” estrangeiros para representar seus interesses no território grego (BOLIVAR, 2011). Dentre as atividades desenvolvidas pelos *proxenoi*, destacam-se as seguintes:

[...] proteção; segurança para empréstimos; promovia a venda de suas cargas; providenciava o testamento se morriam no estrangeiro sem tê-lo feito. Ele recebia oficiais diplomáticos do “estado que enviava” e os auxiliavam em suas funções, e relações pessoais. Também era chamado para estar presente nas negociações de tratados e nas disputas arbitrárias entre “estado que enviava e o que recebia”. Ocasionalmente, podia ser enviado como embaixador ao estado que previamente representava (BOLIVAR, 2011, p. 29).

A função de *proxenoi* passou a ser valorizada nesse período, inclusive recebendo honras e privilégios distintos, razão pela qual aproximadamente 78 (setenta e oito) Cidades-estados gregas aceitavam os *proxenos* (BOLIVAR, 2011). Os romanos também criaram, aproximadamente no ano 242 a.C., uma instituição para atender aos interesses de estrangeiros, denominada *praetor peregrinus*, com o objetivo de “resolver disputas judiciais entre estrangeiros, ou entre estrangeiros e cidadãos romanos” (BOLIVAR, 2011, p.29).

Avançado para a Idade Média, os romanos cunharam a expressão “cônsul” e a empregaram, no século XII d.C., com a finalidade de conferir um título à pessoa que governava por indicação do Imperador, contudo, sem a função de defender os interesses de estrangeiros. Nesse período, o título de cônsul era concedido aos

magistrados romanos com poderes jurisdicionais específicos para solucionar conflitos em colônias comerciais estrangeiras conquistadas pelo império Bizantino. Ainda segundo Bolivar (2011), entre os séculos XI e XII, a função precípua do cônsul era julgar, e não representar, em território estrangeiro, os interesses de um determinado povo, como retrata o período do cônsul magistrado:

No ano de 1060, Veneza adquiriu o direito de enviar magistrados para Constantinopla para julgar venezianos envolvidos em caso civil e criminais. Os poderes dos magistrados foram estendidos pelo imperador *Alexius III's Golden Bull* em 1119 para cobrir disputas entre venezianos e sujeitos do Império Bizantino. Logo, Gênova (1204); Montpellier (1243) e Narbone (1340) também adquiriram o direito de estabelecer colônias no Império, e indicar seus próprios magistrados em Constantinopla. (BOLIVAR, 2011, p. 30).

Ainda na Idade Média, as corporações de ofício – associações formadas hierarquicamente por mestres, oficiais e aprendizes para regulamentar os procedimentos de produções artesanais – se intensificaram na Europa, e instituíam cônsules magistrados para solucionar eventuais conflitos entre seus membros e estrangeiros. Com o advento das cruzadas e a intensificação do comércio, essas corporações foram para o Oriente e se instalaram, sobretudo, nas regiões do Egito e da Palestina. Estabelecendo-se fora dos “estados” de origem, as associações mantinham cônsules para aplicar no exterior, onde estavam instaladas, as normas do direito nacional, em casos de litígios comerciais.

O papel do “*judges consuls*” é destacado por Bolivar (2011, p.30):

A indicação de cônsules por nacionais residindo no exterior tornou-se uma prática frequente no Oriente. No final da Idade Média, os mercadores estrangeiros nas cidades comerciais da Itália, Espanha e França elegiam companheiros, conhecidos como “*judges consuls*” ou “*consul marchands*” como árbitros de disputas comerciais.

No século XIII, as atividades jurisdicionais dos cônsules passaram da terra para o mar, com a criação do “*Consolato del Mare*”, em 1279, consubstanciado numa coletânea de ordenanças e costumes que contribuíram para a emergência do direito marítimo na Europa. O instrumento reconhecia que cônsules poderiam acompanhar os navios durante suas viagens (BOLIVAR, 2011). O instituto consular nasce e se aprimora, no decorrer dos séculos, em razão das relações comerciais entre os povos, plasmado nas normas consuetudinárias do direito do comércio

internacional, contudo, o que se destaca, neste período, é a função jurisdicional do instituto consular.

Segundo Acciolly; Nascimento e Casella (2012, p. 538):

Os consulados surgiram na Idade Média, ainda que a história nos mostre que na Antiguidade podem ser apontados exemplos de instituições destinadas à proteção dos estrangeiros, como foi o caso da proxenia em Atenas. Foi grande a influência na época das Cruzadas, embora a função consular por excelência era judicial e não comercial, como ocorre atualmente. Além do mais, na maioria dos casos, os primeiros cônsules eram eleitos pelos comerciantes locais e só mais tarde é que a nomeação partiria dos soberanos.

A partir do século XVI, com o incipiente desenvolvimento do Estado, os cônsules perderam a função de julgar e passaram a ser agentes do Estado, nomeados pelo governo, para desempenhar funções em prol de seus interesses em territórios estrangeiros.

2.2 ESTADO MODERNO: O SISTEMA WESTFALIANO E A SECULARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DIPLOMÁTICAS

O fim da Idade Média é marcado pelas disputas de poder entre a Igreja e o Império. Nesse contexto, são criados os “Tratados de Westfália”, instrumentos jurídicos que estabeleceram a paz entre os países beligerantes da “Guerra dos Trinta Anos” (1618-1648). A Guerra teve como protagonistas a União Evangélica, composta por cristãos protestantes, e a Liga Católica, composta por cristãos católicos, que se enfrentaram em diversas batalhas sangrentas, durante trinta anos, iniciando-se no território do Sacro Império Romano-Germânico, atual Alemanha.

Embora a guerra tivesse como pano de fundo a disputa entre católicos e protestantes alemães de uma região específica da Europa, o conflito envolveu vários reinos dominados pelo império dos Habsburgos, como os situados nas regiões da Espanha e Itália. Do outro lado, os reinos da Dinamarca, da Holanda e da Noruega apoiaram os protestantes.

Comumente, a Guerra dos Trinta Anos é dividida, pelos historiadores, em quatro períodos: 1) Período Palatino-Boêmio (1618-1624), guerra entre católicos e protestantes que viviam no território do Sacro Império; 2) Período Dinamarquês (1624-1629), quando a guerra se espalhou pela Europa; 3) Período Sueco (1630-

1635), quando, sob a influência do Cardeal Richelieu, da França, o Rei Gustav II, da Suécia, entra na guerra, impondo uma derrota ao Conde Tilly, em prol dos protestantes, após o Kaiser Ferdinand II promulgar o Édito de Restauração (1629), revogando o Tratado de Paz de Augsburg, impondo o catolicismo em todas as regiões do Sacro Império; 4) Período Francês (1635-1648), quando Richelieu, observando que os católicos Habsburgos haviam derrotado os suecos, convence a Coroa francesa a entrar no conflito, ao lado dos protestantes.

Com a entrada dos franceses no lado protestante, em 1635, a guerra se estendeu por mais treze sangrentos anos, até que, em 1648, os Habsburgos católicos enfraquecidos cederam aos desejos dos adversários e firmaram o acordo de Paz de Westfália, aceitando a liberdade de cultos protestantes no Sacro Império. A França, mesmo sendo um reino predominantemente católico, entra na guerra ao lado dos protestantes com o objetivo de enfraquecer o império Habsburgo, que dominava o continente Europeu no século XVII.

O fim da guerra foi marcado pela assinatura de dois tratados de paz, um chamado *Tratado de Munster*, entre o Império Romano-Germânico católico e a França, com seus aliados, entre os quais a Suécia, outro, chamado *Tratado de Osnabruck*, assinado pelos protestantes do Império Romano-Germânico e a Suécia, com seus aliados, entre os quais a França, ambos conhecidos como os “Tratados de Paz de Westfália” (MAZZUOLI, 2015, p. 71).

A partir de então, ocorreu uma profunda transformação nas relações entre os países europeus, divididos entre protestantes e católicos, pois a França, predominantemente católica, atacou, de forma imprevisível, outro império católico, ao lado dos protestantes, o que era incomum. Destarte, os países começaram a se relacionar visando seus interesses como nação, abandonando, assim, as afinidades religiosas, secularizando, dessa forma, as relações internacionais na Europa.

Nesse sentido, como destaca Mazzuoli (2015, p. 72), “[...] mais do que colocar fim à Guerra dos Trinta Anos, os Tratados de Westfália criaram ‘um sistema pluralista e secular de uma sociedade de Estados independentes, substituindo, desde então, a ordem providencial hierarquizada da Idade Média’”. Por conseguinte, os Estados reconheceram, nos Tratados de Westfália, o princípio da igualdade formal entre os países europeus e a exclusão de qualquer outro poder superior a estes. Assim, a Paz de Westfália representa um divisor de águas na história do

Direito Internacional Público e nas relações internacionais, pois foi em razão deste acontecimento que se erigiu um Direito Internacional propriamente dito, tal como o existente nos dias atuais.

Destarte, o fim da Guerra dos Trinta Anos é o marco histórico não apenas do nascimento do Direito Internacional Público, como também da concepção moderna de Estado, em torno do qual emergiu um novo conceito de soberania estatal, como destaca Serra apud Sicari (2007, p.25):

Por quase 6 anos, nas cidades de Munster e de Osnabruck, católica a primeira e protestante a segunda, reuniu-se o mais elevado congresso diplomático da época que finalizou, através dos Tratados de Westfália, a guerra de Trinta Anos, que ensanguentava a Alemanha. Na origem, esta era tanto religiosa quanto política. A partir de 1635, esta guerra se torna uma luta de influência entre a Casa de França e aquela da Espanha junto de outras Nações. Os Tratados de Westfália foram denominados Carta Constitucional da Europa. Primeiramente, consagraram a definitiva queda do Imperador e do Papa e, em seguida, legalizaram formalmente o nascimento dos novos Estados soberanos, além de criar a nova carta política da Europa. Os Tratados de Westfália foram responsáveis, ainda, pela formação dos primeiros elementos de um direito público europeus. A soberania e a igualdade dos Estados são reconhecidas como princípios fundamentais das relações internacionais.

A partir de então, os Estados passaram a ser percebidos como unidades políticas que representam, na comunidade internacional, os interesses das suas “gentes”, isto é, o Estado passou a ser concebido como sujeito de direito na comunidade internacional, representando os interesses do povo. Ademais, o conceito de soberania deixava de ser encarado apenas do ponto de vista interno, como uma força capaz de submeter os súditos ao poder de um soberano, dentro de uma determinada extensão territorial.

Analisando historicamente a Paz de Westfália e suas contribuições para a concepção moderna de soberania estatal, Mazzuoli (2015, p. 72) explica,

[...] o surgimento do que hoje conhecemos por *Estado moderno*, que a partir desse momento passou a se tornar o sujeito mais importante do Direito Internacional [...]. O Estado nasceria, então, com a característica fundamental de possuir, como elemento essencial de sua existência, uma *base territorial* sobre a qual se assenta a sua massa demográfica de indivíduos. Posteriormente, passaria a ter por elementos caracterizadores uma *unidade política* estabelecida no tempo e no espaço, a existência de *instituições permanentes impessoais*, a condução dos seus negócios por uma *autoridade* e a aceitação da ideia de que esta autoridade conta com a lealdade substancial dos seus súditos. Esse tipo de Estado, desenvolvido a partir da reforma protestante e dos tratados de Westfália, deu origem à chamada *doutrina da soberania* (que já contava com sua formulação teórica desde 1576, no *De Republica* de Jean Bodin), segundo a qual a força capaz

de agregar seres humanos em um dado território é a unidade do poder (*summapotestas*), sem a qual o Estado seria – na expressão de Bodin – como um barco sem quilha.

Com efeito, o sistema internacional westfaliano tinha o Estado como único sujeito do direito internacional público que, com o passar do tempo, foi assentando suas bases sobre os seguintes axiomas: a) Soberania; b) Autodeterminação; c) Igualdade entre as partes contratantes; d) Reciprocidades entre os Estados no cumprimento das obrigações (ALVES, 1997, p. 15). Assim, este sistema nasce como um conjunto de normas e princípios vocacionados a regulamentar as relações entre os Estados, ou seja, os interesses comerciais e diplomáticos entre pessoas jurídicas, sem atenção para com os seres humanos, já que estes não tinham, ainda, acesso direto à comunidade internacional¹¹.

A secularização das relações internacionais, provocada pelo desenvolvimento das relações comerciais entre os Estados nacionais, promoveu profundas transformações no instituto consular, a começar pela necessidade de regulamentação jurídica de sua atividade¹²:

A partir do final do século XVII a necessidade de dotar a função consular de uma regulamentação jurídica da sua organização e da jurisdição dos cônsules começa a impor-se em diversos Estados. Na França, Colbert, em 1681, publica pela primeira vez um regulamento sobre a organização e jurisdição consular – *Ordennance de la Marine* – com 27 artigos, que servirá de modelo à abundante legislação francesa sobre a função consular que se desenvolve a partir de 1778 com “*Edit du Roi portant règlement sur les fonctions judiciaires et de policie qu’exercent les consuls de France em pays étranger*”. (BOLIVAR, 2011, p. 32).

É neste período histórico que o instituto consular começa a tomar as formas que serão aprimoradas nos séculos XIX e XX. As normas incipientes sobre relações consulares desenvolvidas neste momento contribuíram sobremaneira para a codificação das relações consulares em 1963.

¹¹O Direito Internacional Público, com raízes nos tratados de Westfália, começa a ser modificado com o surgimento de instrumentos jurídicos e organismos internacionais que passam a tratar o ser humano como sujeito de direito internacional, impondo restrições ao poder soberano dos Estados, isto é, com criação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no século XX.

¹² Nações expoentes no comércio e nas navegações também começaram a promulgar normas regulamentando as funções consulares no exterior, *ex.gr.* Ordenanças Francesas (1781 e 1833); Regulações Consulares dos Países Baixos (1786); Lei de Serviços Consulares dos EUA (1792 e 1856); Lei Britânica de Avanços Consulares (1825). O Tratado de Comércio Franco-Britânico (1860), entre outros tantos outros, que podem ser constados na história dos Estados Modernos (BOLIVAR, 2011).

Não foi apenas a estrutura geopolítica do Estado Moderno que estimulou a produção de normas para regulamentação das relações consulares, mas também o vultoso desenvolvimento econômico e tecnológico ocorrido na Europa, devido aos avanços nos sistemas de comunicação e navegação. Estes fatores contribuíram para a intensificação das relações consulares em razão do aumento das trocas comerciais entre os Estados: “O final do século XVIII testemunhou o desenvolvimento do comércio, navegações, indústria, tanto que mais uma vez as atenções dos governos se voltaram ao sistema consular” (BOLIVAR, 2011, p.31-32).

Deve-se ressaltar que as relações consulares e diplomáticas no pós-Tratados de Westfália eram voltadas apenas para proteção dos interesses estatais. Nesse sentido, trata-se de uma concepção estatocêntrica, distinta da proteção de interesses de nacionais que se encontrassem em Estado estrangeiro. Segundo Henriques (2016, p.14):

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

Os séculos XIX e XX serão marcados pelo contínuo avanço do desenvolvimento tecnológico, principalmente nos meios de transportes, acelerando ainda mais o comércio entre os Estados e encurtando as fronteiras entre os países. Como consequência, tem-se o crescimento das repartições consulares pelos diversos Estados, como evidenciam Acciolly, Nascimento e Casella (2012, p. 538):

O desenvolvimento da navegação, principalmente depois da descoberta da navegação a vapor, traz consigo o ressurgimento da instituição consular, visto que a independência dos países latino-americanos, com o fim dos monopólios de Portugal e da Espanha, também contribuiu para tanto.

No Brasil, inúmeros tratados bilaterais foram realizados ao longo do século XIX, disciplinando as relações consulares com outros Estados. Analisando o sítio eletrônico do Ministério das Relações Exteriores, constata-se que, no ano de 1877, o governo brasileiro firmou uma convenção internacional bilateral com o governo italiano sobre atribuições consulares. Dentre os termos da Convenção, destaca-se o Artigo 1º, que disciplinava:

Cada uma das altas partes contractantes terá a faculdade de estabelecer e manter consules geraes, consules, vice-consules e agentes consulares nos

portos, cidades ou logares do territorio da outra, onde forem precisos, para o desenvolvimento do commercio e protecção dos direitos e interesses, de seus respectivos subditos, reservando-se exceptuar qualquer localidade onde não seja conveniente o estabelecimento de taes agentes. (sic) (BRASIL, 1877)

O objetivo precípua dos cônsules era atender aos interesses comerciais dos governos e dos respectivos nacionais. No Artigo 4º, os países estabeleceram as imunidades dos agentes consulares durante a prestação dos serviços no Estado-receptor, *in verbis*:

Os consules geraes, consules e os seus chancelleres, vice-consules e agentes consulares gozarão das prerogativas e imunidades geralmente reconhecidas pelo direito das gentes, tais como: a isenção de alojamento militar e de todas as contribuições directas, tanto pessoas como de bens moveis e sumptuarias, impostas pelo Estado ou pelas autoridades provinciaes e municipaes, salvo si possuirem bens immoveis, ou exercerem commercio ou qualquer outra indústria; porque, nesses casos, ficarão sujeitos aos mesmos encargos e taxas que os nacionais.

Gozarão, além disso, da immuniidade pessoal, excepto pelos actos que a legislação penal da Itatia qualifica de crimes e a do Brazil de crimes graves ou inafiançaveis: sendo negociantes, lhes poderá ser applicada a pena de prisão por factos de commercio.

Não poderão ser obrigados a comparecer como testemunhas perante os tribunaes. Necessitando a autoridade local obter de taes funcionarios alguma declaração, ou informação, deverá requisita-la por escripto, ou dirigir-se ao seu domicilio para recebê-la pessoalmente.

Quando uma das altas partes contractantes nomear para seu agente consular no territorio da outra um subdito desta, esse agente continuará a ser considerado como subdito da nação a que pertence, e ficará sujeito ás leis e regulamentos que regem os nacionaes no logar de sua residencia, sem que, entretanto, semelhante obrigação possa por fórma alguma, coarctar o exercicio de suas funções. (SIC) (BRASIL, 1877).

Assim, o estatuto jurídico das relações consulares era constituído pelos países através de tratados ou convenções internacionais bilaterais. Foi somente no século XX que as nações unidas decidiram codificar as regras do instituto consular através de um tratado internacional multilateral.

2.3 O ESTATUTO JURÍDICO DA DIPLOMACIA INTERNACIONAL AO LONGO DO SÉCULO XX: OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE RELAÇÕES DIPLOMÁTICAS E CONSULARES

As profundas transformações sociais, políticas e econômicas ocorridas ao longo dos séculos XIX e XX, no que concerne à intensificação das relações entre as

nações, despertaram uma nova função para as instituições consulares, paralela à defesa dos interesses comerciais do Estado, qual seja: proteger os indivíduos e seus interesses quando em território estrangeiro.

Segundo Henriques (2016), a preocupação do direito internacional com a proteção de pessoas em território estrangeiro foi escrita, pela primeira vez, pelo filósofo, jurista e diplomata suíço, Emer de Vattel, em seu livro *Les Droit des gen: principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, publicado em 1775. Para Vattel (2004), quando um cidadão é prejudicado, o Estado é também prejudicado, cabendo a este, na pessoa do soberano, vingar o cidadão ferido, obrigando o agressor, caso possível, a reparar o dano, ou puni-lo¹³.

Destarte, um nacional que se encontra residindo ou de passagem em um Estado estrangeiro, em razão do vínculo da nacionalidade, passa a ser uma extensão do interesse nacional. Logo, sua proteção torna-se interesse da soberania nacional.

Cançado Trindade (1997) afirma que a causa remota da proteção dos indivíduos pelos Estados encontra-se no Tratado de Londres, de 1794, também conhecido como *Jay Treaty*, um acordo celebrado entre os Estados Unidos e o Reino Unido em razão de controvérsias oriundas da Guerra da Independência. Segundo Cançado Trindade (1997, p.115-116):

O processo de identificação entre os interesses do Estado a exercer a proteção e os de seus cidadãos no exterior talvez tenha se iniciado de forma inconsciente, aparecendo posteriormente com suficiente regularidade como um meio de ajustamento de interesses conflitantes (estrangeiros e Estados de domicílio); ações de reparação ou indenização que anteriormente eram interpostas com base na cortesia internacional e na manutenção de relações amistosas, a partir do Tratado Jay de 1794 (inaugurando a era moderna da arbitragem internacional) gradualmente tornaram-se sujeito de um crescente *corpus* de precedentes judiciais e de jurisprudência sobre solução de ações de indenização por danos causados a estrangeiros. Tornou-se então costumeiro interpor tais ações como reclamações em defesa de um verdadeiro direito, prática ademais encorajada pela inclusão nos tratados de dispositivos para a proteção dos nacionais de cada parte contratante no território da outra. Eventualmente, toda essa prática e a massa de precedentes judiciais incorporaram-se nos tratados de direito, e em meados do século XIX, os governos tratavam habitualmente as questões de proteção como questões legais e justificavam a interposição recorrendo aos princípios do direito internacional e aos

¹³ “Quem maltrata um cidadão indiretamente injúria o Estado, que deve proteger esse cidadão. O soberano deste cidadão deve vingar-lhe a injúria recebida e, se possível, obrigar o agressor a uma reparação integral, ou puni-lo, uma vez que, de outra maneira, o cidadão não obteria a finalidade básica da sociedade civil, que é a segurança” (VATTEL, 2004, p. 231).

escritos dos autores. Em outras palavras, o ajustamento de litígios desse gênero gradualmente institucionalizou-se.

Todo esse cenário levou a comunidade internacional a discutir uma possível codificação das normas costumeiras sobre relações consulares no âmbito do Direito Internacional Público, o que veio a ocorrer em 1963, com a Convenção de Viena sobre Relações Consulares. O binômio guerra e paz sempre fez parte das grandes transformações mundiais, como foi, por exemplo, com o fim da Guerra dos Trinta Anos, quando o Estado Moderno se consolidou, plasmado em normas de Direito Internacional Público. No século XX não foi diferente, quando, após duas guerras mundiais, impactos relevantes foram causados nas relações internacionais e no próprio Direito Internacional Geral.

2.3.1 A Diplomacia Internacional no fim da Primeira Guerra Mundial: O Nascimento da Sociedade das Nações e a Convenção de Havana de 1928

A promissora ideia da criação de um organismo internacional composto por Estados soberanos, capaz de relativizar as soberanias nacionais em prol de interesses comuns das nações, surge com a décima quarta proposta do Presidente dos Estados Unidos, Thomas Woodrow Wilson, para o tratado de paz – Tratado de Versalhes – mencionada na obra de Nicolson (2014, p. 29): “Deve ser formada uma associação geral de nações, segundo pactos específicos, com o fim de proporcionar garantias mútuas de independência política e integridade territorial para grandes e pequenos Estados igualmente”.

Ao pensar quatorze propostas para a paz mundial, o presidente Wilson sabia que não bastaria apenas a deliberação numa única Conferência, pelo contrário, deveria ser criado um organismo internacional com bases permanentes para a manutenção da paz, impedindo-se, assim, a repetição de tragédias semelhantes à primeira guerra mundial. Wilson apud Becker (2011, p. 148), justifica claramente em um de seus discursos a necessidade de se constituir uma Sociedade das Nações:

O que queremos, é que o mundo torne-se um lugar seguro onde todos possam viver, um lugar possível especialmente para qualquer nação ávida por paz como a nossa, para qualquer nação que queira viver livremente sua própria vida, decidir sobre as suas próprias instituições, e certa de ser tratada como toda a justiça e probidade pelas outras nações, em vez de ficar exposta à violência e aos ataques egoístas do passado.

Com base nesta proposta, e após deliberações entre os países na Conferência de Paz, foi criada a chamada “Liga das Nações” ou “Sociedade das Nações”¹⁴, com propósitos universais e bases permanentes, composta, voluntariamente, por Estados soberanos. A Liga das Nações foi organizada por meio de uma assembleia que se reunia uma vez por ano em Genebra, composta por três delegados designados de cada país, e um Conselho, integrado por membros permanentes (representantes das grandes potências aliadas e associadas, quais sejam, Estados Unidos, Reino Unido, França, Itália e Japão) e membros não permanentes, eleitos pela Assembleia (BECKER, 2011, p. 152). Na composição originária, a Rússia, a Alemanha e todos os países vencidos na guerra foram excluídos da Sociedade das Nações (BECKER, 2011), sendo a Alemanha aceita posteriormente.

A parte administrativa do organismo de cooperação internacional ficava sob responsabilidade da Secretária-Geral, órgão que também fazia parte da organização da Liga das Nações. A pedra fundamental da Sociedade das Nações foi o princípio da cooperação entre as nações, visando a garantia da paz e da segurança entre os Estados¹⁵. Ademais, o instrumento internacional que definiu o estatuto jurídico da Liga das Nações, considerava como propósitos:

[...] manter claramente relações internacionais fundadas sobre a justiça e a honra; observar rigorosamente as prescrições do Direito Internacional, reconhecidas de ora em diante como regra de conduta efetiva dos Governos; fazer reinar a justiça e respeitar escrupulosamente todas as obrigações dos Tratados nas relações mútuas dos povos organizados (SOCIEDADE DAS NAÇÕES, 1919).

A primazia do consenso em detrimento da hostilidade entre os Estados para a solução dos conflitos foi consagrada no Artigo 12 do Pacto:

¹⁴ Nos termos no anexo I do Pacto da Sociedade das Nações, os países membros fundadores da Liga foram: Estados Unidos da América, Bélgica, Bolívia, Brasil, Império Britânico, Canadá, Austrália, África do Sul, Nova Zelândia, Índia, China, Cuba, Equador, França, Grécia, Guatemala, Haiti, Hedjaz, Honduras, Itália, Japão, Libéria, Nicarágua, Panamá, Peru, Polônia, Portugal, Romênia, Estado Sérvio-Croata-Esloveno, Sião, Tchecoslováquia e Uruguai. Outros países foram convidados a aderir o Pacto, tais como Argentina, Chile, Colômbia, Dinamarca, Espanha, Noruega, Paraguai, Holanda, Pérsia, Salvador, Suécia, Suíça e Venezuela.

¹⁵ O Pacto previa, como meio para a concretização desse objetivo, a redução de armas de fogo pelos países. Nesse sentido, extrai-se inteligência do Art. 8º: “Os Membros da Sociedade reconhecem que a manutenção da paz exige a redução dos armamentos nacionais ao mínimo compatível com a segurança nacional e com a execução das obrigações internacionais impostas por uma ação comum”.

Todos os Membros da Sociedade convêm que, se entre eles houver um litígio que possa trazer rompimento, o submeterá ao processo de arbitragem ou ao exame do Conselho. Convêm mais que, em nenhum caso, deverão recorrer à guerra antes de expirar o prazo de três meses depois da sentença dos árbitros ou do parecer do Conselho.

Em todos os casos previstos neste artigo a sentença dos árbitros deverá ser dada num prazo razoável e o parecer do Conselho deverá ser lido nos seis meses, a contar da data em que tiver tomado conhecimento da divergência.

Com efeito, a solução pacífica dos conflitos entre as nações deveria ser alcançada pela via diplomática e pelo juiz arbitral internacional, motivo pelo qual foi inserido o Artigo 13 no Pacto, com os seguintes termos:

[...] Os membros da Sociedade acordam que, se houver entre eles um litígio suscetível, na sua opinião, de uma solução arbitral e se esse litígio não puder ser resolvido, de modo satisfatório, **por via diplomática**, será submetido integralmente **à arbitragem**.

Entre os geralmente suscetíveis de solução arbitral, declaram-se os litígios relativos à interpretação de um Tratado, a qualquer ponto de direito internacional, à realidade de qualquer fato que, se fosse determinado, constituiria rompimento de um compromisso internacional, ou a extensão ou natureza da reparação devida pelo mesmo rompimento.

O Tribunal de arbitragem ao qual a causa for submetida será o Tribunal designado pelas partes ou previsto nas suas Convenções anteriores.

Os Membros da Sociedade comprometem-se a executar de boa-fé as sentenças proferidas e a não recorrer à guerra contra todo Membro da Sociedade que com elas se conformar. Na falta de execução da sentença, o Conselho proporá as medidas que devam assegurar seus efeitos. (grifo do autor)

Para o exercício das atividades propostas pelo organismo internacional, o Artigo 7º do Pacto definiu que “Os Representantes dos Membros da Sociedade e seus agentes gozarão, no exercício de suas funções, privilégios e imunidades diplomáticas”. Assim, no âmbito da Sociedade das Nações, a atividade diplomática estava predominantemente voltada aos interesses dos Estados, isto porque o principal objetivo do organismo era evitar o uso das forças armadas na resolução dos conflitos. Ademais, entre os propósitos da Sociedade das Nações encontrava-se o desenvolvimento do Direito Internacional para a codificação dos seus institutos.

No entendimento de Accioly, Nascimento e Casella (2012, p.198):

O desenvolvimento do direito internacional foi uma das preocupações da Sociedade das Nações (SdN), que criou em 1924 a comissão de peritos, está encarregada de verificar o que poderia ser feito no campo da codificação. Diversos projetos foram preparados e, em 1930, reuniu-se na Haia a Primeira Conferência de Codificação do Direito Internacional, quando três tópicos foram abordados: conflitos de nacionalidade; águas territoriais; e responsabilidade por danos a bens de estrangeiros. Foi, contudo, tentativa prematura, tanto assim que a conferência foi considerada um fracasso,

embora a Convenção sobre Conflitos de Nacionalidade (ratificada pelo Brasil) tenha sido assinada.

Em que pese a finalidade cooperativa de garantir o desenvolvimento do direito internacional, a paz e a segurança mundial, por meio da diplomacia e do consenso na resolução dos conflitos entre os Estados, Hobsbawm (1995, p. 41-42) critica a atuação da Liga das Nações:

Quanto ao mecanismo para impedir outra guerra mundial, era evidente que desmoronara absolutamente o consórcio de “grandes potências” europeias que se supunha assegurá-lo antes de 1914. A alternativa, exortada a obstinados politíqueiros europeus pelo presidente Wilson, com todo o fervor liberal de um cientista político de Princeton, era estabelecer uma “Liga das Nações” (isto é, Estados independentes) que tudo abrangesse, e que solucionasse pacífica e democraticamente os problemas antes que se descontrolassem de preferência em negociação pública (“alianças abertas feitas abertamente”) [...] A Liga das Nações foi de fato estabelecida como parte do acordo de paz e revelou-se um quase total fracasso, a não ser como uma instituição para coleta de estatísticas.

A proposta de criação da Liga fora feita por um presidente norte-americano, contudo, os Estados Unidos saíram da composição do organismo, privando-a de qualquer significado real (HOBSBAWM, 1995, p. 42). A ausência de todas as potências mundiais na composição da Liga das Nações representava o seu fracasso total no cumprimento dos preceitos da paz, pois se a guerra fora iniciada pelas grandes potências, somente estas poderiam evitar outras guerras. No mesmo sentido são as críticas do historiador Seaman (1977, p. 196-197):

Uma Liga das Nações que excluía a Alemanha, da qual os Estados Unidos e a Rússia se excluíram, e na qual os britânicos adotavam uma política e os franceses outra totalmente diferente, teve efeito desastroso de apresentar a uma opinião pública cansada de guerra a simples sombra da segurança coletiva. Pior ainda, era uma sombra suficientemente substancial para impedir que os povos percebessem que uma máquina eficaz de preservação da paz simplesmente não existia. Mesmo que essa máquina existisse, vozes estridentes ainda teriam sido erguidas para condená-las, como “dominação de grandes potências”, ou como “volta ao equilíbrio de poder”. Numa frase famosa, mas friamente recebida, Neville Chamberlain diria posteriormente que fora uma “loucura de meados de verão” supor que a Liga das Nações pudesse proteger qualquer um da agressão. Nenhuma lição foi mais claramente escrita na história do século dezenove do que a simples lição de que, assim, como somente as grandes potências podiam iniciar as guerras, somente as grandes potências eram capazes de impedi-las. A Liga das Nações foi um fracasso, pois aquela lição foi ignorada.

A Liga funcionou até a eclosão da segunda guerra mundial, ocasião em que seu fracasso para a manutenção da paz foi constatado (HOBSBAWM, 1995, p.42).

Esta, entretanto, é considerada por muitos doutrinadores do direito internacional dos direitos humanos o embrião do sistema da Organização das Nações Unidas (ONU), criada em 1948 após a segunda guerra mundial.

O movimento internacionalista também acontecia no continente americano. No ano de 1928, em Havana, os Estados americanos, reunidos em uma Conferência resolveram editar normas internacionais disciplinando diversos assuntos. A Conferência Internacional Interamericana produziu o primeiro código de direito internacional privado, chamado Código de Bustamante, publicado em 1928, na cidade de Havana, capital cubana, ratificado e incorporado no Brasil por meio do Decreto nº 18.871/29.

Além do Código de Bustamante, a Conferência de Havana, também, produziu normas de direito internacional público, por meio de: 1) Convenção sobre condição dos estrangeiros; 2) Convenção sobre tratados; 3) Convenção sobre funcionários diplomáticos; 4) Convenção sobre agentes consulares; 5) Convenção sobre asilo e 6) Convenção sobre deveres e direitos dos Estados, nos casos de lutas civis.

Dentre as normas positivadas em Havana, destaca-se a Convenção sobre Agentes Consulares, aprovada pela sexta Conferência Internacional Americana, que definiu os direitos, os deveres, as prerrogativas e as imunidades dos Agentes Consulares no continente¹⁶.

As prerrogativas e imunidades dos cônsules no território do Estado receptor foram estabelecidas nos Artigos 14 a 22, entre as quais se destacam:

ARTICULO 16º

Los Cónsules no están sujetos a la jurisdicción local por los actos ejecutados con carácter oficial en los límites de su competencia. En el caso de que un particular se considere perjudicado por la acción del Cónsul, presentará su reclamación ante el gobierno, el cual, si lo considera procedente, la hará valer por la vía diplomática.

ARTICULO 17º

En cuanto a los actos no oficiales, los Cónsules están sujetos, tanto en materia civil como en materia criminal, a la jurisdicción del Estado en que ejercen sus funciones.

¹⁶ A Convenção foi ratificada pelos seguintes Estados: Peru, Uruguai, Panamá, Equador, México, El Salvador, Guatemala, Nicarágua, Bolívia, Venezuela, Colômbia, Honduras, Costa Rica, Chile, Brasil, Argentina, Paraguai, Haiti, República Dominicana, Estados Unidos e Cuba. A Convenção de Havana foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 18.956, de 22 de outubro de 1929, que definia, em seu Artigo 1º, que “Los Estados pueden nombrar en el territorio de los otros, con el consentimiento expreso o tácito de éstos, Cónsules que representen y defiendan allí sus intereses comerciales e industriales, y presten a sus nacionales la asistencia y protección de que carezcan”.

ARTICULO 18º

La residencia oficial de los Cónsules y los lugares ocupados por las oficinas y archivos consulares, son inviolables, y en ningún caso podrán las autoridades locales entrar en ellas sin permiso de los Agentes Consulares, ni examinar ni apoderarse, bajo pretexto alguno, de los documentos u objetos que se encuentren en una oficina consular. Tampoco se requerirá a ningún funcionario consular para que presente los archivos oficiales ante los tribunales o que declare respecto de su contenido.

Cuando los Agentes Consulares estén dedicados a algún negocio en el territorio del Estado donde ejercen sus funciones, el archivo del consulado y los documentos relativos al mismo, se conservarán en un local completamente separado de aquel en que guarde sus papeles privados o de negocios.(BRASIL, 1929)

A Convenção de Havana de 1928 foi o primeiro instrumento internacional, produzidos por países americanos, na forma de tratado internacional multilateral sobre o instituto consular. Accioly, Nascimento e Casella (2012, p. 197) ressaltam a importância histórica do Código de Bustamante para o Direito Internacional:

No século XIX ocorrem as primeiras importantes tentativas de codificação do direito internacional, sobressaindo nesse particular os projetos de Fliore e de Bluntschli. Em 1902, graças à proposta de José Higino, na Conferência Internacional Interamericana, realizada na Cidade do México, teve início o trabalho de codificação interamericano. O movimento foi coroado de êxito, tanto assim que em 1928 foram assinadas em Havana a Convenção sobre Direito Internacional Privado (o Código Bustamante), bem como diversas convenções de direito internacional, todas elas baseadas no projeto elaborado por Epiácio PESSOA.

Contudo, foi apenas em 1963 que as Nações Unidas decidiram criar um Código internacional para disciplinar as relações diplomáticas entre os Estados soberanos, por meio de duas convenções, uma sobre relações diplomáticas, outra sobre relações consulares.

2.3.2 A Codificação da Diplomacia: A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961) e a Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963)

A Segunda Guerra Mundial é um importante marco histórico para o Direito Internacional. Com o fim da Sociedade das Nações, os Estados do globo terrestre criam a Organização das Nações Unidas (ONU)¹⁷. Nos termos do preâmbulo da Carta de São Francisco (1945) são propósitos da ONU:

¹⁷ A Carta de São Francisco marcou o fim da Segunda Guerra Mundial. O documento foi ratificado pelo Brasil e incorporado no ordenamento jurídico tupiniquim por meio do Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945.

[...] preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

E para tais fins praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.

Com base nestes propósitos, as Nações Unidas passaram a desenvolver inúmeros instrumentos internacionais – tratados, convenções, resoluções, etc. – no âmbito do Direito Internacional, sendo uma fase de grande expansão das normas internacionais.

O expansionismo normativo do sistema jurídico internacional é marcado pela produção do documento mais importante da humanidade, qual seja a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral¹⁸ da ONU, em 1948, por meio da resolução 217-A¹⁹. A resolução tem por objetivo definir quais seriam os direitos humanos, pois a Carta das Nações Unidas (1945), ao estabelecer a promoção e a proteção aos direitos humanos como um dos propósitos da ONU, utilizou expressões genéricas, sem definição. Por esta razão, uma Comissão de Direitos Humanos foi criada para discutir o tema, resultando no texto aprovado pela Assembleia Geral, em 1948, com 30 Artigos definindo os direitos humanos²⁰.

O conteúdo normativo da DUDH é a viga mestra que sustenta a multiplicidade de tratados internacionais que foram promulgados ao longo da segunda metade do século XX. Trata-se de uma verdadeira fonte de irradiação, inspiração e convergência destes instrumentos, como aponta Cançado Trindade (1991, p.1):

¹⁸ A Assembleia Geral é um dos cinco órgãos criados na Carta das Nações, de 1945, que compõe a estrutura do organismo internacional, os demais são: Conselho de Segurança, Conselho Econômico e Social, Conselho de Tutela, Secretário Geral e Corte Internacional de Justiça.

¹⁹ No ano de sua promulgação, em 1948, a Declaração foi ratificada por 48 votos a zero, com 8 abstenções (Bielorrússia, Checoslováquia, Polônia, União Soviética, Ucrânia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul). Atualmente, 193 Estados soberanos ratificaram o texto da Declaração.

²⁰ Piovesan (2015b, p. 216) afirma que, “além da universalidade dos direitos humanos, a Declaração de 1948 ainda introduz a indivisibilidade desses direitos, ao ineditamente conjugar o catálogo dos direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais”.

No decorrer das quatro últimas décadas, o processo histórico de generalização e expansão da proteção internacional dos direitos humanos tem-se marcado pelo fenômeno da multiplicidade e diversidade dos mecanismos de proteção, acompanhadas pela identidade predominante de propósitos destes últimos e pela unidade conceitual dos direitos humanos. [...] A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 constitui um ímpeto decisivo no processo de generalização da proteção dos direitos humanos testemunhado pelas últimas quatro décadas, permanecendo como fonte de inspiração e ponto de irradiação e convergência dos instrumentos de direitos humanos a níveis global e regional.

Em que pese não existir, nos propósitos esculpidos no preâmbulo da Carta de São Francisco (1945), expressamente a preocupação com o Direito Internacional, o Artigo 13 da Carta das Nações determina que é atribuição da Assembleia Geral “promover a cooperação internacional no terreno político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação”.

A respeito do silêncio da Carta sobre o desenvolvimento do Direito Internacional como propósito da ONU, Accioly, Nascimento e Casella (2012, p. 199) afirmam:

A segunda guerra mundial marcou o fim da SdN e a transição desta para o sistema da Organização das Nações Unidas. O projeto de Dumbarton Oaks, que serviu de base à elaboração da Carta das Nações Unidas, silencia quanto ao direito internacional, mas durante a Conferência de São Francisco, de 1945, referência ao direito internacional foi incluída graças às pequenas potências.

Com base nas atribuições conferidas pela Carta de São Francisco (1945), a Assembleia Geral cria a Comissão de Direito Internacional²¹ da ONU, como objetivo principal de tratar da codificação do direito internacional e do seu desenvolvimento (ACCIOLY; NASCIMENTO; CASELLA, 2012). Assim, visando concretizar os objetivos para as quais foi criada, a Comissão de Direito Internacional deu início à codificação do direito internacional, sendo a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, o primeiro importante tratado do século XXI produzido no âmbito das Nações Unidas. Segundo Accioly, Nascimento e Casella (2012, p. 200), a Convenção de 1961 pode ser considerada “[...] um dos mais bem-sucedidos exemplos de codificação do direito internacional” por corresponder ao direito vigente.

²¹ Charles Visscher apud Accioly, Nascimento e Casella (2012, p. 199) afirmava, em 1955, que “hoje em dia as possibilidades de uma codificação do direito internacional num ambiente universal são nulas. O abismo entre as concepções jurídicas que se defrontam no seio da AGNU, mesmo no tocante aos problemas mais fundamentais, é tal que toda nova iniciativa dessa espécie deve ser considerada perigosa para o progresso do direito internacional”.

A Convenção sobre Relações Diplomáticas, com base no propósito constante na Carta de São Francisco (1945), visando concretizar as “relações amistosas entre as Nações, independentemente da diversidade dos seus regimes constitucionais e sociais”, disciplina os direitos, os deveres, as prerrogativas e as imunidades dos agentes diplomáticos. Dentre os Artigos que compõe o instrumento internacional, destaca-se a redação do Artigo 3º, que define as funções da Missão Diplomática:

- a) representar o Estado acreditante perante o Estado acreditado;
- b) proteger no Estado acreditado os interesses do Estado acreditante e de seus nacionais, dentro dos limites permitidos pelo direito internacional;
- c) negociar com o Governo do Estado acreditado;
- d) inteirar-se por todos os meios lícitos das condições existentes e da evolução dos acontecimentos no Estado acreditado e informar a esse respeito o Governo do Estado acreditante;
- e) promover relações amistosas e desenvolver as relações econômicas, culturais e científicas entre o Estado acreditante e o Estado acreditado. (sic)

Como destacam Accioly, Nascimento e Casella (2012, p. 201), a Convenção consolida a tendência do deslocamento da responsabilidade do agente diplomático para a embaixada, com todo seu pessoal. O movimento impulsionado pela Comissão de Direito Internacional da ONU, que culminou na assinatura da Convenção de 1961, sedimentou o caminho para a Conferência sobre relações consulares, que se reuniu dois anos depois, de 4 de março a 24 de abril, em Viena.

2.3.2.1 O Instituto Consular à Luz da Convenção de Viena de 1963

A Convenção de Viena de 1963 é fruto de um árduo e intrincado debate entre 95 Estados, incluindo o Brasil, reunidos entre os dias 04 de março a 22 de abril de 1963, na cidade de Viena, para aprovação do projeto de codificação do Estatuto Consular, proposto pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. A finalidade da Convenção foi disciplinar as relações consulares, definir as funções da repartição consular e de seus agentes, e criar prerrogativas, privilégios e imunidades para o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados.

Ademais, o preâmbulo da Convenção de 1963 dispõe 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”. Em que pese o avanço engendrado pela comunidade internacional em

matéria de codificação das relações consulares, o próprio diploma normativo não desconsiderou os inúmeros tratados, em regra bilaterais, anteriormente firmados pelos Estados antes da Convenção de 1963, conforme determina o artigo 73 da Convenção:

Relação entre a presente Convenção e outros acordos internacionais

1. As disposições da presente Convenção não prejudicarão outros acordos internacionais em vigor entre as partes contratantes dos mesmos.
2. Nenhuma das disposições da presente Convenção impedirá que os Estados concluam acordos que confirmem, completem, estendam ou ampliem suas disposições.

Conforme exposto alhures, antes de 1963 o instituto consular era disciplinado pelo direito consuetudinário, bem como pelos inúmeros tratados bilaterais estabelecidos ao longo dos séculos XIX e XX. A pluralidade de normas discutidas durante a Conferência resultou na formulação de um texto normativo extenso, composto por 79 Artigos. Segundo Accioly, Nascimento e Casella (2012, p. 202):

A adoção da Convenção sobre Relações Diplomáticas como que tornava automática a assinatura da Convenção sobre Relações Consulares, mas, ao passo que na primeira a CDI tivera diante de si uma série de regras relativamente claras e com aceitação generalizada, na segunda, o panorama era menos nítido, pois além do direito internacional costumeiro, a CDI tinha de examinar inúmeras convenções bilaterais, leis internas e usos diversos com o objetivo de preencher os vácuos existentes. O fato é que, ao passo que a Convenção sobre Relações Diplomáticas consta de 53 artigos, a Consular tem 79.

Diante da diversidade de normas incipientes, o debate acerca de quais disposições jurídicas deveria compor o código das relações consulares foi acentuado, motivo de grande desafio para a Comissão de Direito Internacional da ONU. Dentre as inúmeras discussões²² marcantes, destaca-se a deliberação sobre a

²² Outro debate acalorado foi a definição da condição jurídica dos denominados cônsules honorários. Segundo Accioly, Nascimento e Casella (2012, p. 202), "A determinação da condição jurídica dos cônsules honorários foi difícil não só em virtude da quase inexistência de uma prática generalizada e de opiniões doutrinárias, mas principalmente em decorrência das posições distintas dos países possuidores de grandes marinhas mercantes. Países como a Suécia, a Noruega, a Dinamarca, a Grécia e os Países Baixos, possuidores de importantes marinhas mercantes e que necessitam de pessoas capazes e de certa projeção local em todos os portos, possuem serviços consulares muito bem organizados, mas na base de cônsules honorários. Como o título de cônsul traz consigo determinadas vantagens, além da projeção local, razão por que muitos países buscam restringir o número de beneficiários dos privilégios consulares, verificou-se uma tendência desses países de ser mantido o *statu quo*. A Convenção adotou alguns artigos *assimilativos*, em que os privilégios e as imunidades dos cônsules honorários e das repartições por eles chefiadas são análogas às dos cônsules de carreira".

delimitação das funções do consulado. Conforme destacam Accioly, Nascimento e Casella (2012, p.203), uma das missões mais árduas da Conferência foi determinar as atribuições consulares:

Para algumas delegações a solução seria adotar artigo nos moldes da Convenção de Havana sobre Cônsules, segundo a qual “os cônsules exercerão as atribuições que lhes confere a lei do seu Estado, sem detrimento da legislação do Estado onde desempenham as suas funções”. A outra solução favorece a enumeração detalhada das funções, mas a dificuldade consiste precisamente em saber quais as que merecem ser mencionadas. A solução proposta pela CDI e aceita pela Conferência consiste numa definição geral, complementada pela enumeração exemplificativa, mas não exaustiva, das principais atribuições consulares.

Assim, restaram definidas 13 atribuições aos cônsules, previstas no Artigo 5º da Convenção de 1963, contudo, o rol não é taxativo, mas exemplificativo, pois outras funções podem ser exercidas desde que a lei local ou tratado internacional não as proíba. Analisando as atribuições definidas no texto, não há como negar a influência da Carta de São Francisco (1945) no conteúdo normativo de Declaração sobre Relações Consulares, mormente no que concerne ao propósito das Nações Unidas, esculpido no Artigo 1(3) do instrumento intencional, que preceitua:

Artigo 1. Os propósitos das Nações Unidas são:
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;

Assim, é possível afirmar que a assistência consular está a serviço da promoção e proteção aos Direitos Humanos. Dentre as funções que podem ser exercidas pelos Consulados, previstas no Artigo 5º da Convenção, se aproximam do propósito supracitado, as seguintes:

- 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;
[...]
- 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;
[...]

- 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 (sic) 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;(BRASIL, 1967).

Para o exercício dessas funções em território estrangeiro, o país deve criar uma repartição consular, com o consentimento do Estado receptor, nos termos do Artigo 4º, §1º da Convenção, que estabelece que “Uma repartição consular não pode ser estabelecida no território do Estado receptor sem seu consentimento”²³. Accioly, Nascimento e Casella (2012, p.538) definem os consulados como:

[...] repartições públicas, estabelecidas pelos estados, em portos ou cidades de outros estados, com a missão de velar pelos seus interesses comerciais, prestar assistência e proteção a seus nacionais, legalizar documentos, exercer a polícia da navegação e fornecer informações de natureza econômica e comercial sobre o país ou o distrito onde se acham instalados.

É importante ressaltar que as atividades consulares nascem de uma relação diplomática entres os países, contudo, se o estabelecimento de relações diplomáticas implica o estabelecimento das consulares – a menos que haja declaração em contrário –, a ruptura das relações diplomáticas não ocasiona a automática ruptura das relações consulares, que deverá resultar de outra decisão (ACCYOLI; NASCIMENTO; CASELLA, 2012).

O consulado será conduzido pelos chefes de repartição, divididos em quatro classes: cónsules-gerais; cónsules; vice-cónsules; e agentes consulares. Uma pessoa pode alcançar o título de cónsul de duas formas, por meio de concurso público e ingresso na carreira como funcionário público do Estado, conhecido como cónsul *missi*, ou escolhido pelo governo para o exercício de um mandato, denominado de cónsul honorário ou *electi*. O que difere um do outro são as prerrogativas conferidas e a extensão de suas atribuições.

²³ Nos termos do Artigo 4º, §4º: “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”.

Cumprir destacar que o Cônsul honorário pode ser recrutado dentre os nacionais do próprio país acreditado, isto é, o cônsul *electi* prescinde do critério de nacionalidade. A condição jurídica do cônsul honorário encontra-se inserida no Capítulo III da Declaração de 1963, que disciplina “o regime aplicável aos funcionários consulares honorários e às repartições consulares por eles dirigidas”. Uma vez nomeado para o exercício da função, a pessoa recebe um documento denominado “carta patente ou provisão” para ser apresentado ao governo do Estado receptor. Todavia, o agente consular munido com a carta só exercerá suas funções no Estado designado se o governo deste aceitar sua autoridade, aceitação esta denominada *exequatur*, assim definida:

[...] ato pelo qual o governo em que vai servir o Cônsul declara aceita a sua autoridade e lhe permite entrar na função em seu país. Sem esta formalidade, por meio da qual recebe o cônsul a sua *investidura*, não pode ele desempenhar suas funções, salvo por autorização provisória especial. O pedido de *exequatur* é formulado por nota do representante diplomático, acompanhada da carta patente. (MAZZUOLI, 2015, p. 654).

O Artigo 12 da Convenção de 1963 estabelece que o “Estado que negar a concessão de um *exequatur* não estará obrigado a comunicar ao Estado que envia os motivos dessa recusa”, logo, o Estado receptor dispõe da prerrogativa de recusar a pessoa escolhida. A concessão do *exequatur* pode também ser cassada pelo Estado receptor em casos de má conduta do Cônsul ou mesmo quando da ruptura das relações diplomáticas e consulares. Neste caso, o agente consular passa a ser considerado *persona non grata*, devendo o Estado acreditante retirá-lo do território do Estado acreditado.

Accioly, Nascimento e Casella (2012, p. 542) explanam sobre a cassação do *exequatur* e a condição de *persona non grata*, da seguinte maneira:

Conforme visto, o estado de residência tem o direito de exigir a sua retirada, o que ocorre pela anulação do *exequatur*, isto é, declarando-o *persona non grata*. A decisão poderá ser tomada a qualquer momento, sem que o estado seja obrigado a explicar os motivos de sua decisão. Essa norma tem por objetivo evitar que os motivos alegados possam ser contestados pelo estado que envia o cônsul. A anulação do *exequatur* pode ser ocasionada por conduta incompatível do cônsul ou então por motivo político, ou seja, como demonstração menos séria do que a ruptura de relações consulares. Ocorrendo declaração de guerra, a missão consular termina, mas mesmo em tal caso deve haver a cassação do *exequatur*.

É mister ressaltar que há doutrina sustentando que a decisão que cassa ou nega o *exequatur* não precisa ser fundamentada, visto que se trata de um ato de

soberania nacional (MAZZUOLI, 2015). Devidamente reconhecida sua autoridade e investida em suas funções, os funcionários consulares e a repartição gozarão de privilégios e imunidades no território do Estado acreditado. O capítulo II da Convenção de Viena de 1963 é dedicado às “facilidades, privilégios e imunidades relativas às repartições consulares, aos funcionários consulares de carreira e a outros membros da repartição consular”.

A finalidade das garantias de certas imunidades aos agentes consulares encontra-se na permissão do exercício pleno e sem restrições de suas funções, com liberdade e independência de atuação (MAZZUOLI, 2015). Um dos traços marcantes da Convenção de 1963 é a clara distinção entre as prerrogativas e as imunidades relacionadas a repartição consular e as relativas aos funcionários consulares de carreira e outros membros da repartição.

Dentre as diversas prerrogativas e imunidades das repartições consulares, destacam-se a inviolabilidade dos locais consulares (Art.31)²⁴, a isenção fiscal dos locais consulares (Art.32)²⁵ e a inviolabilidade dos arquivos e documentos consulares (Art. 33)²⁶. No que tange aos cônsules e demais membros da repartição, destacam-se as seguintes facilidades, privilégios e imunidades: Inviolabilidade física e imunidade processual, isto é, em regra, os funcionários consulares não estão sujeitos à jurisdição local, não podendo serem detidos ou presos preventivamente por atos de ofício, exceto em casos de crime grave e em decorrência de decisão da autoridade judiciária competente. Em conformidade com as lições Mazzuoli (2015, p.59), o Cônsul que praticar uma infração penal ou civil fora de suas funções responderá conforme a lei do Estado acreditado, como se destaca:

[...] as imunidades dos representantes consulares são relativas e divergem daquelas concedidas aos agentes diplomáticos em dois pontos: a) não existe imunidade absoluta para os representantes consulares (a qual,

²⁴ “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”. (BRASIL, 1967)

²⁵ “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 estará isentos de quaisquer impostos e taxas nacionais, regionais e municipais, excetuadas as taxas cobradas em pagamento de serviços específicos prestados”. (BRASIL, 1967).

²⁶ “Os arquivos e documentos consulares serão sempre invioláveis, onde quer que estejam”. (BRASIL, 1967).

tampouco, se estende aos seus familiares); e b) a imunidade de jurisdição civil a eles concedida (segundo a regra ne *impediatur officium*) restringe-se tão somente aos atos realizados no exercício das funções consulares, não se estendendo aos atos praticados a título particular. Fora dos atos de ofício não existe imunidade para cônsules e funcionários consulares, quer na esfera cível quer na criminal. Neste último caso eles ficam sujeitos a jurisdição local do Estado onde exercem os seus misteres, caso tenham praticado infrações penais comuns (MAZZUOLI, 2015, p. 59). (Grifo no original)

A inviolabilidade pessoal e oficial consiste na impossibilidade de buscas e penhoras por parte das autoridades locais, excetuando as hipóteses de incêndio, calamidade ou prestação de socorro. Existem ainda a imunidade jurisdicional (Art. 43)²⁷, a isenção fiscal (Art. 49)²⁸, a isenção do registro de estrangeiros e da autorização de residência (Art. 46)²⁹.

Vale destacar que as imunidades pessoais dos cônsules não se estendem aos seus familiares, ao contrário do que ocorre com as imunidades pessoais dos diplomatas. Conclui-se, assim, que as imunidades consulares não se confundem com as diplomáticas, no que concerne à relativização de determinadas prerrogativas³⁰. No estatuto consular só há uma única imunidade absoluta

²⁷ “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”. (BRASIL, 1967).

²⁸ “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 selo, sem prejuízo do disposto no artigo 32”. (BRASIL, 1967).

²⁹ “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”. (BRASIL, 1967).

³⁰ Mazzuoli (2015, p. 587) ressalta que “[...] tanto os diplomatas quanto os demais integrantes da missão diplomática (que vão dos terceiros-secretários aos embaixadores, além do Ministro das Relações Exteriores e do Próprio chefe de Estado) gozam de imunidade penal absoluta para os crimes tipificados pelo Direito interno do Estado acreditado, nos termos do art. 31, §1º, da Convenção de Viena de 1961 [...]”.

relacionada com o serviço consular, qual seja, os arquivos e documentos não podem ser violados pelo Estado receptor (MAZZUOLI, 2015).

Dentre as facilidades, privilégios e imunidades relativas às repartições consulares, previstas no Capítulo II, Seção I, da Convenção de 1963, encontra-se a viga mestra do presente trabalho, a saber, a “Comunicação com os nacionais do Estado que envia”, prevista no Artigo 36, §1º (b), que disciplina o seguinte:

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

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

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

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

c) os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conversar e corresponder-se com 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 1 do presente artigo serão exercidas de acordo com as leis e regulamentos do Estado receptor, devendo, contudo, entender-se que tais leis e regulamentos não poderão impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos pelo presente artigo. (BRASIL, 1967)

Franquear ao agente consular o acesso ao cárcere para assistência ao estrangeiro preso em situação de privação de liberdade era já um costume internacional consagrado entre os Estados antes de ser positivado na Convenção de 63. Nesse sentido, ressalta Bolivar (2012, p. 44):

O acesso consular aos seus nacionais em situação de privação da liberdade há muito é uma característica da prática da proteção consular. Antes mesmo da CVRC, os EUA concluíram 28 tratados com provisões de acesso consular, por exemplo, com a Argélia, China, Costa Rica, Chipre, Dinamarca, Etiópia, França, Alemanha, Nicarágua, Paquistão, Filipinas, Serra Leoa, Trinidad e Tobago, Uganda, Reino Unido, Vietnã. Os Estados, rotineiramente instruíam seus cônsules a como atenderem seus nacionais presos. Por exemplo, os cônsules haitianos eram treinados para buscar

permissão nas autoridades locais para visitarem seus nacionais presos; da mesma forma a Holanda, Os EUA, em nota protesto enviada ao Chile em 1925, sobre a detenção de nacionais americanos lá, manifestaram que os *“os nacionais americanos, quando presos no exterior, devem ser autorizados a comunicarem-se com representantes diplomáticos ou consulares de seu país”*. Em 1927, a “Comissão de Reclamação” (EUA-México), no caso de um americano preso durante viagem de negócios ao México, constatou que o ao americano *“não foi permitido por vários dias a comunicação com seu cônsul”* e acrescentou que *“estrangeiro que não é familiar com as leis do país onde temporariamente reside, deveria ser garantida essa oportunidade”* de comunicação com o consulado. A partir daí a *“Harvard Research Draft”*, artigo 11 (d), concluiu que o Estado receptor, sob o direito costumeiro, deve permitir que o cônsul visite seus nacionais quando eles forem presos ou detidos pelas autoridades do Estado receptor. (Grifo do autor)

Analisando a redação do Artigo 36 da Convenção sobre Relações Consulares constata-se que o direito de informação e notificação de assistência consular possui dupla facie. A primeira consiste no dever, da autoridade do Estado acreditado que efetua a prisão, de informar, sem tardar, o direito do detido de se comunicar com a repartição consular que o representa. Quanto à segunda, só acontecerá se o preso manifestar o interesse na assistência consular. Neste último caso, a autoridade do Estado acreditado deve, mais uma vez, sem tardar, enviar a comunicação à repartição consular. Assim, a assistência consular é um direito do estrangeiro preso, cabendo a ele manifestar o interesse ou não pela assistência. Da mesma forma, assistir aos seus nacionais presos é uma prerrogativa dos agentes consulares.

Segundo relatos históricos da Conferência de Viena, analisados com vistas a definir o estatuto jurídico consular, constatou-se que a mesma quase foi encerrada sem a produção do tratado, em razão da ausência de um consenso acerca da necessidade de inserção deste Artigo no texto. Os principais contra-argumentos à adoção do Artigo são destacados por Bolivar (2012, p. 39):

Enquanto havia concordância geral de que o Estado Receptor deveria garantir o acesso quando requerido, os Estados participantes divergiram sobre se o Estado Receptor devia ser obrigado a notificar o consulado sempre quando a prisão de um nacional do Estado que envia – pelo projeto da Comissão de Direito Internacional da das Nações Unidas, sim, conforme o artigo 36 do projeto. Várias objeções à obrigação foram apresentadas. Por exemplo, das Filipinas e Romênia alegaram que um estrangeiro sujeito à jurisdição do Estado Receptor não poderia clamar por um grau de proteção maior do que a dos nacionais daqueles países; e que o argumento de que os estrangeiros privados de sua liberdade não conheciam as leis criminais do Estado Receptor não seria válido. Para a Nova Zelândia e a Malásia, o texto não levou em consideração a realidade da enorme quantidade de imigrantes em alguns países, o que tornaria impossível aplicar o artigo 36

da Convenção. Para a delegação do Equador, a liberdade dos nacionais do Estado que envia de terem acesso aos consulados de seu país, quando privados de sua liberdade, mais combinava com a Declaração Universal de Direitos Humanos do que com uma convenção sobre funções e imunidades consulares.

As delegações da Espanha, Grécia, Brasil, Suécia e Reino Unido posicionaram-se favorável ao texto do Artigo 36 da Convenção. Para os espanhóis, a comunicação entre o preso e a repartição consular “é um dos mais sagrados direito dos estrangeiros residentes no Estado Receptor” (BOLIVAR, 2012, p. 40). Os gregos, por sua vez, ressaltaram a importância da assistência consular afirmando que “a Conferência, em sua tarefa de codificar o direito internacional e costumes sobre as relações consulares, também estava seguindo a tendência atual de promover e proteger os humanos direitos, e as gerações futuras ficariam muito gratas” (BOLIVAR, 2012, p. 41). Na mesma linha, a delegação³¹ brasileira, representada por Gilson Barbosa, afirmou que “seria inconcebível elaborar uma convenção que não incluísse uma disposição do tipo previsto no artigo 36” (BOLIVAR, 2012, p. 41).

Outra polêmica instaurada entre os países refere-se ao conteúdo normativo do Artigo 36 no uso da expressão “sem tardar”. As delegações discutiram qual seria o prazo razoável para atender ao mandamento da norma internacional, tendo em vista que alguns países recebem um grande número de turistas e visitantes, parte deles estrangeiros indocumentados, circunstância que poderia exceder o prazo estipulado pela norma. As delegações não definiram um prazo específico, contudo, deliberaram que, antes da comunicação, o preso deveria ser consultado a fim de manifestar seu consentimento com o envio da notificação ao Consulado (BOLIVAR, 2012).

Os países que compuseram a Conferência de Viena aprovaram, no dia 24 de abril de 1963, o tratado internacional que representa o principal instrumento normativo produzido para disciplinar as relações consulares entre Estados. A

³¹Segundo Bolivar (2012, p. 37), além de Gibson, participaram como representantes da Delegação brasileira: Mario Gibson Alves Barbosa (embaixador para Áustria e presidente da Delegação), Geraldo E. Nascimento e Silva, Ministro Conselheiro em Londres, Carlos F. Duarte Gonzalves da Rocha, Ministro Conselheiro em Viena. Conselheiros Ruy B. Miranda e Silva, Chefe da Divisão Consular, Ministro das Relações Exteriores; Marcos Henrique Menezes Cortes, Segundo Secretário da Embaixada em Viena. M. Gibson Alves Barbosa autuou na Segunda Comissão. O Brasil autuou na Comissão de Redação, juntamente com Argentina, China, Espanha, Estados Unidos, França, Gana, Hungria, Índia, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda, Suíça, União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Convenção de 1963, além de positivizar o costume internacional que regia o instituto consular, disponibilizara um quadro jurídico para a relação consular.

2.3.3 Aspectos Jurídicos da Política Externa e do Instituto Consular no Brasil

A República Federativa do Brasil ratificou e incorporou, na ordem jurídica interna, a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 através do Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965, e a Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963, com o Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967, pautando, assim, sua política externa com base nestes institutos normativos. Destarte, a atual política externa do país encontra-se pautada nas disposições jurídicas da Constituição Federal de 1988, bem como nos dois Códigos da diplomacia entre Estados produzidos no âmbito do direito internacional.

Compulsando o texto normativo da Constituição brasileira constata-se que o país tem por objetivo fomentar e desenvolver relações com Estados estrangeiros devido ao estabelecimento da seguinte premissa normativa: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos”. Para tanto, a Constituição estabelece que as relações internacionais sigam determinados princípios norteadores inseridos no Artigo 4º, *In verbis*:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Com base nestes princípios, o Brasil vem desempenhando um papel de destaque na comunidade internacional, principalmente no que concerne à proteção internacional dos direitos humanos e à relação com os Estados que compõem o

bloco econômico do MERCOSUL, mantendo, desde o advento da Constituição cidadã, um bom relacionamento com os demais países.

Ao Presidente da República brasileira cabe desempenhar as funções de chefe de Estado e Chefe de Governo, todavia, as relações internacionais são conduzidas pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil, órgão específico do governo federal, também denominado Itamaraty³². A diplomacia brasileira se dá mediante as atividades das missões diplomáticas e assistências consulares, sendo estas chefiadas por um Ministro de Estado. No que tange à Chefia de Estado do Presidente brasileiro, Bulos (2007, p. 1011) assevera que:

A Constituição consagrou um Executivo monocrático, cumprindo ao Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado, exercer, ao mesmo tempo, as funções de *chefe de Estado e chefe de Governo*. Como *chefe de Estado*, o Presidente representa a República como um todo, tanto na órbita interna como na órbita internacional. No último caso, age em nome da soberania nacional. Nesse particular, a sua função é um *longa manus* da soberania do Estado. São funções de *chefe de Estado* do Presidente da República (CF, art. 84, VII, VIII, XIX)³³ [...]. (grifo do autor)

Cumprir destacar que o preenchimento do cargo de Ministro das Relações Exteriores se dá por meio de indicação do Presidente da República, que deve recrutar apenas brasileiros natos, uma vez que este compõe o Conselho de Defesa Nacional, sendo, portanto, uma questão de soberania nacional. A definição de brasileiros natos e os cargos privativos estão inseridos no rol do Artigo 12, inciso I, §3º da Constituição Federal. *In verbis*:

Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de país estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

³²Conforme informação extraída do sítio eletrônico do Ministério das Relações Exteriores, o nome Itamaraty está relacionado com o fato de que “Até 1970, a sede do Ministério das Relações Exteriores era o Palácio do Itamaraty, no Rio de Janeiro – e, informalmente, o Ministério passou a ser conhecido pelo nome do edifício que o abrigava”. O costume foi mantido à época da mudança para Brasília, pois o Palácio dos Arcos – nome original do edifício concebido por Oscar Niemeyer – não tardou a ser chamado “Palácio Itamaraty”.

³³ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

[...]

“XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional”.

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; .

[...]

§ 3º – São privativos de brasileiro nato os cargos:

I - de Presidente e Vice-Presidente da República;

II - de Presidente da Câmara dos Deputados;

III - de Presidente do Senado Federal;

IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

V - da carreira diplomática;

VI - de oficial das Forças Armadas.

VII - de Ministro de Estado da Defesa. (Grifo nosso)

Destarte, uma das atividades mais importantes da política externa brasileira é a assistência consular aos brasileiros que se encontram em países estrangeiros. Segundo dados extraídos do site do Itamaraty, existem, atualmente, aproximadamente 3,5 milhões de brasileiros vivendo em outros países, excluídos os turistas. Conforme apontado no início desta seção, as atividades consulares do Brasil estão pautadas no Código Consular Internacional, tendo em vista que o país ratificou a Convenção de Viena sobre relações Consulares e incorporou seu conteúdo jurídico por meio do Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967³⁴. Bolívar (2012, p. 48) tece importantes considerações acerca da carreira consular na legislação brasileira, explicando que:

O Cônsul desenvolve diferentes funções e possui *status* diferente do diplomata. Segundo a legislação brasileira, não existe carreira consular. O cônsul é, simplesmente, o título atribuído ao chefe de um Consulado, que pode ser um Embaixador ou, eventualmente, um Ministro de carreira diplomática. Há também o título de Cônsul-adjunto, atribuído ao diplomata (diplomatas) subordinado(s) ao cônsul. Um funcionário administrativo do Ministério (como Oficial de Chancelaria ou Assistente de Chancelaria) que trabalhe em um Consulado pode receber o título de vice-cônsul.

É importante destacar que, nos termos da legislação brasileira, os cargos do instituto consular, cônsul, cônsul-adjunto e vice-cônsul, não compõem a carreira diplomática, todavia, as funções consulares podem ser exercidas por diplomatas em uma repartição consular no Estado receptor (BOLIVAR, 2012). A representação consular brasileira pode ser feita, no Estado acreditado, por meio da figura do cônsul honorário, podendo este ser brasileiro ou estrangeiro recrutado para o exercício da função por meio de indicação do governo brasileiro.

³⁴ O Brasil ratificou, também, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1961.

De acordo com dados apontados no sítio eletrônico do Ministério das Relações Exteriores, o Brasil possui, atualmente, 136 consulados espalhados pelo mundo, excetuando-se os consulados honorários. Existem, todavia, 51 Estados sem representação consular brasileira.

No que tange à quantidade de consulados de países estrangeiros creditados no Brasil, existem 127 repartições consulares no território brasileiro, a maioria instalada na cidade de Brasília. Assim, o instituto consular se apresenta como uma importante dimensão da política externa do país, mormente no que concerne à proteção dos brasileiros que se encontram no exterior.

3. O CONTEÚDO DO DIREITO DE ASSISTÊNCIA CONSULAR DO ESTRANGEIRO PRESO SEGUNDO DECISÕES INTERNACIONAIS

Além das linhas gerais do conteúdo normativo previsto no Artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963, cabe analisar a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O direito de assistência consular ao estrangeiro preso foi objeto de discussão perante a Corte Internacional de Justiça em três casos emblemáticos: (i) Caso Bread – Paraguai vs. Estados Unidos; (ii) Caso LaGrand: Alemanha vs. Estados Unidos; (iii) Caso Avena: México vs. Estados Unidos. No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a discussão acerca do direito à assistência consular do preso estrangeiro aconteceu na Opinião Consultiva nº 16, de 1º de outubro de 1999, suscitada pelo México contra os Estados Unidos.

Antes da análise dos casos citados faz-se mister descrever a sistemática internacional de julgamento de Estados soberanos, em razão de violações de normas internacionais consubstanciadas em tratados perante as Cortes supranacionais.

3.1 O SISTEMA DE JUSTIÇA INTERNACIONAL E A FUNÇÃO JURISDICIONAL DAS CORTES SUPRANACIONAIS

A possibilidade de um Estado soberano ser processado e julgado perante um órgão internacional com poderes jurisdicionais é recente na história do direito, pois foi apenas com o surgimento das Nações Unidas, no ano de 1945, que a comunidade internacional passou a organizar cortes ou tribunais internacionais com competência para condenar um Estado por violação a uma norma internacional³⁵.

O julgamento de um Estado perante um órgão jurisdicional supranacional decorre do dever de cumprimento das obrigações internacionais, voluntária e

³⁵ Em que pese o movimento de criação de órgãos jurisdicional tenha como marca distintiva a segunda metade do século XX, já existiam tribunais supranacionais, como a Corte Permanente de Justiça, criada por um Comitê Consultivo de Juristas convocado pela Liga das Nações entre os meses de junho e julho de 1920. No ano de 1907, foi projetada a criação de uma Corte Internacional de Presas Marítimas, contudo, a mesma não entrou em vigor por falta do número requerido de ratificações. (CANÇADO TRINDADE, 2013).

consensualmente ratificadas. Quando um Estado quebra esse dever, estabelece-se a condição para o início de um processo internacional.

3.1.1 A Responsabilidade Internacional dos Estados: dos fundamentos da obrigação do cumprimento dos Tratados

Um Estado não é obrigado a ratificar tratados internacionais uma vez que a liberdade contratual é uma norma cogente – *jus cogens*. Todavia, uma vez ratificado o instrumento normativo, o país tem o dever de aplicar seus dispositivos, promovendo e respeitando a norma oriunda do direito internacional. Nesse diapasão, Rodas (1974, p.1) argumenta que a liberdade contratual, no âmbito do direito internacional, compreende:

[...] a liberdade de contratar ou não e a liberdade de determinar o conteúdo do contrato. As partes contratantes em qualquer ordem jurídica estão condicionadas, no tocante à determinação do conteúdo do contrato, à própria ordem jurídica e à realidade social. O princípio reconhecido da liberdade contratual é circunscrito pelo "*jus cogens*" — ordem pública ou leis imperativas — e pelos bons costumes.

A liberdade contratual possui, portanto, dupla face: (i) liberdade de firmar ou não tratados e, (ii) liberdade para definir o conteúdo do instrumento normativo. Ademais, um tratado internacional tem um conteúdo normativo consensualmente deliberado pelos Estados soberanos, motivo pelo qual uma vez ratificado e incorporado na ordem doméstica, o Estado-parte tem o dever de respeitar as normas convencionadas. Quando um Estado assina, na órbita internacional, um tratado e o parlamento ratifica os seus termos, incorporando-o no direito interno por meio de um ato legislativo, o que se observa é própria manifestação da vontade popular que, numa democracia indireta, é representada pelo Presidente da República e pelos membros do Poder Legislativo. Logo, ao depositar, nas urnas, o seu voto para presidente e parlamentares, o cidadão está, indiretamente, autorizando o poder público a assinar tratados e assumir responsabilidades com a comunidade internacional. Nesse sentido, depreende-se que o dever de respeitar normas internacionais não afronta a soberania nacional de um povo, conforme entendimento de Cançado Trindade (1991, p.5-6):

No processo de interpretação dos instrumentos de proteção internacional, como dos tratados em geral, não tem havido – como não poderia haver – lugar para a invocação do dogma da soberania: também no domínio da proteção internacional dos direitos humanos os Estados contraem obrigações internacionais no exercício pleno de sua soberania, e a livre aceitação pelos Estados de obrigações, no plano internacional, não há de ser tida – como não o poderia ser – como um abandono da soberania. É o que reconheceu expressamente, há mais de meio século, a Corte Permanente de Justiça Internacional (caso do Vapor “*Wimbledon*”, 1923), tendo mesmo acrescentado que não pode um Estado Parte alegar ou invocar dificuldades de ordem interna ou constitucional para tentar justificar o não-cumprimento de suas obrigações internacionais (caso dos *Nacionais Poloneses em Dantzig*, 1931), as leis internas ou nacionais, sendo, do ponto de vista do direito internacional, simples *factos* que expressam a vontade e constituem as atividades dos Estados.

Assim como atos normativos oriundos do direito interno, as normas internacionais recebem carga deontológica quando incorporadas pelo processo de ratificação e promulgação de tratados internacionais no ordenamento jurídico doméstico. O dever de cumprir as normas esculpidas no instrumento internacional pode ser inserido no corpo normativo de forma expressa, como acontece, por exemplo, na Carta de São Francisco de 1945. *In verbis*:

Artigo 2. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:
[...]
2. Todos os Membros, a fim de assegurarem para todos em geral os direitos e vantagens resultantes de sua qualidade de Membros, **deverão cumprir de boa-fé as obrigações** por eles assumidas de acordo com a presente Carta. (Grifo nosso)

Contudo, a ausência de previsão expressa no texto não obsta a responsabilidade do Estado em dar cumprimento à norma, uma vez que a obrigação do cumprimento dos tratados surge dos princípios norteadores do direito internacional, quais sejam: *boa-fé* e *pacta sunt servanda*. Segundo Malcolm Shaw apud Mazzuoli (2015, p. 149) o princípio da *boa-fé* é talvez:

O princípio mais importante, que está por de trás de muitas normas de direito internacional. [...] O princípio da *boa-fé*, portanto, é um princípio base que informa e molda a observância das normas de direito internacional, e, além disso, limita as maneiras pelas quais essas normas podem ser legitimamente cumpridas.

O princípio da *boa-fé*, expressão do *pacta sunt servanda*, é tão relevante para a observância, aplicação e interpretação de tratados no âmbito do direito internacional público que foi expressamente inserido no Art. 26 da Convenção de Viena sobre Tratados: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido

por elas de boa fé”. Ao analisar a redação do Artigo 26 da Convenção sobre Tratados, Mazzuoli (2015, p.287) conclui que:

[...] o que se extrai do enunciado do art. 26 da Convenção é que a obrigação de respeitar os tratados é um princípio necessário do Direito Internacional Público; necessário por que sem ele a segurança das relações entre os povos e a paz internacional seriam impossíveis. Além do mais, a referência à *boa-fé* bem demonstra a necessidade de uma convivência harmoniosa entre os Estados, o que não seria possível sem o cumprimento das normas nascidas do seio da sociedade internacional. Cumprir o tratado de *boa-fé* significa que os sujeitos devem agir de modo a que os objetivos perseguidos pelo tratado possam ser satisfeitos, como também já se referiu a CIJ no caso projeto *Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungria Vs. Eslováquia) de 1997. Em suma, o que fez o art. 26 da Convenção de 1969 foi consagrar, de maneira expressa, o próprio *fundamento jurídico* dos tratados internacionais, segundo o qual a obrigação de respeitá-los repousa na consciência e nos sentimentos de justiça internacionais. Sendo os tratados a fonte mais importante do Direito Internacional contemporâneo, o seu respeito por parte dos Estados configura a base necessária para a pacificação mundial e para a conseqüente organização política e internacional do planeta.

Além disso, a Convenção que disciplina o Direito dos Tratados determina, no art. 27, que “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”³⁶. Assim, resta claramente demonstrado que um Estado, em razão da liberdade contratual, não é obrigado a firmar tratados, convenções ou acordos internacionais, porém, se por livre e espontânea vontade ratificar um instrumento internacional deve dar cumprimento ao mesmo, sob pena de ser responsabilizado, internacionalmente, pelo ato de violação.

³⁶ O Artigo 46 da Convenção de 1969 sobre o tratado disciplina as hipóteses de nulidades dos tratados, por meio das disposições de Direito Interno de um Estado e as regras de uma organização internacional sobre competência para concluir tratados. *Ipsis Litteris*:

“1. Um Estado não pode invocar o fato de seu consentimento em obrigar-se por um tratado ter sido manifestado em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, como causa de nulidade de seu consentimento, a não ser que essa violação seja manifesta e diga respeito a uma regra de seu direito interno de importância fundamental.

2. Uma organização internacional não pode invocar o fato de seu consentimento em obrigar-se por um tratado ter sido manifestado em violação das regras da organização sobre competência para concluir tratados, como causa de nulidade de seu consentimento, a não ser que essa violação seja manifesta e diga respeito a uma regra de importância fundamental.

3. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado ou qualquer organização internacional que procede, na matéria, de conformidade com a prática normal dos Estados e, se for o caso, das organizações internacionais e de boa-fé”.

3.1.2 A Função Jurisdicional das Cortes Internacionais

A simples previsão de normas internacionais, sem os meios capazes de exercer a coercibilidade sobre os Estados para sua efetivação no âmbito interno, não produziram os efeitos almejados pela comunidade internacional. Por esse motivo, ao longo do século XX foram desenvolvidos diversos mecanismos para a aferição de violações às normas internacionais. No mesmo sentido, Galindo (2009, p. 182) afirma que:

A mera existência de direitos enumerados em instrumentos internacionais nunca foi suficiente para garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. É por essa razão que desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos tinha-se a plena consciência de que era necessário desenvolver mecanismos para fazer valer os direitos enumerados nos instrumentos internacionais. As normas internacionais de direitos humanos não se reduzem a declarar direitos; há mecanismos – muitas vezes altamente sofisticados – para lidar com as violações desses direitos tanto do ponto de vista preventivo como repressivo.

Assim, uma vez quebrada a obrigação do cumprimento das normas estabelecidas no instrumento internacional, o Estado passa a ser sujeito ativo de uma violação, e deve, em tais casos, arcar com sua responsabilidade internacional, reparando os danos causados, na ocorrência destes. Para tanto, foram desenvolvidos, no âmbito do direito internacional, no que concerne ao sistema de proteção aos direitos humanos, diversos mecanismos de aferição de suas violações.

Ramos (2016, p. 38) classifica os mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos quanto à origem, como unilaterais ou coletivos, quanto à natureza, como políticos ou judiciais, quanto às finalidades, como emissores de recomendações ou deliberações vinculantes, quanto aos sujeitos passivos, Estado ou indivíduo enquanto ao âmbito geográfico de atuação, como globais ou regionais. No entanto, como o presente trabalho não tem por objetivo aprofundar a temática dos mecanismos de proteção, enfatizaremos o estudo dos mecanismos coletivos judiciais, ou seja, os órgãos internacionais com função jurisdicional.

O fundamento para a existência de órgãos internacionais com atribuição de aferição de violações está pautado no princípio da cooperação internacional em matéria de direitos humanos, inserido na Carta de São Francisco³⁷. Por conseguinte,

³⁷ O parágrafo terceiro, do Artigo 1º, da Carta determina que: “Os propósitos das Nações Unidas são: 3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter

no processo de criação de um tratado internacional os Estados podem criar, por meio do consenso, órgãos com poderes de fiscalização e com função jurisdicional. Segundo Ramos (2016, p.75), “O processo coletivo de apuração de violação das normas internacionais de direitos humanos é atividade de verificação ou exame de conduta estatal, que será mensurada segundo parâmetros estabelecidos em normas jurídicas internacionais”. Trata-se, portanto, de uma forma de controle internacional das atividades dos Estados em prol da efetivação das normas internacionais.

Destarte, a comunidade internacional desenvolveu os chamados sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos Fundamentais com a finalidade de apurar a responsabilidade internacional do Estado pelas violações dos tratados. O sistema de proteção se subdivide em (i) Sistema Universal, Global ou Onusiano e (ii) Sistemas Regionais, Americano, Europeu e Africano.

Surge, assim, no âmbito do direito internacional público, a noção de responsabilidade internacional do Estado por violação de normas internacionais, sobretudo aquelas que tutelam os direitos humanos fundamentais. Esta responsabilidade está consubstanciada em três elementos, quais sejam: (i) ato ilícito, (ii) nexo de causalidade entre a conduta infracional praticada pelo Estado e (iii) o dano causado à vítima (RAMOS, 2016). Cada sistema possui mecanismos e órgãos próprios para fiscalização e apuração de violação de normas internacionais. Estes mecanismos podem estabelecer métodos consensuais para a solução dos conflitos ou mesmo contenciosos. Neste último caso, a heterocomposição será aplicada por meio dos órgãos com funções judiciais, isto é, com jurisdição sobre os Estados.

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”. No mesmo sentido, é a redação preambular da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “[...] considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades [...]”.

3.1.2.1 A Corte Internacional de Justiça

A criação de um órgão internacional para o julgamento de Estados e de pessoas³⁸ nasce no seio da Organização das Nações Unidas com a finalidade precípua de proteção dos indivíduos por meio da aplicação de normas de direitos humanos fundamentais, denominada Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. Analisando o texto da Carta de São Francisco de 1945, constata-se que, dos cinco órgãos criados para estruturar a ONU, um é denominado Corte Internacional de Justiça³⁹, órgão com função jurisdicional do organismo internacional⁴⁰.

O capítulo XIV da Carta das Nações (1945) disciplina, em seu Artigo 92, que “A Corte Internacional de Justiça será o principal órgão judiciário das Nações Unidas. Funcionará de acordo com o Estatuto anexo, que é baseado no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e faz parte integrante da presente Carta”.

No que se refere à matéria que pode ser apreciada pela Corte, não se restringe aos tratados de direitos humanos, conforme estabelece o Art. 36 do Estatuto da Corte. *In verbis*: “1. A competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor”. Com efeito, um Estado pode ser levado a julgamento perante a Corte Internacional de Justiça pelo descumprimento das obrigações previstas em tratados, tais como a Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963.

Coadunando-se com o argumento de que a Corte Internacional de Justiça não é um tribunal exclusivo para questões de direitos humanos, a redação do Artigo 36, §2º, do Estatuto, disciplina que:

³⁸ O Estatuto de Roma, elaborado pelas Nações Unidas no dia 17 de julho de 1988, criou a denominada Corte Penal Internacional – também chamado Tribunal Penal Internacional – com o objetivo de julgar os responsáveis pela prática de crimes de maior gravidade com alcance internacional.

³⁹ A Corte é composta por 15 magistrados. O Brasil possui papel de destaque na prestação jurisdicional do órgão judicial da ONU, pois atualmente o brasileiro Cançado Trindade compõe o quadro de juízes do órgão. Antes dele, já atuaram como magistrados na Corte: Francisco Rezek (1997-2006), José Sette Câmara (1979-1988), Levi Fernandes Carneiro (1951-1955) e José Philadelpho de Barros e Azevedo (1946-1951).

⁴⁰ “Artigo 7. 1. Ficam estabelecidos como órgãos principais das Nações Unidas: uma Assembleia Geral, um Conselho de Segurança, um Conselho Econômico e Social, um Conselho de Tutela, uma Corte Internacional de Justiça e um Secretariado”.

Os Estados partes no presente Estatuto poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, *ipso facto* e sem acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto:

- a) interpretação de um tratado;
- b) qualquer ponto de direito internacional;
- c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria a violação de um compromisso internacional;
- d) a natureza ou a extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional.

Soma-se, também, ao raciocínio da competência o teor do Artigo 38 do Estatuto que estabelece os parâmetros utilizados pela Corte na aplicação da norma em casos concretos, isto é, as fontes do direito internacional utilizadas para a solução dos conflitos. *Ipsis litteris*:

Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas;
- d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

Dois são os problemas levantados pela doutrina acerca da prestação jurisdicional da Corte Internacional de Justiça: (i) cláusula facultativa da jurisdição obrigatória e (ii) impossibilidade de acesso direto da pessoa humana ao órgão judicial.

No que diz respeito ao acesso à Corte, extrai-se, do Artigo 93 da Carta de São Francisco (1945), que todos os Estados membros das Nações Unidas fazem parte do Estatuto do órgão judicial. Caso um Estado não faça parte da ONU, poderá tornar-se parte do Estatuto da Corte Internacional desde que recomendado pelo Conselho de Segurança e admitido pela Assembleia Geral. No mesmo sentido é redação do Artigo 36, §2º e 3º do Estatuto da Corte. *In verbis*:

2. As condições pelas quais a Corte estará aberta a outros Estados serão determinadas, pelo Conselho de Segurança, ressalvadas as disposições especiais dos tratados vigentes; em nenhum caso, porém, tais condições colocarão as partes em posição de desigualdade perante a Corte.

3. Quando um Estado que não é Membro das Nações Unidas for parte numa questão, a Corte fixará a importância com que ele deverá contribuir para as despesas da Corte. Esta disposição não será aplicada, se tal Estado já contribuir para as referidas despesas.

Assim, qualquer Estado pode demandar e ser demandado perante a Corte, com ressalvas aos não signatários do tratado (35, §2º), o problema, contudo, é a redação do Artigo 36, §2º, que estabelece:

Os Estados-partes no presente Estatuto poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, *ipso facto* e sem acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica [...].

Trata-se da denominada cláusula facultativa da jurisdição obrigatória⁴¹, que significa dizer que só poderá demandar e ser demandado judicialmente o Estado que, além de ter assinado a Carta de São Francisco, reconhece a competência judicial do órgão.

Acerca do caráter facultativo da jurisdição da Corte, Cançado Trindade (2013) defende a necessidade da concretização de um *jus naecessarium* em detrimento do *jus voluntarium*, alertando para a existência de “concessões indevidas ao voluntarismo estatal” (CANÇADO TRINDADE, 2013, p. 39). No entanto, o que depreende dessa problemática é que, sem as devidas alterações no Estatuto da Corte, dificilmente se atingirá o progresso almejado da jurisdição obrigatória.

Cançado Trindade (2013), na sentença proferida no caso dos conflitos de 2008, na Ossétia do Sul e em Abkhazia, região da Geórgia, elaborou um voto dissidente acerca da aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, propondo, entre os fundamentos de sua decisão, uma solução para a concretização da jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça. Diante da ausência de modificações no Estatuto, a solução para a questão estaria nas denominadas cláusulas compromissórias, inseridas nos tratados internacionais, elegendo a jurisdição da Corte o foro internacional para solução de conflitos inerentes a violação das normas pactuadas. Segundo Cançado Trindade (2013, p. 40-41):

Hoje em dia, as esperanças de avanços rumo ao *jus naecessarium* encontram-se no recurso às cláusulas compromissórias, tendo também presente o princípio do *ut res magis valeat quam pereat*⁴² (correspondente

⁴¹ Cançado Trindade (2013, p. 40) afirma que “[...] o histórico legislativo da cláusula facultativa da jurisdição obrigatória (artigo 36 (2) do Estatuto da Corte de Haia) revela que o seu propósito original era o de atrair a aceitação de todos os Estados e estabelecer a jurisdição internacional resguardando a igualdade jurídica dos Estados; no entanto, a prática estatal de agregar posteriormente restrições (não previstas no Estatuto) à aceitação de tal cláusula desvirtuou o ideal inicialmente professado”.

⁴² Do latim “para que a coisa mais valha que pereça”.

ao *effet utile*⁴³), amplamente respaldado pela jurisprudência internacional, e aplicável, em meu entendimento, em relação as normas tanto substantivas como processuais (como a da aceitação da competência contenciosa do tribunal internacional em questão).

Um exemplo de cláusula compromissória é a redação do Artigo 22 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. *In verbis*:

Qualquer Controvérsia entre dois ou mais Estados Parte relativa a interpretação ou aplicação desta Convenção que não for resolvida por negociações ou pelos processos previstos expressamente nesta Convenção, será o pedido de qualquer das Partes na controvérsia, submetido à decisão da Corte Internacional de Justiça a não ser que os litigantes concordem em outro meio de solução.

Destarte, para que a jurisdição da Corte tenha efetividade, faz-se mister encontrar uma alternativa para que todo Estado se submeta à sua jurisdição. As cláusulas compromissórias, conforme interpretação exposta por Cançado Trindade (2013) parecem ser a melhor alternativa para a solução do problema.

Outra problemática relativa à jurisdição da Corte é o acesso direto de pessoas humanas à justiça internacional, pois em muitos casos a violação da norma internacional é praticada pelo Estado contra um nacional ou estrangeiro que se encontra em seu território. Assim, mesmo quando uma pessoa lesada se encontrar desprovida de meios administrativos e/ou judiciais para solucionar um problema dentro do próprio Estado, esta não pode se valer da justiça internacional em razão da impossibilidade de acesso direto.

A restrição ocorre porque o artigo 34 (1) do Estatuto da Corte disciplina que “Só os Estados poderão ser partes em questões perante a Corte”. Não há dúvidas de que esta restrição de acesso é contrária à própria essência do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, que preza pelo direito de acesso à justiça, não podendo ser compreendido apenas no âmbito interno, mas também no internacional.

O acesso direto do indivíduo à jurisdição da Corte está umbilicalmente ligado aos ideais de afirmação da personalidade e capacidade jurídicas internacionais da pessoa humana, isto é, ao reconhecimento do ser humano como sujeito de Direito

⁴³Tradução livre, “efeito útil” ou “efetividade”.

Internacional, legitimado a buscar o provimento jurisdicional do tribunal internacional. Corroborando com esta ideia, afirma Cançado Trindade (2013, p. 14):

[...] um dos aspectos mais importantes da luta pela realização da justiça no plano internacional diz respeito à afirmação e ao reconhecimento da personalidade e capacidade jurídica internacionais do indivíduo, para vindicar os direitos que lhe são inerentes como ser humano, inclusive *vis-à-vis* seu próprio Estado.

Tal como na cláusula facultativa de jurisdição obrigatória da Corte, Cançado Trindade (2013) postula que o problema do acesso direto pode ser resolvido mediante cláusulas compromissórias, eis que estão diretamente ligadas ao próprio acesso à justiça dos justiciáveis, sob os tratados de direitos humanos. Assim, uma vez reconhecida a competência contenciosa da Corte, o órgão resolverá o conflito por meio da heterocomposição, isto é, aplicando o Direito Internacional no caso em concreto através de uma sentença. A decisão proferida pela Corte deve ser cumprida pela parte condenada. A obrigatoriedade do cumprimento das sentenças do órgão judicial da ONU está esculpida no Artigo 94 da Carta de São Francisco (1945), que disciplina que:

1. Cada Membro das Nações Unidas se compromete a conformar-se com a decisão da Corte Internacional de Justiça em qualquer caso em que for parte.
2. Se uma das partes num caso deixar de cumprir as obrigações que lhe incumbem em virtude de sentença proferida pela Corte, a outra terá direito de recorrer ao Conselho de Segurança que poderá, se julgar necessário, fazer recomendações ou decidir sobre medidas a serem tomadas para o cumprimento da sentença.

A coerção exercida para que os Estados cumpram as decisões da Corte encontra-se no poder do Conselho de Segurança para aplicar as sanções⁴⁴diante do descumprimento injustificado de uma condenação imposta por meio da sentença.

⁴⁴Segundo Baumbach (2014, p. 24), “A sanção, em Direito, pode ser definida como a punição ou medida repressiva ou restritiva imposta visando à garantia do cumprimento de uma norma jurídica. Ao entrarem em operação *ex post facto*, após o descumprimento ou a violação da norma jurídica, as sanções distinguem-se das garantias, que previnem a própria ocorrência da violação ao assegurar o cumprimento da obrigação ou da norma de conduta. Na doutrina jurídica geral, a imposição da sanção pressupõe, portanto, a ilegitimidade do ato a que se refere. No Direito Internacional (DI), contudo, o conceito de sanção é ainda objeto de discussão, pois, conforme pondera Vera Gowlland-Debbas, está no coração de debate acalorado que diz respeito à própria natureza daquele Direito, uma vez que fundamentalmente relacionado com o problema da eficácia de uma dada ordem jurídica. É grande a variação de pontos de vista, entre os juristas, sobre o alcance preciso do conceito, suas formas concretas, seu conteúdo, condições e propósito. Os estudiosos concordam, entretanto, que a sanção no Direito Internacional é consequência da violação de uma obrigação, que gera a imposição de restrição de direitos ao alvo, imposição esta que é por sua vez obrigação dos Estados que aplicam a medida”.

Acerca do efeito da coerção na sanção internacional, Mello (1992, p.931) faz uma importante distinção em relação ao direito interno, nos seguintes termos:

O sistema de sanções no DI é inteiramente diverso do sistema de sanções no direito interno. Na ordem jurídica internacional ele não é monopolizado por um poder central superior aos Estados ou indivíduos, mas, pelo contrário, elas são ainda de fato aplicadas pelos próprios interessados. Por outro lado, elas são coletivas, ao contrário do D. Interno, em que as sanções são individuais.

Em que pese as sanções impostas pelo Conselho de Segurança sejam de cumprimento obrigatório, algumas não são autoexecutáveis, como, por exemplo, as de suspensão ou exclusão da organização internacional. Por outro lado, há sanções que dependem, para sua eficácia, de medidas dos Estados, o que, segundo Baumbach (2014, p.25), “pode gerar problemas de incorporação à ordem interna e de implementação”.

Diante do descumprimento de uma decisão da Corte Internacional de Justiça, o Conselho de Segurança pode aplicar sanções econômicas, de transportes, militares, diplomáticas e culturais, bem como as já mencionadas suspensões ou expulsão do Estado da Organização das Nações Unidas. Cumpre destacar, ainda, a inteligência extraída do artigo 59 do Estatuto da Corte, no sentido de que a sentença proferida só vincula ao cumprimento das obrigações impostas pelos magistrados o Estado condenado. Logo, não há efeito vinculante *erga omnes* das Decisões da Corte, apenas o efeito *inter partes*.

Em que pese à ausência de efeito vinculante geral, a Corte desempenha um importante papel na justiça internacional, pois se trata de um órgão incumbido de interpretar e aplicar as normas do Direito Internacional Geral, o que corre porque não há uma hierarquia entre os tribunais internacionais. Destarte, com base na teoria dos “Diálogos das Fontes”, os tribunais internacionais aplicam, em seus julgados, a jurisprudência oriunda da Corte e vice-versa.

Além da atribuição de resolver conflitos entre Estados (jurisdição contenciosa), a Corte Internacional de Justiça possui também uma função consultiva, isto é, o órgão judicial pode proferir pareceres consultivos sobre qualquer questão jurídica. O pedido de parecer pode ser feito por qualquer Estado membro da ONU ou a “pedido do órgão que, de acordo com a Carta das Nações Unidas ou por ela autorizada, estiver em condições de fazer tal pedido”, nos termos do Art. 65 (1) do Estatuto da Corte.

Assim, tanto na jurisdição contenciosa como na consultiva, a Corte tem atuado como protagonista na atividade de dar coesão e coerência à aplicação das normas do Direito Internacional Geral por meio de suas interpretações materializadas nas sentenças que tem, inclusive, formado uma valiosa jurisprudência em matéria de direito internacional, como a que se extrai dos casos analisados nas seções seguintes.

3.1.2.2 As Funções da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos: O Procedimento Bifásico de Apuração da Responsabilidade Internacional do Estado

A Organização dos Estados Americanos⁴⁵, órgão intergovernamental criado em 1948, desenvolveu seu próprio sistema de proteção às normas de Direitos Humanos no continente com base em quatro instrumentos normativos, quais sejam: Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Carta da Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humano e Protocolo de San Salvador.

Com base nestes tratados foram criados dois sistemas de proteção no continente americano: (i) Sistema da Organização dos Estados Americanos e (ii) Sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos (RAMOS, 2016, p. 205). O Sistema de proteção da OEA é o mais antigo, e tem como um de seus órgãos principais a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com origem e atribuições disciplinadas, em linhas gerais, no Artigo 106 da Carta da OEA (1948). *In verbis*:

[...]

Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria.

Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria.

⁴⁵Atualmente, a OAE é composta por 35 Estados: Antígua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dominica, El Salvador, Equador, Estados Unidos da América, Grenada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Saint Kitts e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.

A Convenção, mencionada no supracitado Artigo, realizou-se no ano de 1969, e teve como fruto a edição do Pacto de San José da Costa Rica, também denominado Convenção Americana de Direitos Humanos. Dos 35 Estados que compõem a OEA, 25 ratificaram o Pacto, todavia, Trinidad e Tobago, em 1998, e Venezuela, em 2012, renunciaram ao tratado, motivo pelo qual, atualmente, são 23 os países signatários.

Com a entrada em vigor da Convenção (1969), os Estados americanos desenvolveram o segundo meio de proteção das normas internacionais, composto por dois órgãos competentes, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada Comissão, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada Corte IDH.

Tendo em vista que um dos objetivos do presente trabalho é extrair o conteúdo do Artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares da jurisprudência internacional, e um parecer consultivo proferido pela Corte IDH contribui sobremaneira para a interpretação do aludido dispositivo, será apresentado, em linhas gerais, o procedimento internacional de proteção estabelecido na Convenção.

No âmbito do Sistema Americano de Proteção, o procedimento de aferição de violações e reponsabilidade internacional do Estado é bifásico, isto é, a Comissão desempenha um papel de suma relevância ao fazer o chamado juízo de admissibilidade da ação que será processada e julgada pela Corte. A divisão das fases encontra respaldo no conteúdo normativo inserido no Artigo 61, §2º do Pacto de San José que prescreve: “Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos Artigos 48 a 50” – leia-se, só após o processo perante a Comissão.

Ao explanar os fundamentos do procedimento de proteção de normas internacionais interamericano bifásico, Ramos (2016, p. 227-228) tece uma crítica:

A redação da Convenção Americana de Direitos Humanos foi obviamente influenciada por dois diplomas normativos internacionais que a antecederam: O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP, 1966) e a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH, 1950). Do PIDCP, reveste-se a divisão entre direitos civis e políticos e direitos sociais em sentido amplo. A opção do Pacto de San José foi claramente a favor da proteção aos direitos civis e políticos. Da CEDH, reveste-se o procedimento bifásico de proteção aos direitos humanos, fundado em uma etapa perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e uma etapa perante a Corte Interamericana de Direitos

Humanos (Corte IDH ou Corte de San José, sede da Corte). Contudo, a influência da CEDH foi imperfeita, pois não há órgão no sistema interamericano que desempenhe o papel original de supervisão e julgamento anômalo das violações que realizava o Comitê de Ministros do Conselho da Europa.

Assim, o procedimento interamericano é bifásico, tal qual seu congênere europeu antes do protocolo n. 11. Há uma etapa, *indispensável*, perante a Comissão e uma eventual segunda etapa perante a Corte IDH.

Com efeito, o Artigo 33 do Pacto (1969) refere-se à Comissão como um dos órgãos competentes para a fiscalização e efetivação dos compromissos internacionais assumidos pelos Estados americanos. No capítulo VII da Convenção, encontra-se a disciplina da organização (Artigos 34 a 40), das funções (Artigos 41 a 43), da competência (Artigos 44 a 47) da Comissão, bem como, do processo (Artigos 48 a 51) perante o órgão.

Muito embora 35 Estados tenham ratificado o Protocolo de Buenos Aires, compondo, assim, a OEA, apenas 23 são signatários da Convenção (1969). A Comissão, no entanto, representa todos os Estados do organismo intergovernamental, nos termos do Artigo 106 da Carta da OEA (1948).

A Comissão é composta por sete membros⁴⁶ que, segundo o Pacto (1969), deverão ser “pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos” e possuir uma importante missão relativa à fiscalização e apuração de violações de direitos humanos, tendo em vista que a Convenção (1969) estabeleceu um extenso rol de funções no Artigo 41. *Ipsis Litteris*:

A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

- a. estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- b. formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
- c. preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
- d. solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;

⁴⁶ O Artigo 36 do Pacto estabelece o procedimento de escolha dos membros: “1. Os membros da Comissão serão eleitos a título pessoal, pela Assembleia Geral da Organização, de uma lista de candidatos propostos pelos governos dos Estados membros. 2. Cada um dos referidos governos pode propor até três candidatos, nacionais do Estado que os propuser ou de qualquer outro Estado membro da Organização dos Estados Americanos. Quando for proposta uma lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional de Estado diferente do proponente”. Cada membro exercerá seu mandato por quatro anos, podendo ser reeleitos uma única vez.

- e. atender às consultas que, por meio da Secretária-geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;
- f. atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e
- g. apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Dentre as funções listadas no supracitado Artigo, destaca-se a inserida na alínea b – formular recomendações, caracterizando o órgão como mecanismo de apuração de violações quase judicial, pois as recomendações fornecem o marco jurídico que atesta o descumprimento das normas internacionais pelos Estados (RAMOS, 2016). Caso um Estado não cumpra a recomendação proposta, a Comissão decidirá pelo encaminhamento da situação à Assembleia Geral para que se tomem as devidas providências, como órgão político da OEA.

A título de exemplo, o governo brasileiro recebeu inúmeras recomendações da Comissão para tomar medidas para a efetivação de direitos humanos no país, tal como a recomendação para a adoção de políticas públicas para a proteção da mulher⁴⁷.

É importante destacar que a Comissão não tem função contenciosa, em razão disso, é classificada pela doutrina como mecanismo quase judicial, motivo pelo qual busca a resolução dos conflitos com base na denominada “jurisdição voluntária”, de natureza administrativa. Destarte, qualquer pessoa pode levar ao conhecimento da Comissão uma violação de direito praticada pelo Estado – direito de petições individuais –, iniciando, assim, um procedimento perante este órgão, pois o Artigo 44 do Pacto (1969) disciplina que:

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.

⁴⁷ O emblemático caso da brasileira Maria da Penha foi objeto de deliberação perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Após ser agredida pelo marido, por anos, sofrendo, inclusive, inúmeros atentados contra a vida, o agressor não foi devidamente punido pela justiça tupiniquim. Ante a negligência do Estado brasileiro, Maria da Penha buscou a proteção internacional, ocasião em que a Comissão reconheceu a violação de direitos humanos por parte do país e recomendou, ao governo, a indenização da vítima, bem como a adoção de políticas públicas de proteção às mulheres. Desse episódio resultou a Lei 11.340/06, batizada Lei Maria da Penha, com a finalidade de conceituar violência doméstica contra a mulher e criar medidas protetivas.

Extrai-se da aludida norma que o direito de petição na Comissão é amplo, ao contrário do que ocorre com os órgãos jurisdicionais, onde o indivíduo não tem legitimidade ativa, apenas os Estados.

No que tange aos Estados, o Artigo 45 do Pacto (1969) define o chamado “direito de comunicação”, exercido por meio de uma denúncia de violação de normas internacionais de direitos humanos, feita por um Estado em desfavor de outro. Porém, o direito de comunicação só pode ser exercido quando os dois Estados reconhecem a competência da Comissão para tanto, logo, trata-se de cláusula facultativa, como disciplina o Artigo 45:

1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado Parte alegue haver outro Estado Parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção.
2. As comunicações feitas em virtude deste artigo só podem ser admitidas e examinadas se forem apresentadas por um Estado Parte que haja feito uma declaração pela qual reconheça a referida competência da Comissão. A Comissão não admitirá nenhuma comunicação contra um Estado Parte que não haja feito tal declaração.

Acerca do direito de petição individual e do direito de comunicação – petição interestatal –, Ramos (2016, p. 228) assinala que “[...] a Comissão pode receber petições individuais e interestatais contendo alegações de violações de direitos humanos. O procedimento individual é considerado de adesão obrigatória e o interestatal é facultativo”.

A apreciação de petições individuais ou comunicações pela Comissão não é, entretanto, incondicional, a Convenção Americana (1969) fixa uma série de requisitos de admissibilidade dos pedidos, conforme apreendido pela redação do Artigo 46:

1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:
 - a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;
 - b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;
 - c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e
 - d. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

Vale ressaltar que a Comissão pode iniciar um procedimento de apuração contra um Estado de ofício, isto é, independentemente de provocação, denominado *motu próprio* (RAMOS, 2016).

Uma importante condição de admissibilidade dos pedidos é o esgotamento dos recursos da jurisdição interna, pois a jurisdição internacional é subsidiária e complementar à jurisdição interna. Logo, é respeitada a soberania nacional, devendo o peticionante comprovar que buscou a solução pelas vias administrativas e judiciais nacionais. Segundo Ramos (2016, p. 230), “A regra do esgotamento dos recursos internos obteve grande aceitação no Direito Internacional graças ao seu papel redutor de tensões entre Estados”.

Entende-se por esgotamento prévio dos recursos internos, nos termos do Artigo 46, §2 do Pacto: (i) não existir o devido processo legal para proteção; (ii) não se ter permitido ao sujeito lesado o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou ainda, ter sido o mesmo impedido de esgotá-lo; (iii) se ocorre a morosidade injustificada na decisão sobre os recursos.

Com efeito, a objeção do Estado denunciado de que não houve esgotamento dos recursos internos deve ser feita no âmbito da Comissão, pois se o mesmo quedar-se inerte frente a essa condição de admissibilidade, não a refutando, entende-se que houve desistência tácita, como ressalta Ramos (2016, p. 231): “Após, não pode o Estado alegar a falta de esgotamento, pois seria violação do princípio de *stoppel*, ou seja, da proibição de se comportar de modo contrário a sua conduta anterior (*non concedit venire contra factum proprium*)”.

A jurisprudência da Corte acrescenta mais três hipóteses que devem ser levadas em consideração no conceito de esgotamento dos recursos internos: (i) o recurso disponível foi inidôneo; (ii) o recurso foi inútil; (iii) faltam defensores ou há barreiras de acesso à justiça (RAMOS, 2016). Assim, é imprescindível o respeito às condições de admissibilidade dos pedidos, sob pena de rejeição da petição inicial.

Nos termos do Artigo 47 do Pacto, a rejeição do pedido inicial se dará quando: (i) não preencher algum dos requisitos estabelecidos no Art. 46; (ii) não expuser fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos pela Convenção (1969), (iii) pela exposição do próprio peticionário ou do Estado, quando for manifestamente infundada ou evidente sua improcedência, (iv) for substancialmente

reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional.

Devidamente recebido o pedido, a Comissão apreciará o mérito da causa, com base nas regras esculpidas no Artigo 48 do Pacto, garantindo, às partes, o direito ao contraditório e à ampla defesa. Ao final, o processo poderá ser arquivado caso entenda que não há violação, ou propor uma solução consensual ao conflito por meio de recomendações. No caso de não resolução amistosa, ou não cumprimento das recomendações por parte de um Estado, a Comissão denunciará o Estado perante a Corte Interamericana (Corte IDH).

O órgão de jurisdição contenciosa da OEA é o segundo meio criado pela Convenção (1969) para a proteção e efetivação das normas oriundas de tratados internacionais. Por jurisdição contenciosa internacional entende-se aquela pela qual um organismo internacional atua para compor a lide, utilizando, para tanto, as normas oriundas do direito internacional. A aplicação da lei, no caso concreto, se dará por um órgão colegiado e imparcial, mediante a provocação do interessado.

A Corte IDH é composta por sete juízes⁴⁸, escolhidos dentre os nacionais dos Estados membros da OEA. Os magistrados serão eleitos, nos termos do Artigo 52 do Pacto, “dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais [...]”.

No campo da competência, a Corte IDH só pode conhecer ações propostas diretamente por Estados ou pela Comissão. Ademais, a competência jurisdicional do organismo está submetida em uma cláusula facultativa, o que significa dizer que um Estado só pode processar ou ser processado se reconhecer, como obrigatória, a aludida competência. Nesse sentido é redação do Artigo 62, § 1º e 2º do Pacto (1969):

1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

⁴⁸ O Artigo 53 do Pacto disciplina que “Cada um dos Estados Partes pode propor até três candidatos, nacionais do Estado que os propuser ou de qualquer outro Estado membro da Organização dos Estados Americanos. Quando se propuser uma lista de três candidatos, pelo menos um deles deverá ser nacional de Estado diferente do proponente” A Convenção veda, expressamente, juízes de uma mesma nacionalidade.

2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte.

A ausência do direito de acesso direto (petição individual) e a cláusula de jurisdição facultativa, tal como ocorre no âmbito da Corte Internacional de Justiça, são objetos de crítica por parte de internacionalistas como Cançado Trindade (2013), Ramos (2016) e Piovesan (2015a), por exemplo. As críticas são pertinentes, tendo em vista que ambas as restrições enfraquecem a jurisdição internacional. Se o objetivo de tais institutos é a proteção do indivíduo, a comunidade internacional deve primar pelo reconhecimento da jurisdição obrigatória e o direito de acesso direto, sob pena de inúmeras violações não chegarem ao conhecimento dos órgãos de proteção.

Em seus julgados, os juízes da Corte IDH devem fundamentar suas decisões com base nas normas esculpidas na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Todavia, os magistrados poderão, também, embasar suas decisões conforme outros instrumentos protetivos de direitos humanos, produzidos no seio da OEA⁴⁹ ou mesmo em tratados e convenções internacionais, oriundos do sistema onusiano⁵⁰.

Ao reconhecer a responsabilidade internacional do Estado, com isenção e imparcialidade, a Corte IDH pode aplicar sanções de diversas naturezas, inclusive, de forma cumulativa, que vão desde desagravo público até reparação pecuniária dos danos causados nas vítimas. Nesse sentido é a redação do Artigo 63 do Pacto (1969):

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

⁴⁹ Como, por exemplo, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Carta da Organização dos Estados Americanos – Protocolo de Buenos Aires, Protocolo de San Salvador, Convenção relativa a abolição da Pena de Morte, Convenção sobre Desaparecimento Forçado e a Convenção para Prevenir e Punir todas as Formas de Tortura.

⁵⁰ A Corte pode aplicar normas extraídas da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, bem como do Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Ademais, se ficar demonstrado que a violação no caso *sub judice* é extremamente grave, sendo a intervenção internacional necessária, de forma urgente, para sanar a configuração de danos irreparáveis, a Corte pode tomar medidas provisórias, nos termos do Artigo 63, §2º da Convenção (1969).

As decisões proferidas pela Corte IDH devem ser cumpridas pelos Estados que reconhecem sua competência, conforme prescreve o Artigo 68, §1º do Pacto: “Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”. Caso um Estado descumpra a sentença, reza o Artigo 65 do Pacto (1969) que:

A Corte submeterá à consideração da Assembleia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças.

Com efeito, a Assembleia Geral da OEA pode aplicar sanções ao país, desde embargos econômicos até a exclusão do organismo internacional. Trata-se de uma sanção de caráter eminentemente político, que, caso ocorra, prejudica a política Externa de um Estado.

Acerca da obrigatoriedade da execução da sentença, Franco (2014, p.33-34):

Ao exercer sua função contenciosa, a Corte IDH produz, ao final de cada processo, uma sentença, que tem dentre suas principais características o fato de ser definitiva e inapelável, conforme previsão do artigo 67 da CADH, e de execução obrigatória, segundo o artigo 68.1 da mesma CADH, devendo ser cumprida de forma integral pelos Estados membros da Convenção em todo caso que figurarem como partes e forem condenados. Tais sentenças não devem ser compreendidas como uma imposição externa aos Estados, e nem tampouco interferem em sua soberania nacional, já que essa instância judicial foi outrora reconhecida pelos mesmos por ato de vontade expresso. Assim, as sentenças da Corte IDH são de cumprimento obrigatório pelos Estados que reconhecem sua jurisdição e que tenham por ela sido condenados em razão de uma violação de direitos humanos. Essa obrigatoriedade é atribuída a dois aspectos fundamentais: a) à existência de dispositivo expresso na CADH, prevendo este caráter mandatário para os Estados que a tenham reconhecido; b) à própria natureza das garantias previstas pela CADH, de norma cogente de direito internacional, o que permite a responsabilização internacional do Estado na hipótese de sua não observância.

A Corte IDH, além da função contenciosa, tem uma função consultiva, consubstanciada em proferir pareceres sobre casos, submetidos por qualquer país

do continente americano, conforme consta na disposição normativa do Artigo 64 do Pacto (1969):

1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.
2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Extrai-se, do supracitado Artigo, que a função consultiva da Corte não se restringe à interpretação das normas oriundas da Convenção (1969), mas de qualquer tratado internacional que possuir normas protetivas de direitos humanos. Ademais, não se exige, na função consultiva da Corte, o reconhecimento da competência obrigatória, isto é, qualquer Estado pode submeter consultas perante o organismo internacional.

Desde a cerimônia de instalação da Corte IDH em San José da Costa Rica, realizada no dia 03 de setembro de 1979, o órgão, com funções contenciosa e consultiva da OEA, constrói uma valiosa fonte de jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos, mormente no que concerne à interpretação das normas e à delimitação de seu conteúdo, possibilitando, assim, a máxima efetividade das disposições normativas com conteúdo voltado à proteção do ser humano.

3.2 O DIREITO DE NOTIFICAÇÃO E INFORMAÇÃO SOBRE ASSISTÊNCIA CONSULAR À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

A Corte Internacional de Justiça proferiu três decisões importantes acerca da aplicação do Artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares. As três sentenças foram proferidas através de jurisdição contenciosa, nos seguintes casos: (i) Caso Bread: Paraguai vs. Estados Unidos; (ii) Caso LaGrand: Alemanha vs. Estados Unidos; (iii) Caso Avena: México vs. Estados Unidos.

Os três casos levados à apreciação da Corte foram contrários aos Estados Unidos da América. Os Estados do Arizona, Texas e Virginia levaram a julgamentos estrangeiros pela prática de crimes e os condenaram à pena de morte. As autoridades públicas desses Estados, contudo, não informavam aos presos estrangeiros o direito de assistência consular, logo, não havia notificação aos respectivos consulados, conduta contrária ao que preceitua o Artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

Em que pese a função precípua da Corte seja julgar controvérsias entre Estados, nos casos analisados, o órgão atuou como instância de controle e averiguação de aplicação do Direito Internacional. Em razão do entendimento de que o Artigo 36 da Convenção sobre Relações Consulares trata de um direito fundamental do indivíduo, previsto na norma internacional, sua violação gera a responsabilidade internacional do Estado que, ao assinar o tratado, obriga-se a cumprir todos os seus termos.

Ademais, justifica-se a atuação da Corte nestes casos, como principal órgão judicial do sistema global de proteção dos direitos humanos, plasmado na Carta das Nações Unidas e na Declaração de Direitos Humanos, tendo em vista que o instituto consular deixou de ser visto, pela comunidade internacional, como mera relação interestatal, pois desde 1963, a relação consular está a serviço da humanidade, para garantir a proteção do ser humano que se encontra fora de seu país de origem.

3.2.1 O Caso Breard – Paraguai vs. Estados Unidos

No dia 01 de setembro de 1992, o paraguaio Angel Francisco Breard, argentino naturalizado paraguaio, foi preso no Estado da Virginia (EUA), por tentativa de estupro e assassinato da americana Ruth Dickie. Por este fato, Breard foi levado a julgamento, no ano de 1993, e condenado à pena de morte em 22 de agosto do mesmo ano⁵¹.

O órgão de acusação estadunidense produziu farta prova para a condenação de Breard que era, inclusive, réu confesso, motivo pelo qual restou

⁵¹ Os fatos relatados na presente seção foram extraídos do “Informe de la Corte Internacional de Justicia – 1º agosto de 1997 a 31 de julio de 1998 - Convención de Viena sobre relaciones consulares (Paraguay contra los Estados Unidos de América). Documentos Oficiales Quincuagésimo tercer período de sesiones Suplemento No. 4 (A/53/4). Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/annual-reports/1997-1998-es.pdf>>.

comprovada a culpabilidade do paraguaio e sua execução marcada para 14 de abril de 1998. Ocorre que, em nenhum momento, seja na fase de investigação ou no curso do processo criminal, o governo estadunidense informou ao réu o seu direito de receber assistência do consulado paraguaio, nos termos do Artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares. De igual modo, o governo estadunidense não notificou o consulado do Paraguai sobre a prisão do nacional.

O governo paraguaio, ao tomar ciência da prisão de Breard, no ano de 1996, interpôs diversos recursos e impetrou *habeas corpus* perante os tribunais estaduais e federais estadunidenses visando anular o processo e a consequente execução do nacional, com base na violação da norma internacional. Contudo, o apelo do Paraguai foi infrutífero, e em todas as instâncias os recursos foram improvidos e os *habeas corpus* negados, esgotando-se, assim, a jurisdição interna.

O principal argumento, utilizado pelo poder judiciário estadunidense, para julgar improcedentes os pedidos de Breard estavam fundamentados na *procedural default doctrine*⁵², com base na ausência de fundamentação da alegada violação à norma internacional na instância estadual (ACCIOLY; NASCIMENTO, CASELLA, 2012).

Em face do esgotamento dos recursos internos, no dia 03 de abril de 1998, o Estado do Paraguai protocola um pedido de abertura de procedimento contencioso contra os Estados Unidos perante a Corte Internacional de Justiça⁵³, submetendo o caso Breard à apreciação do órgão jurisdicional da ONU.

O Paraguai fundamentou a competência da Corte para a apreciação do conflito com base no Artigo 36, §1º do Estatuto da Corte⁵⁴ e o Artigo 1º do Protocolo Facultativo sobre jurisdição obrigatória para solução de controvérsias, que acompanha a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, onde assevera que

⁵² Segundo Bolivar (2012, p. 73), “A Corte distrital rejeitou o *habeas corpus* por conta da doutrina de direito interno conhecida como *procedural default doctrine*, concluindo que ele deveria ter alegado essa violação na instância estadual, e que tampouco havia mostrado “causa ou prejuízo”. O *United States Court of Appeals* confirmou. Daí o apelo foi para a Suprema Corte, por writ of certiorari (em pouquíssimas palavras, um mandado emitido por um tribunal superior para um de jurisdição inferior exigindo o registro de um caso particular), e sem sucesso, pelo mesmo motivo”.

⁵³ O caso foi submetido à apreciação pelos seguintes magistrados: Weeramantry, Schwebel, Oda, Bedjaoui, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra Aranguren, Kooijmans e Rezek.

⁵⁴ “Artigo 36. 1. A competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor”.

“as controvérsias originadas pela interpretação ou aplicação da Convenção se submeterão obrigatoriamente a Corte Interacional de Justiça”.

Acerca da possibilidade de apreciação do caso pela Corte, Accioly, Nascimento e Casella (2012, p. 762) ressalta que:

No caso entre Paraguai e Estados Unidos, encerrado sem julgamento de mérito (1998), esgotados os recursos perante os tribunais internos estadunidenses, o Paraguai ingressa com pedido perante a Corte Internacional de Justiça. Baseia a jurisdição da Corte no fato deste e os EUA serem signatários sem reservas tanto da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (CVRC) como de seu Protocolo facultativo, o qual fixa a jurisdição compulsória da CIJ, nos casos de litígio sobre interpretação e aplicação da Convenção. Alega violação do artigo 36, parágrafo 1º letra (b), e artigo 5º da CVRC.

Com efeito, o Estado paraguaio alegou justamente o direito de proteção consular do seu nacional, visto que os estadunidenses violaram o direito de Breard de ser informado da assistência consular e a violação da prerrogativa da repartição consular de ser notificada da prisão de um nacional.

Os Estados Unidos rebateram a fundamentação paraguaia, alegando que a Corte não teria competência para apreciar a causa, tendo em vista que não existia controvérsia acerca da interpretação e aplicação da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, pois não negaram o descumprimento da normativa internacional. Ademais, sustentaram a ausência de interesse de agir na causa, pois o descumprimento não acarretou prejuízo ao acusado.

O Paraguai, por outro lado, afirmou que a ausência de assistência consular acarretou prejuízos irreparáveis ao direito de defesa do acusado, que teria representação jurídica adequada, bem como a tradução dos atos processuais, que não houve, e que poderia ter contribuído para a tomada de decisões ilógicas do acusado, como a própria confissão do crime.

Outra importante argumentação feita pelo Estado Paraguaio reside na fundamentação do prejuízo em razão das diferenças culturais, tendo em vista que Breard tomava por base a cultura jurídica de seu país, que o levou a crer que sua confissão poderia ser utilizada como ato de misericórdia, quando, na verdade, tornou robusta sua condenação. Logo, com a devida assistência consular, o réu poderia ser alertado das diferenças existentes entre os dois sistemas criminais.

Sobre a diferença cultural como fator prejudicial que poderia ser evitado pela assistência consular, relata Bolivar (2012, p. 75):

A assistência consular oportuna teria incluído o aconselhamento sobre as diferenças culturais e jurídicas entre Paraguai e Estados Unidos, incluindo a oportunidade de aceitar ou rejeitar as “ofertas” da acusação (possibilidade de se negociar a pena – o “*plea bargaining*”) à luz dessas diferenças, a nomeação de um intérprete, um conselheiro jurídico complementar, na identificação e comunicação com os membros da família dele, que poderiam prestar assistência e informações à Defesa, fornecendo registros, documentos e outros elementos úteis, além de financiar o transporte de familiares e outras testemunhas para o estado da Virgínia, para prestarem depoimentos; coletar e apresentar provas favoráveis na fase de sentença e outras formas de assistência jurídica ou não. O Paraguai asseverou que essa assistência consular teria afetado o resultado do processo criminal contra o Sr. Breard, incluindo qualquer pena imposta.

Com efeito, o Estado paraguaio solicitou à Corte que aplicasse o direito de *restitutio in integrum*, isto é, o reestabelecimento da situação existente antes do descumprimento da normativa internacional pelos Estados Unidos. Nesse sentido, colaciona-se trecho do relatório da Corte enviado para Assembleia Geral das Nações (1998, p.38) sobre os pedidos do Paraguai:

El Paraguay pedía a la Corte que fallara y declarara lo siguiente:
"1) Que los Estados Unidos de América, al detener, encarcelar, juzgar y condenar a Angel Francisco Breard, según el relato de los hechos que antecede, han incumplido sus obligaciones jurídicas internacionales para con el Paraguay e impedido el ejercicio de su derecho a la protección diplomática de sus nacionales, tal como se establece en los artículos 5 y 36 de la Convención de Viena;
2) Que por ello el Paraguay tiene derecho a obtener la *restitutio in integrum*;
3) Que los Estados Unidos de América tienen la obligación jurídica internacional de abstenerse de aplicar el principio del defecto de forma o cualquier otro de su derecho interno que impida el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 36 de la Convención de Viena; y
4) Que los Estados Unidos de América tienen la obligación jurídica internacional de ajustarse a las obligaciones internacionales mencionadas cuando procedan a detener o ejercer acciones penales contra Angel Francisco Breard o cualquier otro ciudadano paraguayo en su territorio, por medio de órganos del poder legislativo, ejecutivo, judicial o de otra índole, con independencia de su rango jerárquico y de la naturaleza interna o internacional de sus funciones.

No tocante ao restabelecimento do *status quo ante*, pleiteado pelo Paraguai, os Estados Unidos alegaram que o pedido não deveria prosperar, por ausência de previsão legal da medida no direito internacional.

Diante das obrigações internacionais assumidas pelo Estados Unidos na Convenção sobre Relações Consulares de 1963, e em face da violação do direito de assistência consular, o Paraguai sustentou que:

1) Toda sanción penal impuesta a Angel Francisco Breard en violación de las obligaciones jurídicas internacionales es nula y así deben reconocerlo las autoridades judiciales de los Estados Unidos de América;

- 2) Los Estados Unidos de América deben restablecer el *statu quo ante*, o sea, la situación existente antes de que este ciudadano del Paraguay fuera detenido, juzgado y condenado en violación de las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados Unidos de América; y
- 3) Los Estados Unidos de América deben dar garantías al Paraguay de que no se repetirán estos actos ilícitos. (NACIONES UNIDAS, 1998, p. 38-39).

Ante a iminência da execução de Breard pelo Estado da Virgínia, o Estado paraguaio pediu à Corte a concessão de medida provisória buscando o restabelecimento da liberdade de Breard, ou seja, uma medida de urgência para evitar a execução de nacional. A medida foi concedida pela Corte em 09 de abril de 1998, quando o órgão judicial da ONU determinou, ao governo estadunidense, que evitasse a execução de Breard enquanto não se apreciasse o mérito da causa e a obrigação dos Estados Unidos de apresentarem informações acerca das medidas implementadas para o cumprimento da ordem. Não foi mencionada, na decisão provisória, que Breard deveria ser posto em liberdade, apenas que se obstasse a execução.

O governo estadunidense respondeu à ordem da medida provisória da Corte afirmando que não tinham a obrigação de implementá-la, tendo em vista que o ordenamento jurídico interno, especificamente do Estado da Virgínia, não teria reconhecido a jurisdição do órgão judicial da ONU para o cumprimento de medidas provisórias, isto é, não se trata de uma medida vinculante. Logo, ordenar um Estado federado a cumprir uma medida internacional seria uma interferência injustificada no ordenamento jurídico independente. Ademais, um dos argumentos levantados pelo governo estadunidense foi que, a Corte, agindo dessa maneira, estaria atuando como um “tribunal de recursos criminais”, quando um simples pedido de desculpas bastaria para o caso (BOLIVAR, 2012).

Em que pese a argumentação de não ser a ordem da Corte vinculante, um ofício da Secretária de Estado do Governo Federal foi enviado para o então governador da Virgínia, James S. Gilmore, solicitando a sustação da execução da pena capital imposta a Breard. O argumento do governo federal para convencer o ente federado a sustar a execução foi calçado na alegação de que a negação de um pedido da Corte corresponderia a negar a importância do direito internacional, mormente no que concernem as funções do órgão judicial da ONU. Além do mais, o descumprimento do ato poderia estabelecer uma crise nas relações internacionais

com outros Estados, que limitaria a assistência da repartição consular dos Estados Unidos aos estadunidenses em situação de prisão em outros países.

O governador da Virgínia, no entanto, ignorou os fundamentos do ofício e não atendeu ao pedido do governo federal, adotando os fundamentos da decisão da Suprema Corte num *habeas corpus* que fora impetrado para evitar a execução do paraguaio com base na medida provisória. Nessa decisão, a Suprema Corte Americana alegou que não poderia intervir no sistema jurídico criminal dos Estados, com base na doutrina federalista. Assim, o Estado da Virgínia executou a pena de morte imposta a Breard, no dia 14 de abril de 1999, através de uma injeção letal. Após a execução, os Estados Unidos pediram desculpas pela violação do Artigo 36 da Convenção sobre Relações Consulares e prometeram engendrar esforços para cumprir a norma internacional. A Corte, por fim, não julgou o mérito do caso.

Com a morte de Breard, o Paraguai pediu a desistência da ação proposta⁵⁵ perante a Corte, impedindo, assim, o que seria a primeira manifestação do órgão judicial da ONU sobre o direito consular. O pedido de encerramento do procedimento foi realizado em virtude de uma negociação entre os Estados litigantes. O objeto do acordo versava acerca de uma condição, se o Paraguai desistisse da ação perante a Corte, o governo estadunidense retiraria o Paraguai da lista de países omissos no combate à pirataria (ACCIOLY; NASCIMENTO; CASELLA, 2012).

O caso Breard, Paraguai vs. Estados Unidos revelou, para a comunidade internacional, o verdadeiro “calcanhar de Aquiles” do sistema de justiça internacional, qual seja, o descumprimento de ordens exaradas por órgãos com poder jurisdicional.

A ausência de um órgão ou mecanismo internacional de execução das medidas impostas pela Corte dificulta o cumprimento das mesmas na ordem interna, pois cabe ao Estado implementar a sentença e informar as medidas tomadas para tanto, abrindo, dessa maneira, margem para seu descumprimento ou morosidade. Ademais, ficou demonstrado que não há falar em efeito vinculante das decisões da

⁵⁵ No dia 10 de novembro de 1998 a Corte ordenou a exclusão do caso Paraguai contra Estados Unidos (caso Breard) da pauta de julgamento do órgão, tendo em vista o pedido expresso do governo paraguaio, conforme consta no “Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas e providencias de la Corte Internacional de Justicia, p. 46”.

Corte, uma vez que o poder judiciário estadunidense alegou uma doutrina de direito interno (pacto federalista) em detrimento da decisão oriunda do direito internacional.

Ao descumprir a medida provisória imposta pela Corte Internacional de Justiça, os Estados Unidos violaram a regra consubstanciada no Artigo 94, que disciplina que “Cada Membro das Nações Unidas se compromete a conformar-se com a decisão da Corte Internacional de Justiça em qualquer caso em que for parte”, bem como a norma cogente do *pact sun servanda*.

Por outro lado, em que pese não haver julgamento do mérito do caso, ao proferir medida provisória contrária aos Estados Unidos a Corte reconheceu, pelo menos em tese, que este violou o direito de assistência consular do indivíduo.

3.2.2 O Caso Walter e Karl LaGrand – Alemanha vs. Estados Unidos

Os irmãos Walter e Karl LaGrand nasceram na Alemanha, nos anos 1962 e 1963, respectivamente. No ano de 1967, foram para os Estados Unidos da América, quando tinham, respectivamente, 05 e 04 anos de idade, isto é, passaram a residir e viver nos Estados Unidos adquirindo, inclusive, a nacionalidade americana. Contudo, em 1982, se envolveram no roubo a um banco no Estado do Arizona, sendo que durante a execução do crime, o gerente do banco foi assassinado e outro funcionário da agência sofreu lesões consideradas graves⁵⁶.

Dois anos após a prática do crime, os irmãos LaGrand foram condenados, na primeira instância estadual, à pena de morte. Nos anos posteriores, continuaram a sistemática processual por meio da interposição de recursos, tanto no âmbito estadual quanto no federal. Durante a tramitação dos meios de impugnação da decisão, no ano de 1992, os irmãos LaGrand descobriram, por fontes não oficiais, que tinham o direito de assistência do consulado alemão, e enviaram uma notificação para a repartição consular germânica. Impende ressaltar que, no dia 31 de dezembro de 1998, as autoridades estadunidenses formalizaram uma notificação, enviada aos LaGrand, informando-lhes o direito de assistência consular.

⁵⁶ Os fatos relatados na presente seção foram extraídos do “Informe de la Corte Internacional de Justicia” – 1º agosto de 1999 a 31 de julio de 2000 - Convención de Viena sobre relaciones consulares (Paraguay contra los Estados Unidos de América). Asamblea General Documentos Oficiales Quincuagésimo quinto período de sesiones Suplemento No. 4 (A/55/4). Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/annual-reports/1999-2000-es.pdf>>.

Diante da violação do direito de assistência consular, conforme previsto no Artigo 36, §1º (b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, os irmãos LaGrand passaram a argumentar, em seus recursos e *habeas corpus*, a violação da norma internacional. Contudo, os tribunais estadunidenses não aceitaram a fundamentação com base no instituto do *procedural default* (vício de procedimento), impossibilitando a apreciação de teses pelas instâncias superiores, que não foram arguidas nas instâncias inferiores.

Esgotados os meios de impugnação, a Suprema Corte do Estado do Arizona marcou a data de execução da pena de morte de Karl LaGrand, para o dia 24 de fevereiro de 1999, e de Walter LaGrand, para o dia 03 de março de 1999. Ciente das datas designadas para a execução, o governo alemão tentou, por meios diplomáticos, negociar a suspensão das penas impostas aos seus nacionais, porém, todas as tentativas restaram infrutíferas.

A pena de Karl LaGrand foi executada na data definida pela justiça do Arizona. Contudo, no dia 02 de março de 1999, um dia antes da execução de Walter, o Estado alemão valeu-se do direito de comunicação e apresentou procedimento perante a Corte Internacional de Justiça, requerendo medida provisória para suspender a execução.

O pedido do governo alemão estava fundamentado no Artigo 5º – funções consulares – e 36, §1º (b) – comunicação com os nacionais que envia – da Convenção de Consular (1963), tendo em vista que os Estados Unidos e a Alemanha são signatários do tratado internacional. Já a competência da Corte para a apreciação do caso estava respaldada no Artigo 36, §1º do Estatuto da Corte, e no Artigo 1º do Protocolo Facultativo à Convenção de 1963 sobre Jurisdição Obrigatória para solução de controvérsias.

No que tange aos pedidos feitos pelo governo alemão à Corte, se assemelham ao caso *Breard*, isto é, solicitam pronunciamento ao órgão de jurisdição internacional da ONU:

- 1) Los Estados Unidos, al detener, recluir, enjuiciar, condenar y sentenciar a Karl y Walter LaGrand, tal como se describe en la exposición de los hechos que antecede, incumplieron sus obligaciones internacionales con Alemania, por derecho propio y en cuanto a su derecho de protección de sus nacionales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5 y 36 de la Convención de Viena;
- 2) Por lo tanto, Alemania tiene derecho a una reparación;

3) Los Estados Unidos tienen la obligación internacional de no aplicar la doctrina del “vicio de procedimiento” ni otra doctrina de derecho interno que obste al ejercicio de los derechos que se conceden en virtud del artículo 36 de la Convención de Viena; y

4) Los Estados Unidos tienen la obligación internacional de proceder, en el futuro, de conformidad con las obligaciones internacionales mencionadas al detener en su territorio a cualquier nacional de Alemania o al entablar una acción penal en su contra, independientemente de que se trate de un poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial o de otra índole, o de que ese poder ocupe una posición superior o subordinada en la estructura de organización de los Estados Unidos o de que las funciones de ese poder sean de carácter internacional o interno; y, de conformidad con las mencionadas obligaciones internacionales (NACIONES UNIDAS, 2000, p.35).

Em conformidade com as supracitadas obrigações internacionais, o governo alemão requereu: 1) Nulidade do processo condenatório; 2) Indenização pela morte de Karl LaGrand; 3) Restabelecimento do *status quo ante* (*restitutio in integrum*) no caso de Walter LaGrand; 4) Garantias de que os estadunidenses não repetissem mais a violação do direito à assistência consular.

Diante da iminência da execução de Walter, o governo alemão solicitou a aplicação de medida provisória, fundamentado na importância da inviolabilidade do direito à vida, que se encontra respaldada no direito internacional. Segundo o Artigo 6º do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, o direito à vida é inerente à pessoa humana e está protegido pelo direito. Para a concessão da medida provisória, os alemães argumentaram que,

Teniendo en cuenta las graves y excepcionales circunstancias de este asunto y en vista de la importancia primordial que Alemania atribuye a la vida y la libertad de sus nacionales, se requieren urgentemente medidas provisionales para proteger la vida del nacional de Alemania Walter LaGrand y la facultad de la Corte para declarar el derecho de reparación que corresponde a Alemania en la causa de Walter LaGrand, es decir, el restablecimiento del *status quo ante*. Si no se aprueban las medidas provisionales solicitadas, los Estados Unidos ejecutarán a Walter LaGrand, como ejecutaron a su hermano Karl, antes de que la Corte pueda examinar el fondo de los argumentos presentados por Alemania y se privar para siempre a este país de la posibilidad de que se restablezca el *status quo ante* en caso de que se falle a su favor. (NACIONES UNIDAS, 2000, p.36).

No dia da execução de Walter LaGrand, a Corte deferiu o pedido (*motu proprio*) de medidas provisórias solicitado pela Alemanha em detrimento dos Estados Unidos, fixando as seguintes medidas: 1) O governo federal dos Estados Unidos deveria tomar todas as medidas possíveis para impedir a execução de Walter até o julgamento do mérito da demanda perante a Corte; 2) O governo

federal estadunidense deveria transmitir a providência para a suspensão da execução ao governo do Estado do Arizona.

Vale destacar que, em regra, o deferimento ou indeferimento do pedido de medidas provisórias pela Corte só ocorre após a realização de uma audiência, onde a parte contrária expõe seus argumentos sobre o pedido. Todavia, diante da exiguidade do tempo e da urgência – a medida foi solicitada no dia da execução de Walter – os juízes decidiram, por unanimidade, inclusive os juízes norte-americanos, deferir o pedido do Estado alemão sem o contraditório. Essa foi a primeira vez que a Corte decidiu pela concessão de medidas provisórias *motu próprio*.

Informado sobre o teor da medida provisória da Corte, o órgão de clemência do Estado do Arizona sugeriu ao governador a suspensão da execução de Walter por 60 dias. Contudo, o chefe do executivo estadual não aceitou a sugestão e executou Walter LaGrand, na câmara de gás, no dia marcado.

Segundo Sala (2009, p. 97), as autoridades estadunidenses sustentaram o descumprimento alegando que:

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 que a Corte estava atuando como um tribunal internacional de apelações.

Todos os argumentos levantados pelos Estados Unidos foram rechaçados pela Corte, principalmente a tese de que estaria atuando como tribunal de apelação, pois sua atuação estava pautada no conteúdo normativo do Artigo 38 do Estatuto⁵⁷, no exercício da função de aplicar o Direito Internacional para resolver conflitos entre as partes.

Como no caso Breard, os EUA reconheceram a violação do direito à assistência consular e pediram desculpas à Alemanha. Contudo, ao contrário do

⁵⁷ “Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas;
d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem”.

ocorrido no caso Breard, o governo germânico, mesmo diante da morte de seus nacionais, não desistiu da ação, e a Corte apreciou o mérito da demanda sobre o direito de assistência consular pela primeira vez na história do órgão judicial da ONU.

3.2.2.1. Delimitação do Conteúdo Normativo do Direito de Assistência Consular à Luz da Jurisprudência da Corte: A Sentença de Mérito do Caso LaGrand

Dentre os pedidos do Estado Alemão para a manifestação da Corte na decisão de mérito no caso dos irmãos LaGrand, destaca-se a obtenção do juízo declaratório do órgão reconhecendo o Artigo 36, §1º (b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares como um direito individual da pessoa humana que se encontra na condição de estrangeiro processado judicialmente.

Adicionalmente ao reconhecimento do direito de assistência consular como direito individual, o Estado Alemão pediu à Corte que se pronunciasse sobre a natureza de direito humano do supracitado artigo como norma desse ramo específico do Direito Internacional. Para tanto, a Alemanha solicitou que a Corte empregasse um critério interpretativo evolutivo nos termos do Artigo 31, §3º (c) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em razão da evolução constante do Direito Internacional dos Direitos Humanos. *In verbis*

Art. 31. Regra Geral de Interpretação

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

A Alemanha embasou o pedido invocando, também, a interpretação progressista do direito à assistência consular proferida pela Corte IDH na Opinião Consultiva 16/99, argumentando ser clara a inteligência extraída do Artigo 36, §1º (b) da Convenção de 1963, no sentido de que o dispositivo cria direitos individuais e direitos para Estados.

Para os Estados Unidos, o pedido da Alemanha não possuía respaldo no Direito Internacional, pois a Convenção de Viena de 1963, não sendo um tratado de direitos humanos, não conferia direitos aos estrangeiros, alegaram também que os procedimentos processuais penais não sofrem impactos de obrigações contraídas em razão da ratificação de tratados internacionais. Diante da tese e antítese postas, a Corte firmou a decisão no sentido de que o Artigo 36, §1º (b) é um direito fundamental da pessoa humana, pois a redação do Artigo é clara no sentido de que o indivíduo tem o direito, se quiser, que as autoridades do Estado receptor notifiquem o consulado que lhe representa, sem tardar, de que sua prisão ou detenção foi efetuada.

Para a Corte, a caracterização da assistência consular como direito individual pode ser extraída do próprio conceito de opção pelo exercício do direito, pois após ser informado do mesmo, cabe ao preso decidir pela assistência da repartição consular.

O reconhecimento da assistência consular como direito fundamental pela Corte não foi pioneiro, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já havia se posicionado acerca da natureza da norma, o que não retira a importância da decisão do órgão judicial da ONU. Segundo Henrique (2016, p.81), “o entendimento da Corte, embora não tenha sido pioneiro, haja vista a já conhecida OC16/99 da CtIDH, amplia em escala geográfica a interpretação acerca da proteção à pessoa humana sobre o tema”.

Comparando as duas decisões, constata-se que há uma grande diferença entre ambas, tendo em vista que a Corte Interamericana reconheceu a assistência consular como um direito humano, inserido num tratado de natureza interestatal. Por outro lado, a Corte Internacional de Justiça não respondeu categoricamente o pedido do adicional do Estado Alemão. No mesmo sentido, analisa Henriques (2016, p.81):

[...] Contudo, diferentemente da CtIDH, que, ressalte-se, não foi citada em nenhuma passagem de toda a sentença do caso LaGrand, a CIJ entendeu que, verificada a violação ao artigo 36, 1, “b”, da CVRC e que esta implica a não observância de um direito individual, “não se faz necessário considerar o argumento adicional desenvolvido pela Alemanha a esse respeito”, isto é, se o direito à assistência consular é um direito humano. Essa ausência de resposta categórica sobre o caráter de direitos humanos da assistência consular seria então objeto de demanda específica do México no caso Avena, conforme será analisado a seguir.

Assim, restou fixado na jurisprudência internacional o caráter de direito individual da assistência consular, prevista no Artigo 36, §1º (b) da Convenção de 1963, em detrimento da objeção estadunidense.

Outros pontos relevantes da decisão no Corte Internacional de Justiça no caso LaGrand, são: (i) condenação da arguição da regra interna do vício no procedimento (*procedural default*) para impedir o direito de assistência consular, devendo o país adequar sua legislação interna com os preceitos da norma internacional; (ii) as medida provisórias devem ser cumpridas pelos Estados com base no Artigo 94 §1º da Carta das Nações Unidas⁵⁸; (iii) o pedido de desculpas não é suficiente para garantia da não repetição, devendo o país permitir a revisão e a reconsideração das penas impostas, em caso de violação do direito à assistência consular.

3.2.3 Caso Avena – México vs. Estados Unidos

Em 09 de janeiro de 2003, o Estado do México iniciou um procedimento judicial contra os EUA perante a Corte Internacional de Justiça em razão da condenação de 54 mexicanos à pena de morte nos Estados da Califórnia, Texas,

⁵⁸Henriques (2016) afirma que uma interpretação gramatical equivocada dos EUA levou o país a considerar a inexistência de efeito vinculante no cumprimento de medidas provisórias. A divergência entre as palavras “*indicate*” e “*suggested*” da versão em inglês e “*indiquer*” e “*l’indication*” da versão em francês levou os EUA entenderem pelo caráter mais brando da versão em inglês, a fim de justificar a não obrigatoriedade das Medidas Provisórias. Primeiramente, a Corte se deparou com a inexistência, na Carta da ONU, de disposição acerca de resolução de conflitos sobre as duas versões oficiais do Estatuto. Contudo, buscou-se, nos mecanismos de interpretação vigentes na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Artigo 31), os objetivos e propósitos do Artigo 41 do ECIJ, cuja proposição é do jurista brasileiro Raul Fernandes, quando da elaboração do Estatuto da CPJI. Da leitura do Artigo 94, 1, da Carta da ONU, que afirma que “cada Membro das Nações Unidas se compromete a conformar-se com a decisão da Corte Internacional de Justiça em qualquer caso em que for parte”, entendeu a Corte que não há distinção entre decisões e que, portanto, há obrigatoriedade de cumprimento de todas as decisões da CIJ, inclusive as existentes nas Medidas Provisórias.

Illinois, Arizona, Arkansas, Florida, Nevada, Ohio, Oklahoma e Oregon, sendo-lhes negado o direito de assistência consular⁵⁹.

O fundamento jurídico da ação encontra-se na violação dos Artigos 5º e 36 da Convenção de Viena sobre relações Consulares (1963). A competência da Corte para a apreciação da causa foi fundamentada nos Artigos 36, §1º do Estatuto da Corte e 1º do Protocolo Facultativo a Convenção de 1963 sobre Jurisdição Obrigatória da Corte para solução de controvérsias.

Na fundamentação da ação, o México alega que os 54 casos demonstram que os Estados Unidos violam sistematicamente a obrigação de assegurar ao estrangeiro preso o direito de informação e notificação de assistência consular. Dentre os casos, ficou comprovado que, em 49 casos, as autoridades estadunidenses descumpriram completamente a obrigação prevista no Artigo 36 da Convenção de 1963, sendo os mexicanos declarados culpados e condenados à pena capital⁶⁰. Constatou-se, ainda, que, em 04 casos, as autoridades estadunidenses informaram aos mexicanos o direito de ser assistido pelo consulado, tendo os mesmos aceitado o patrocínio. Todavia, não houve notificação, sem demora, ao consulado mexicano. Em um caso, restou demonstrado que o preso teve seu direito de assistência consular notificado, porém, de forma inadequada.

Com efeito, o Estado mexicano pediu para que a Corte declarasse em sua decisão que:

- 1) los Estados Unidos, al detener, ingresar en prisión preventiva, juzgar, declarar culpables y condenar a 54 nacionales mexicanos a la pena de muerte, conforme se describe en la presente demanda, incumplió sus obligaciones jurídicas internacional para con México, de acuerdo con la propia legislación y en el ejercicio del derecho de protección consular de sus nacionales conforme a lo previsto en los artículos 5 y 36, respectivamente, de la Convención de Viena;
- 2) México tiene, por tanto, derecho a una *restitutio in integrum*;
- 3) incumbe a los Estados Unidos la obligación jurídica internacional de no aplicar la doctrina de la inobservancia procesal o cualquier otra doctrina de su ordenamiento jurídico para impedir el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 36 de la Convención de Viena;
- 4) los Estados Unidos tienen la obligación jurídica internacional de llevar a cabo cualquier detención futura o cualquier acción penal contra los 54

⁵⁹ Os fatos relatados na presente seção foram extraídos do “Informe de la Corte Internacional de Justicia” – 1º de agosto de 2002 a 31 de julio de 2003 – Avena y otros nacionales mexicanos (México contra los Estados Unidos de América). Asamblea General. Documentos Oficiales Quincuagésimo octavo período de sesiones Suplemento N° 4 (A/58/4). Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/annual-reports/2002-2003-es.pdf>>.

⁶⁰ Posteriormente, o número foi reajustado pelo México e reduzido para 52 casos, entre eles encontrava-se Carlos Avena, que dá nome ao terceiro caso, num lapso de cinco anos, contra os EUA pela mesma violação.

nacionales mexicanos que están en el corredor de los condenados a muerte, o contra cualquier otro nacional mexicano que se encuentre en su territorio, con pleno respeto por parte del poder constituyente, legislativo, ejecutivo, judicial o de otro tipo de las obligaciones jurídicas internacionales anteriormente mencionadas, independientemente de la posición superior o subordinada que a ese poder le corresponde dentro del marco de la organización de los Estados Unidos, y tanto si las funciones de ese poder tienen un carácter internacional o interno;

5) el derecho a la notificación consultar en virtud de la Convención de Viena es un derecho humano. (NACIONES UNIDAS, 2003). (Grifo nosso)

As declarações solicitadas no caso Avena são semelhantes às anteriores. A diferença encontra-se no pedido expresso para a Corte declarar o caráter de norma de direitos humanos do Artigo 36 da Convenção de Viena de 1963. Acerca do pedido de reconhecimento da assistência consular como norma de direitos humanos, Sala (2009, p.103) relata que:

[...] 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 a sua infração viciaria o processo criminal. (Grifo do autor)

Especificamente neste ponto, os Estados Unidos sustentaram que a Corte não possuía competência para afirmar se esta ou aquela norma seria de direitos humanos ou um direito fundamental do devido processo. Em face das obrigações supramencionadas, o governo do México pediu para a Corte condenar os Estados Unidos a: 1) Restabelecer o *status quo ante*; 2) Não aplicar normas do direito interno para impedir o pleno cumprimento da assistência consular; 3) Reparação dos danos causados por meio de indenizações ao Estado do México e aos presos; 4) Garantias de não repetição.

Com efeito, diante da visível gravidade e em caráter de urgência, o México requereu a aplicação de medidas provisórias para evitar as execuções até o julgamento do mérito da causa. Em face do pedido, foi realizada, no dia 21 de janeiro de 2003, uma audiência prévia para alegações orais das partes. Na ocasião, os Estados Unidos levantaram objeções às medidas, solicitando à Corte rechaçar os fundamentos do pedido apresentado pelo México.

No que tange ao contraditório estadunidense, Sala (2009, p. 104) aponta:

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 na **Convenção de 1963**, nem satisfazia a condição de urgência ou comprovava o perigo eminente de grave prejuízo. Acrescentou que o remédio para 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 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 seria 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 mecanismo de revisão e reconsideração suficiente para qualquer violação **da Convenção de 1963**. (Grifo do autor)

No dia 05 de fevereiro de 2003, por decisão unânime, a Corte aplicou as medidas provisórias para a suspensão da execução de apenas três mexicanos, César Roberto Fierro Reyna, Roberto Moreno Ramos e Osvaldo Torres Aguilera, e determinou, ainda, que os EUA deveriam comunicar a Corte acerca das medidas tomadas para implementação da cautelar, pois restou demonstrado o prejuízo em razão das execuções marcadas.

3.2.3.1 O Conteúdo do Direito à Assistência Consular à Luz da Decisão do Caso Avena

Inicialmente, cumpre destacar que todas as objeções estadunidenses foram refutadas pela Corte que, ao final, condenou os Estados Unidos pela violação do direito de assistência consular dos mexicanos.

Tendo em vista que muitas questões levantadas e respondidas pela Corte no caso Avena sobre a assistência consular já foram objeto de apreciação, principalmente no caso LaGrand, destacar-se-á, na presente seção, apenas os pontos mais importantes. Um ponto pacífico, nos três casos submetidos, foi a competência da Corte para apreciar a violação da Convenção de Viena sobre Relações consulares, pois o Artigo 1º do Protocolo Adicional a Convenção é categórico em dizer que as controvérsias serão resolvidas pela Corte, inclusive aquelas relacionadas a divergências interpretativas das normas consubstanciadas

no tratado. Na ocasião, tanto o México como os EUA haviam ratificado o aludido protocolo.

Com efeito, diversas divergências quanto à interpretação gramatical do Artigo 36 foram resolvidas pela Corte, a começar pela confusão dos termos “informação” e “notificação”. Para a Corte, as expressões não são sinônimas, sendo a primeira relacionada ao direito do indivíduo de ser informado sobre a assistência consular, e a segunda ao ato de enviar uma notificação à repartição consular informando a prisão e o pedido de assistência do preso.

Analisando a redação do Artigo 36, § 1º da Convenção, constata-se a existência de normas com conteúdo distintos, porém, segundo a Corte, se inter-relacionam, consubstanciando-se em dois direitos e um dever:

(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 desejar; (iii) a obrigação do Estado receptor em encaminhar, sem tardar, qualquer comunicação direcionada à repartição consular pelo detendo. (SALA, 2009, p. 110).

A expressão “sem tardar”, sem definição na Convenção de 1963, foi objeto de inúmeros questionamentos. A Corte interpretou a expressão utilizando, como paradigma, as normas do direito consuetudinário e os Artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Por conseguinte, declarou a Corte que as autoridades do Estado receptor deveriam informar o direito de assistência consular ao preso imediatamente após o descobrimento de sua nacionalidade. Logo, foi recomendado que o direito do Artigo 3.1 (b) fosse lido em paralelo com os demais direitos que são anunciados a qualquer pessoa presa, tais como o direito à assistência de um advogado e o de permanecer em silêncio. Ademais, tendo em vista a inter-relação das alíneas do Artigo 36, §1º, ao não informar o direito de assistência ao estrangeiro preso, previsto na alínea (a), conseqüentemente o Estado viola as alíneas (b) e (c), por essa razão, a Corte reconheceu três violações por parte dos Estados Unidos.

No que tange ao caráter da norma, a Corte reafirmou que se trata de um direito individual, consagrando, assim, esta característica da assistência consular que compõe um tratado com normas de interesses interestatais. Todavia, o órgão jurisdicional da ONU não encontrou suporte no direito internacional dos tratados para afirmar que o Artigo 36 da Convenção (1963) é uma norma de direito humano.

Por fim, a Corte firmou o entendimento que um mero pedido de desculpas não seria suficiente para a reparação do dano, sendo a consequência lógica da violação do Artigo 36 da Convenção (1963) a revisão e a reconsideração eficaz do processo de imposição da pena.

Cumprido ressaltar que, após o julgamento e o reconhecimento da responsabilidade internacional por violação da Convenção de Viena perante a Corte Internacional de Justiça, os Estados Unidos denunciaram a jurisdição do órgão judicial da ONU, motivo pelo qual não foram processados novamente. Sobre as consequências da saída dos Estados Unidos da jurisdição da Corte, comentam Accioly, Nascimento e Casella (2012, p. 768):

[...] As consequências, do caso AVENA, foram de tal ordem que, um ano após o julgamento de 31 de março de 2004, retiraram os Estados Unidos a aceitação da jurisdição da Corte Internacional de Justiça. As consequências da retirada da aceitação pelos Estados Unidos da América da jurisdição da Corte Internacional de Justiça são graves e devem ser analisadas sob distintos ângulos: de um lado, a opinião interna americana parece ter confundido a atuação da CIJ como principal tribunal internacional, para solução de controvérsias entre estados, aplicando o direito internacional, com o que foi visto como interferência indevida, e acarretaria a instalação da CIJ como instância adicional de apelação, em relação a estrangeiros, que viessem a ser julgados e condenados por tribunais americanos após o esgotamento dos recursos internos – o que não se nos afigura verdadeiro; de outro lado, cumpre ressaltar que a CIJ cumpriu a sua “função de decidir, de acordo com o direito internacional, as controvérsias que lhe forem submetidas”, conforme estipula o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e, para tanto, aplicou “convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos estados litigantes”.

Em que pese à consequência da renúncia estadunidense da jurisdição da Corte, o órgão judicial das Nações Unidas firmou o entendimento de que direitos individuais não estão inseridos apenas nas Constituições dos países, mas também em Tratados Internacionais. Assim, o direito à assistência consular assentou-se na jurisprudência internacional como um importante mecanismo de proteção do estrangeiro preso, independentemente da sua condição migratória, regular ou irregular, tendo em vista a necessidade de um maior amparo àqueles que não conhecem o sistema de justiça criminal do Estado receptor.

3.3 O DIREITO DE ASSISTÊNCIA CONSULAR DO ESTRANGEIRO PRESO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O Artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963, foi interpretado pela Corte IDH através de uma opinião consultiva solicitada pelo México. Registrada como Opinião Consultiva 16/99⁶¹, de 1º de outubro de 1999, o objeto principal do parecer foi o direito à informação sobre assistência consular no marco das garantias do devido processo legal⁶².

Conforme já asseverado, a competência da Corte IDH para emitir opiniões consultivas está assentada no Artigo 64 do Pacto de San José da Costa Rica⁶³, bem como no Artigo 2º, §2º do Estatuto da Corte IDH que disciplina suas competências e funções⁶⁴.

É importante destacar que o procedimento de opinião consultiva se dá por meio de petição, protocolada na secretaria da Corte, onde o Estado interessado formula perguntas e apresenta fundamentos jurídicos sobre os quais se pretende obter uma opinião da Corte IDH. Nesse sentido, colaciona-se trecho da jurisprudência consultiva 16/99:

Esta disposición se ve complementada con los siguientes requisitos reglamentarios: la precisa formulación de las preguntas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte, la indicación de las disposiciones cuya interpretación se pide y del nombre y dirección del agente, y la presentación de las consideraciones que originan la consulta (artículo 59 del Reglamento). En caso de que la consulta verse sobre “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados

⁶¹Os magistrados que apreciaram o pedido do México foram: Antônio Augusto Cançado Trindade, Presidente da Corte; Máximo Pacheco Gómez, Vice-presidente; e os juízes Hernán Salgado Pesantes, Oliver Jackman, Alirio Abreu Burelli, Sergio García Ramírez e Carlos Vicente de Roux Rengifo.

⁶²Os fatos relatados na presente seção foram extraídos da jurisprudência consultiva da Corte IDH – Opinião Consultiva 16/99 – disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf>.

⁶³1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. 2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

⁶⁴*In verbis*: “La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva: 1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención. 2. Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención”.

americanos”, el solicitante deberá identificar el tratado respectivo y las partes en él (artículo 60.1). (CORTE INTERAMERICANA, 1999, p. 42).

A opinião consultiva solicitada pelo México, no dia 09 de dezembro de 1997, versa sobre pedidos de interpretações de diversos tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados da federação estadunidense, mormente no que concerne às garantias judiciais mínimas e o devido processo legal na imposição da pena de morte. No caso, o México relatou à Corte IDH que, em 10 Estados norte-americanos, penas capitais foram impostas a nacionais mexicanos sem o respeito ao direito de informação de assistência consular, previsto no Convenção de Viena de 1963.

É certo que o Artigo 64, §1º do Pacto de San José da Costa Rica autoriza a Corte IDH a proferir opinião consultiva sobre qualquer tratado internacional, não restringindo a atuação do órgão apenas aos tratados produzidos pela OEA. Ademais, os Estados Unidos, além de não reconhecerem a competência jurisdicional da Corte, não ratificaram o Pacto de San José da Costa Rica, todavia, no procedimento de opinião consultiva não há esta exigência, visto que o parecer proferido não impõe condenação aos Estados⁶⁵, o que significa dizer que qualquer Estado membro da OEA e seus órgãos podem provocara função consultiva da Corte.

Somam-se, ainda, como pressupostos jurídicos para a apreciação do caso que tanto os Estados Unidos como o México ratificaram a Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963), o Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966) e a Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem⁶⁶.

⁶⁵ Nesse sentido, é a própria declaração da Corte IDH (1999, p. 48) “a competencia consultiva de la Corte difiere de su competencia contenciosa en que no existen “partes” involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El único propósito de la función consultiva es “la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”. El hecho de que la competencia consultiva de la Corte pueda ser promovida por todos los Estados Miembros de la O.E.A. y órganos principales de ésta establece otra distinción entre las competencias consultiva y contenciosa de la Corte”.

⁶⁶ Nesse sentido, extrai-se trecho da jurisprudência consultiva 16/99 apontando os pressupostos jurídicos para apreciação do caso pela Corte IDH: “De conformidad con las manifestaciones del Estado solicitante, la consulta tiene como presupuestos de hecho los siguientes: que tanto el Estado que envía como el Estado receptor son Partes en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; ambos son Miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “la OEA”) y suscribieron la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante “la Declaración Americana”) y aunque el Estado receptor no ha ratificado la Convención Americana, sí ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante “la ONU”)”. (CORTE INTERAMERICANA, 1999, p. 2).

Com base nestas premissas jurídicas, o Estado mexicano solicitou declaração da Corte IDH a respeito de quatro pontos relacionados à Convenção de Viena de 1963, quais sejam:

1. En el marco del artículo 64.1 de la Convención Americana, ¿debe entenderse el artículo 36 de la Convención de Viena [sobre Relaciones Consulares], en el sentido de contener disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos?
2. Desde el punto de vista del Derecho internacional, ¿está subordinada la exigibilidad de los derechos individuales que confiere el citado artículo 36 a los extranjeros, por parte de los interesados frente al Estado receptor, a las protestas del Estado de su nacionalidad?
3. Tomando en cuenta el objeto y fin del artículo 36.1.b) de la Convención de Viena, ¿debe interpretarse la expresión “sin dilación” contenida en dicho precepto, en el sentido de requerir que las autoridades del Estado receptor informen a todo extranjero detenido por los delitos sancionables con la pena capital de los derechos que le confiere el propio artículo 36.1.b), en el momento del arresto y en todo caso antes de que el detenido rinda cualquier declaración o confesión ante las autoridades policíacas o judiciales?
4. Desde el punto de vista del Derecho internacional y tratándose de personas extranjeras, ¿cuáles debieran ser las consecuencias jurídicas respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte, ante la falta de notificación a que se refiere el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena? (CORTE INTERAMERICANA, 1999, p. 20).

Outros questionamentos foram feitos pelo México para que a Corte apreciase os direitos esculpidos no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos⁶⁷, bem como na Carta da OEA e na Convenção Americana sobre Direitos e Deveres do Homem.

Após a distribuição do feito, a Corte IDH designou para o dia 12 de junho de 1998, às 10:00 da manhã, a realização de uma audiência pública sobre o caso, abrindo prazo para a apresentação de manifestações por escrito e para a juntada de documentos por parte de qualquer país do continente americano que quisesse participar⁶⁸. Além dos Estados, a Comissão Americana de Direitos Humanos apresentou suas observações, e diversas entidades não-governamentais e pessoas

⁶⁷ Dentre as manifestações solicitadas em relação ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Político destaca-se: “5. En el marco del artículo 64.1 de la Convención Americana, ¿deben entenderse los artículos 2, 6, 14 y 50 del Pacto, en el sentido de contener disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos?”(CORTE INTERAMERICANA, 1999, p. 3).

⁶⁸Manifestaram interesse em participar El Salvador, República Dominicana, Honduras, Guatemala, Paraguai e Costa Rica.

físicas apresentaram manifestações escritas sobre o caso na condição de *amici curiae*⁶⁹.

Encerrada a audiência pública e apresentadas as considerações finais por todos os participantes, restou demonstrado que todos os Estados participantes se manifestaram a favor dos pedidos feitos pelo México.

Dentre as manifestações mais relevantes, destacamos, em síntese: 1) o direito à assistência consular é um direito humano do estrangeiro preso; 2) o Artigo 36, 1 (b) da Convenção de Viena de 1963 é uma garantia processual que deve ser respeitada para a imposição das penas; 3) as normas internacionais que prescrevem direitos individuais devem ser interpretadas e aplicadas em harmonia com o sistema jurídico de proteção; 4) todos os Estados que ratificaram a Convenção de 1963 têm a obrigação de cumprir o disposto no Artigo 36; 5) ratificada a Convenção de 1963 pelo país, o texto normativo do tratado internacional faz parte do direito interno aprovado pela poder legislativo competente, não podendo um ente federal desrespeitar a lei interna; 6) a expressão “sem tardar” deve ser interpretada no sentido de que a informação sobre a assistência consular deve ser feita no momento da prisão, ou antes, de qualquer declaração do estrangeiro preso perante uma autoridade do Estado receptor.

Os Estados Unidos, por sua vez, apresentaram diversas objeções, das quais se destacam: 1) incompetência da função consultiva da Corte IDH, pois os Estados ratificaram o Protocolo Facultativo sobre Jurisdição obrigatória da CIJ para dirimir controvérsias e interpretações sobre a Convenção de 1963; 2) tendo em vista que na CIJ tramitam casos⁷⁰ que versam sobre o mesmo assunto, a Corte IDH deveria, por questão de prudência e cortesia internacional, não se manifestar no parecer consultivo solicitado; 3) a Convenção sobre Relações Consulares não é um tratado de direitos humanos, tampouco um tratado concernente à proteção de indivíduos, mas um tratado que estabelece direito e obrigações entre Estados; 4) não existe fundamento para sustentar que a expressão “sem tardar” indica que a notificação

⁶⁹Anistia Internacional; a Comissão Mexicana para Defesa e Promoção de Direitos Humanos, *Human Rights Watch*/Américas, Centro pela Justiça e o Direito Internacional; *Death Penalty Focus* de California; Delegado Law Firm, Jimmy V. Delgado; *International Human Rights Law Institute* de De Paul University College of Law; *MacArthur Justice Center* de University of Chicago Law School; *Minnesota Advocates for Human Rights*, Sandra L. Babcock; Bonnie Lee Goldstein, William H. Wright, Jr, Mark Kadish; José Trinidad Loza; John Quigley; Adele Shank; Robert L. Steele; Jean Terranova e Héctor Gros Espiell.

⁷⁰ Tratam-se dos casos Breard e LaGrand.

deva ser efetuada no momento da prisão, ou antes, de qualquer depoimento do preso, prazo este que deve ser fixado entre os Estados por meio de acordos distintos da Convenção.

No que concerne à competência consultiva, a Corte IDH, interpretando o Artigo 64, §1º do Pacto de San José, entendeu ser competente para responder as perguntas formuladas pelo México, eis que:

[...] en ejercicio de sus facultades inherentes para “precisar o esclarecer y, en ciertos supuestos, reformular, las preguntas que se le plantean”, que la presente Opinión Consultiva tendrá como presupuestos fácticos que tanto el Estado que envía como el Estado receptor son Miembros de la OEA, han suscrito la Declaración Americana, han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y son Partes en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, independientemente de haber o no ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos.(CORTE INTERAMERICANA, 1999, p. 44).

Com relação ao argumento de que a Corte IDH deveria deixar de apreciar o parecer consultivo, em razão de procedimentos contenciosos em curso na CIJ, o órgão judicial interamericano rechaçou o alegado afirmando que:

Sin embargo, el ejercicio de la función consultiva de esta Corte no puede estar limitado por los casos contenciosos interpuestos ante la Corte Internacional de Justicia. Cabe recordar que esta Corte es, de conformidad con su Estatuto, una “institución judicial autónoma.” (CORTE INTERAMERICANA, 1999, p. 51).⁷¹

Impende destacar, ainda, que Corte IDH firmou o entendimento de que seria competente para opinar no caso suscitado pelo México, eis que se tratava de questões que envolviam a proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, motivo pelo qual existia um interesse geral⁷², na opinião do órgão judicial da OEA.

⁷¹ Sobre o assunto, a Corte IDH já havia se manifestado na Opinión Consultiva 1/82, de 24 de setembro de 1982, afirmando que “todo sistema jurídico es un fenómeno normal que distintos tribunales que no tienen entre sí una relación jerárquica puedan entrar a conocer y, en consecuencia, a interpretar, el mismo cuerpo normativo, por lo cual no debe extrañar que, en ciertas ocasiones, resulten conclusiones contradictorias o, por lo menos, diferentes sobre la misma regla de derecho. En el derecho internacional, por ejemplo, la competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia se extiende a cualquier cuestión jurídica, de modo que el Consejo de Seguridad o la Asamblea General podrían, hipotéticamente, someterle una consulta sobre un tratado entre los que, fuera de toda duda, podrían también ser interpretados por esta Corte en aplicación del artículo 64. Por consiguiente, la interpretación restrictiva de esta última disposición no tendría siquiera la virtualidad de eliminar posibles contradicciones del género comentado”.

⁷² No caso, existiam observações de oito Estados membros da OEA, da própria Comissão Interamericana, de 22 *amici curiae*, dentre instituições não-governamentais e pessoas físicas.

3.3.1 A Interpretação Evolutiva da Corte Interamericana: O Direito de Assistência Consular como um Direito Humano

É mister destacar que, uma vez reconhecida a competência consultiva, a Corte IDH passou a responder as questões levantadas pelo México na seguinte sequência:

- a. primero estudiará los aspectos atinentes a la relación del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares con la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, así como algunas características del derecho a la información sobre la asistencia consular (primera, segunda y tercera preguntas);
- b. expresará después sus conclusiones sobre la relación que guardan las normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (quinta pregunta);
- c. luego realizará el estudio de las preguntas que tratan de la relación entre el derecho a la información sobre la asistencia consular y las garantías del debido proceso y el principio de igualdad (sexta, séptima, octava y undécima preguntas);
- d. una vez concluido el examen precedente, analizará las consecuencias de la omisión del Estado receptor de proveer al detenido extranjero la información sobre la asistencia consular (cuarta, décima y duodécima preguntas) y, por último,
- e. absolverá la consulta referente a las obligaciones de los Estados federales en relación con el derecho a la información sobre la asistencia consular (novena pregunta). (CORTE INTERAMERICANA, 1999, p.53).

Acerca da primeira pergunta, de suma relevância para o presente trabalho – uma vez que enfrenta a característica de direito humano do direito de assistência consular –, o argumento utilizado para não considerar o Artigo 36, §1º (b) da Convenção de Viena de 1963 como norma de direito humano encontrava-se no próprio preâmbulo do tratado, que dispõe: “[...] 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 [...]” (Grifo nosso).

Destarte, o argumento pautava-se no fato de que os países signatários da Convenção de 1963 assinaram o tratado ciente de que as normas ali convencionadas criavam direitos e deveres para os Estados. Logo, a Convenção não possuía a função de outorgar direitos individuais, sendo o direito de assistência consular, antes de tudo, um direito dos Estados. Por outro lado, o Estado mexicano não solicitou a opinião da Corte IDH no sentido de interpretar a Convenção de 1963 como tratado de proteção de direitos humanos, mas apenas se o conteúdo de uma

norma, inserido neste tratado, carregava a finalidade de proteção humanitária, o que estava de acordo com a jurisprudência consultiva da Corte IDH, que já havia interpretado, na Opinião 01/82, que um tratado pode disciplinar normas protetivas de direitos humanos com independência, ainda que não seja este seu objetivo principal⁷³.

Ademais, os mexicanos afirmaram que:

[...] aun cuando son exactas algunas apreciaciones presentadas al Tribunal sobre el objeto principal de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en el sentido de que ésta es un tratado destinado a “establecer un equilibrio entre Estados”, esto no obliga a descartar, de plano, que dicho Tratado pueda concernir a la protección de los derechos fundamentales de la persona en el continente americano. (CORTE INTERAMERICANA, 1999, p. 55)

Com base nestes argumentos, a Corte IDH dividiu a apreciação do questionamento em dois aspectos: 1) examinar se Artigo 36, §1º (b) é um direito individual; 2) examinar se as obrigações e direitos consagrados no dito Artigo são concernentes à proteção de direitos humanos.

No primeiro aspecto examinado, a Corte IDH se filiou à interpretação exarada pela CIJ, no sentido de que o estrangeiro preso tem o direito de ser notificado da assistência consular e que, após a notificação, pode ou não receber o auxílio da repartição consular, de acordo com sua vontade, sendo o Artigo 36, §1º (b) da Convenção de 1963, um direito individual. Portanto, se o preso decide pelo auxílio da repartição consular, os agentes consulares terão o direito, nos termos do Artigo 36, §1 (c) de: 1) visitar, conversar e se corresponder com o preso; 2) providenciar sua defesa perante os tribunais.

Por providenciar defesa entende-se todo ato necessário para o devido patrocínio do acusado, como, por exemplo, a produção de provas no país de origem e no Estado onde se encontra preso, bem como o exercício de fiscalização dos atos do processo acusatório, averiguando se estão de acordo com a legislação do sistema de justiça criminal local.

É exatamente este patrocínio que a Corte IDH interpretou como forma de proteção aos direitos humanos do estrangeiro preso, mormente no que concerne às

⁷³A afirmação mexicana foi sustentada em interpretação feita pela Corte IDH na Opinión Consultiva OC-1/82, de 24 de setembro de 1982, que versa sobre “Otros tratados”, objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

garantias judiciais e do devido processo, umbilicalmente ligado ao direito do preso de receber a informação sobre a assistência consular, conforme Artigo 36, §1º (b).

As garantias judiciais e do devido processo⁷⁴ estão inseridas em tratados de proteção dos direitos humanos ratificados pelos Estados Unidos, como o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Por conseguinte, a Corte IDH não fez uma mera interpretação sistemática do Artigo 36 e o preâmbulo da Convenção de Viena (1963), pelo contrário, utilizou-se de uma interpretação “evolutiva” da norma, levando em consideração todo o sistema de proteção internacional da pessoa humana, igualando, dessa maneira, o direito de assistência consular com outras garantias do processo, como, por exemplo, a presunção de inocência e o direito de não produzir provas contra si mesmo.

Analisando o Artigo 14, §3º do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos extrai-se um rol de garantias mínimas⁷⁵ que compõe o devido processo penal. *In verbis*:

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

⁷⁴ A importância das garantias judiciais e do devido processo foram ressaltadas pela Corte IDH, nos seguintes termos: “En opinión de esta Corte, para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional”. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1999, p. 68-69).

⁷⁵ No mesmo sentido é a redação do Artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

- a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;
 - b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;
 - c) De ser julgado sem dilações indevidas;
 - d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado *ex-officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;
 - e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;
 - f) De ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento;
 - g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.
- (PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1966).

Com base na interpretação evolutiva empregada pela Corte IDH, este rol não é exaustivo, podendo, por meio da integração de normas internacionais de proteção de direitos, ampliar o horizonte de proteção dos justiciáveis. Por esse motivo, os direitos de informação e assistência consular compõe o rol de garantias judiciais mínimas e, conseqüentemente, do *corpus juris* dos direitos humanos⁷⁶.

Nesse diapasão, colaciona-se trecho da jurisprudência em análise, onde a Corte IDH sustenta a necessidade de interpretação dos tratados de forma evolutiva:

Esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte, en la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989), como la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos *Tyrer versus Reino Unido* (1978), *Marckx versus Bélgica* (1979), *Loizidou versus Turquía* (1995), entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el

⁷⁶ Em seu voto concordante, o juiz Sergio Garcia Ramirez sustenta que “Los derechos y garantías que integran el debido proceso - jamás una realidad agotada, sino un sistema dinámico, en constante formación - son piezas necesarias de éste; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Por ende, se trata de partes indispensables de un conjunto; cada una es indispensable para que éste exista y subsista. No es posible sostener que hay debido proceso cuando el juicio no se desarrolla ante un tribunal competente, independiente e imparcial, o el inculpado desconoce los cargos que se le hacen, o no existe la posibilidad de presentar pruebas y formular alegatos, o está excluido el control por parte de un órgano superior.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1999, p. 2).

Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1999, p. 68-69).

Assim, ao contrário da interpretação considerada conversadora por parte da CIJ, o órgão judicial da OEA declarou que o Artigo 36 da Convenção de Viena (1963) tem caráter de norma de direito humano. A atribuição do *status* de norma de direito humano ao direito de assistência consular foi defendida por Cançado Trindade, que se manifestou da seguinte maneira:

Voto a favor de la adopción de la presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, a mi juicio, representa una contribución importante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la evolución de un aspecto específico del derecho internacional contemporáneo, a saber, el atinente al derecho de los detenidos extranjeros a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. La presente Opinión Consultiva refleja fielmente el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el precepto del artículo 36(1) (b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. Efectivamente, en este final de siglo, ya no hay cómo pretender disociar el referido derecho a la información sobre la asistencia consular del corpus juris de los derechos humanos. Dada la trascendental importancia de esta materia, me veo en la obligación de presentar, como fundamento jurídico de mi posición al respecto, las reflexiones que me permito desarrollar en este Voto Concurrente, particularmente en relación con los puntos resolutivos 1 y 2 de la presente Opinión Consultiva. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1999, p.1).

O marco para esta concepção humanitária é tratar de forma desigual aqueles que são vulneráveis. O direito à assistência consular foi concebido como um meio de compensar o desequilíbrio em um processo criminal que julga um estrangeiro não conhecedor do sistema de justiça criminal do Estado Receptor. Logo, o Estado que viola o direito à assistência consular atenta diretamente contra a dignidade do preso estrangeiro que, no curso de um processo penal, resiste à pretensão acusatória para proteger direitos indisponíveis, tais como a liberdade e a própria vida.

Segundo Cançado Trindade:

La acción de protección, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no busca regir las relaciones entre iguales, sino proteger los ostensiblemente más débiles y vulnerables. Tal acción de protección asume importancia creciente en un mundo dilacerado por distinciones entre nacionales y extranjeros (inclusive discriminaciones de

jure, notadamente *vis-à-vis* los migrantes), en un mundo "globalizado" en que las fronteras se abren a los capitales, inversiones y servicios pero no necesariamente a los seres humanos. Los extranjeros detenidos, en un medio social y jurídico y en un idioma diferentes de los suyos y que no conocen suficientemente, experimentan muchas veces una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1999, p.8).

Com efeito, desrespeitar o direito à informação do estrangeiro preso, previsto no Artigo 36, 1 (b) da Convenção sobre Relações Consulares 1963, afeta as garantias do devido processo legal (*due process of law*) e uma imposição de pena, nessa circunstância, constitui uma violação ao direito de não ser privado da vida ou da liberdade arbitrariamente, direitos tutelados nos tratados internacionais de direitos humanos, Artigos 4º e 7º, da Convenção Americana sobre Direitos e Deveres do Homem⁷⁷, e Artigos 6º e 9º, do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos⁷⁸.(CORTE INTERAMERICANA, 1999).

Para a Corte IDH, as consequências jurídicas, em face da violação dos direitos supramencionados, são relativas à responsabilidade internacional do Estado violador e ao consequente dever de reparação do dano causado. Segundo Sérgio Garcia Ramirez (1999), um processo que leva à condenação uma pessoa sem o respeito às garantias judiciais mínimas deve ser anulado, não significando, com isso, impunidade. Para Ramirez:

Si el derecho a la información consular ya forma parte del conjunto de derechos y garantías que integran el debido proceso, es evidente que la violación de aquél trae consigo las consecuencias que necesariamente produce una conducta ilícita de esas características: **nulidad** y responsabilidad. **Esto no significa impunidad**, porque es posible disponer la reposición del procedimiento a fin de que se desarrolle de manera regular. Esta posibilidad es ampliamente conocida en el derecho procesal y no requiere mayores consideraciones. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1999, p.3). (Grifo do autor)

⁷⁷O Artigo 4º, § 1º, disciplina que "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente". Já o Artigo 7º assevera que: "1.Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.2.Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.3.Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários".

⁷⁸O Artigo 6º, §1º do Pacto dispõe que "O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida". No mesmo sentido é a proteção da liberdade, previsto no artigo 9º §1º, "Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos".

Outro ponto relevante exarado na opinião consultiva da Corte IDH refere-se a expressão “sem tardar”. Para os magistrados, a obrigação do Estado de informar o direito de assistência consular ao estrangeiro preso deve ser cumprida no momento da prisão, ou antes, da primeira declaração do preso perante a autoridade.

Por fim, outra questão que merece destaque na Opinião Consultiva 16/99 diz respeito ao cumprimento do Artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares em Estados Federados, uma vez que não consta de forma expressa no tratado, uma cláusula federativa nos termos do Artigo 28 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *In verbis*:

Artigo 28. Cláusula federal

1.Quando se tratar de um Estado Parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.

2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinentes, em conformidade com sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.

3.Quando dois ou mais Estados Partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições necessárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado assim organizado as normas da presente Convenção. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

A ausência de uma cláusula com o teor do Artigo supracitado pode levar um Estado membro da federação a descumprir as obrigações internacionais assumidas pelo governo federal perante a comunidade internacional. Vale ressaltar que os Estados Unidos não ratificaram o Pacto de San José da Costa Rica. Contudo, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, ratificada pelos Estados Unidos determina, no Artigo 29, que o “tratado será obrigatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”.

Assim, a Convenção de 1963 não se desprende da intenção de estabelecer regras que devem ser respeitadas por todos os Estados signatários, federados ou unitários, devendo os entes da federação aplicar as normas constantes nos instrumentos internacionais que foram incorporados ao ordenamento jurídico através de ato legislativo do parlamento, como é o caso dos Estados Unidos.

3.3.2 A Teoria da Dinamogenesis como Fonte do Direito Humano de Assistência Consular do Estrangeiro Preso

Os direitos e liberdades fundamentais do ser humano foram conquistados por meio de árduas lutas e conflitos, ao longo da história, protagonizados por uma pessoa, ou grupo de pessoas, contra as injustiças praticadas pelos “soberanos”. Por paradoxal que seja, a maioria dos direitos humanos foram conquistados através da violência, tendo como resultado incontáveis perdas humanas.

Foi por meio das lutas dos revolucionários franceses que os direitos de liberdade pública e civil se consolidaram, marcando a primeira dimensão dos direitos humanos. Os trabalhadores mortos, ao longo do processo da revolução industrial, não perderam suas vidas em vão, pois este foi o marco histórico da consolidação da segunda dimensão dos direitos humanos, a igualdade. A terceira dimensão se estruturou nas lutas por um mundo mais justo e solidário, visando a preservação do patrimônio ambiental e cultural para as gerações futuras.

Sobre a dialética do poder e dos direitos humanos, Silveira e Rocasolano (2010, p. 22) ressaltam que:

O desenvolvimento da noção de direitos humanos configura uma história de confrontação e de luta incessante pelos valores da humanidade, em que o poder imposto aos homens e sua organização em comunidades, povos e Estados, foi se perdendo nas batalhas sob a ordem da liberdade, igualdade e solidariedade (fraternidade) dos seres humanos, que se rebelaram guiados pelas luzes da razão e dos valores e sentimentos compartilhados. A exemplo dos direitos fundamentais – enquanto versão constitucionalizada dos direitos humanos e que se configuram como manifestações propriamente estatais –, demonstrou-se a capacidade de limitar as atuações e o exercício do poder instituído e, em dada medida, até mesmo do poder constituinte. É certo, porém, que tanto no constitucionalismo pátrio como no comparado, e em especial no que se refere a América Latina, são muitos os exemplos da violação de tais direitos, em que pese encontrarem-se protegidos e arraigados na consciência popular.

Na atualidade, a batalha pelos direitos humanos segue a dialética da negação do poder à reivindicação do indivíduo. Todavia, a arena em que as disputas ocorrem está assentada no atual contexto da globalização, dos avanços econômicos, tecnológicos e nas consequentes desigualdades sociais oriundas de tal sistema.

É nesse cenário que novos direitos humanos surgem, como o direito à informação de assistência consular do estrangeiro como expressão do devido

processo legal, tendo em vista a proteção da dignidade humana do migrante vulnerável à violações de seus direitos no desconhecido sistema punitivista do Estado receptor.

Sustentamos que o Artigo 36, §1º (b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963) é uma norma de direito humano. Para tanto, utilizamos a “Teoria da Dinamogenesis” como fonte dos direitos humanos, bem como o entendimento, apresentado na jurisprudência consultiva OC 16/99, da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Antes da análise desta problemática, é mister compreender no que consiste o conteúdo e o significado de direitos humanos. Diante das inúmeras definições propostas na doutrina, adotamos o conceito proposto por Silveira e Rocasolano (2010, p. 229), com base no diálogo entre a Teoria da Dinamogenesis dos direitos humanos e a teoria do poder, defendido por Pérez-Luño (1999, p. 50), segundo a qual,

[...] os direitos humanos aparecem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e das igualdades humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. (Tradução nossa)⁷⁹

A Teoria da Dinamogenesis encontra sua raiz na segunda ideologia de interpretação jurídica, criada por Wróblewski (1985), chamada ideologia dinâmica da interpretação jurídica. No Brasil, a Teoria da Dinamogenesis, como fonte dos direitos humanos, foi desenvolvida por Silveira e Rocasolano (2010). Partindo desta premissa conceitual, tem-se que a pretensão jurídica de uma norma de direito humano é a tutela da dignidade da pessoa humana que se encontra inserida em uma realidade social completamente imprevisível, instável e dinâmica. Segundo Silveira e Rocasolano (2010, p. 189):

O princípio da dignidade da pessoa humana é a expressão jurídica dos valores representados pelos direitos humanos, manifestos no interesse de proteção dessa dignidade em seu sentido político, social, econômico e cultural. As mudanças sociais e econômicas produzidas ao longo da história utilizam os princípios jurídicos como vias para o reconhecimento dos novos valores exigidos pela comunidade social. Aqui é pertinente “um esforço de

⁷⁹ No original: “[...] los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

engenharia jurídica” para explicar as razões e mecanismos que justificam e tornam possível o nascimento e desenvolvimento dos direitos humanos – ou seja, sua dinamogenesis. (Grifo do autor)

Com efeito, o valor da dignidade da pessoa humana é a pedra angular que fundamenta toda a construção jurídico-normativa dos direitos humanos, isto porque a norma deve expressar valores e interesses que correspondem aos anseios da sociedade em determinado momento histórico (SILVEIRA; ROCASOLANO, 2010).

Insta ressaltar que o presente trabalho não tem por objetivo aprofundar a temática da axiológica jurídica como fator determinante para a construção do direito, mas aplicar a dinamogenesis dos valores para constatar a existência de uma norma de direito humano na Convenção de Viena (1963). Todavia, vale destacar a relevância da axiologia para o estudo da relação entre o sujeito, seu juízo de valor e seu próprio valor, que será tomada pelo direito para expressar os valores fundamentais da sociedade.

Uma lição relevante para o presente estudo, oriunda da axiológica jurídica, é o “dever ser” da norma jurídica como expressão dos valores desejados pela sociedade. Nesse sentido, salientam Silveira e Rocasolano (2010, p. 196):

Por intermédio da normatização, os valores, que já são, vivem. Saltam do plano ideal (sentimental) para o valor real (normatizado) porque se pode exigí-los, garanti-los e protegê-los. Pode-se dizer, então, que o sentimento axiológico é uma ordem valorativa que a sociedade estima como valiosa, define e, por essa razão, sente – e em caso de perigo defenderá apaixonadamente.

O emprego da dinamogenesis dos valores como fonte do direito tem por objetivo captar os valores e os sentidos da sociedade, e traduzi-los em princípios axiológicos normatizados a serem impostos a todos indivíduos e instituições desta, por meio de regras de eficácia, validade e vigência, conforme sustentam Silveira e Rocasolano (2010, p. 199):

No processo da dinamogenesis, a comunidade social inicialmente reconhece como valioso o valor fundamental dos direitos humanos (dignidade da pessoa humana). Reconhecido como valioso, este valor impulsiona o reconhecimento jurídico, conferindo orientação e conteúdos novos (liberdade, igualdade, solidariedade, etc.) que expandirão o conceito de dignidade da pessoa. Essa dignidade, por sua vez, junto ao conteúdo dos direitos humanos concretos, é protegida mediante o complexo normativo e institucional representado pelo direito.

Destarte, as normas de direitos humanos não ficam restritas ao conteúdo definido na primeira, segunda e terceira dimensões, pelo contrário, a dinamogênese dos valores, valendo-se da construção técnica e da dogmática jurídica, revela o nascimento de novos direitos humanos. É esta exegese que sustenta a afirmação de que o direito à informação consular do estrangeiro preso, previsto no Artigo 36, §1º, (b) da Convenção de Viena (1963) é uma norma de direito humano. Com isso, não há como negar que esta disposição jurídica, ainda que inserida em um tratado não específico aos direitos humanos, se caracteriza como tal.

Tal caracterização torna-se possível, primeiro porque o conteúdo do texto normativo, expressa o valor da proteção da dignidade da pessoa humana, reconhecido pela jurisprudência internacional como direito individual, pois um estrangeiro preso em um país onde desconhece as normas jurídicas e a cultura local se torna vulnerável à arbitrariedade daquele Estado, sobretudo no curso de um processo criminal que pode levá-lo a perder ou sofrer restrições a bens jurídicos indisponíveis, como a liberdade e a própria vida, bases da dignidade humana. Além disso, o crescente fluxo migratório, observado nos últimos anos, releva uma mudança no paradigma social, despertando a preocupação da comunidade internacional para com a proteção dos denominados deslocados forçados, ou seja, aos imigrantes e refugiados.

Ademais, na evolução histórica do instituto consular, resta demonstrado que os consulados nasceram com a função de defender, no território do Estado receptor, interesses exclusivos do Estado que envia. Contudo, com o passar dos anos, tornou-se um costume internacional, a função dos Cônsules de defender, também, os interesses dos nacionais. Com o advento da Convenção de Viena (1963), criada sob a influência da nova era do direito internacional, ficou positivada a função do cônsul de proteger os interesses dos nacionais que se encontram no Estado receptor, sobretudo aqueles que se encontram presos.

Com efeito, a assistência consular ao estrangeiro preso vai de encontro com os preceitos da luta contra o poder arbitrário dos Estados e a proteção da dignidade da pessoa humana, visto que a repartição consular poderá atuar, ao lado da defesa deste, auxiliando na produção de provas e na fiscalização da correta aplicação do devido processo legal.

Ao interpretar, de forma evolutiva, o direito de assistência consular do estrangeiro preso para considerá-lo como marco ampliativo do direito ao devido processo, primeira dimensão dos direitos humanos, a Corte Interamericana, ainda que de forma velada, empregou os fundamentos estruturantes da teoria da dinamogenesis como fonte dos direitos humanos. Assim, tem-se que o Artigo 36, §1º (b) da Convenção de Viena (1963) é uma norma de direitos humanos que amplia os atos que compõe o devido processo legal, promovendo, dessa maneira, a proteção da dignidade da pessoa humana, tanto no direito interno como na ordem internacional.

4. O DIREITO DE ASSISTÊNCIA CONSULAR DO ESTRANGEIRO PRESO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: IMPACTOS DA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

O presente capítulo analisa os reflexos do Artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963) no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no que concerne às normas processuais penais. Para tanto, analisamos as decisões dos tribunais brasileiros e atos do poder executivo com o objetivo de evidenciar a incorporação da casuística internacional que delimitou o conteúdo do direito à assistência consular. Entretanto, não há como enfrentar a temática do direito à informação e à assistência consular do estrangeiro preso sem, antes, explorar conceitos relacionados à migração e contextualizar o fluxo migratório no Brasil.

4.1. O DIREITO HUMANO DE MIGRAR: UMA ANÁLISE CONCEITUAL DOS DESLOCAMENTOS HUMANOS VOLUNTÁRIOS E FORÇADOS

A história da evolução da raça humana está umbilicalmente ligada ao deslocamento de homens e mulheres pelo globo terrestre. Segundo o historiador Harari (2016, p. 13-14):

Os humanos surgiram na África Oriental há cerca de 2,5 milhões de anos, a partir de um gênero anterior de primatas chamados de *Australopithecus*, que significa “macaco do sul”. Por volta de 2 milhões de anos atrás, alguns desses homens e mulheres arcaicos deixaram sua terra natal para se aventurar e se assentar em vastas áreas da África do Norte, da Europa e da Ásia. Como a sobrevivência nas florestas nevadas do norte da Europa requeria características diferentes das necessárias à sobrevivência nas florestas úmidas da Indonésia, as populações evoluíram em direções diferentes. [...] Após o deslocamento da primeira espécie de humanos da África para outras regiões do mundo, os humanos foram se desenvolvendo e evoluindo ao longo dos séculos: “Os humanos na Europa e na Ásia Ocidental deram origem ao *Homo neanderthalensis* (“homem do vale do Neander”), popularmente conhecido ‘neandertais’. Os neandertais, mais robustos e mais musculosos do que nós, *sapiens*, estavam bem adaptados ao clima frio da Eurásia ocidental da era do gelo. As regiões mais ocidentais da Ásia foram povoadas pelo *Homo Erectus*, “Homem Ereto”, que sobreviveu na região por quase 1,5 milhões de anos, sendo a espécie humana de maior duração.

No contexto histórico do Renascimento, da revolução comercial e das colonizações, entre os séculos XIV e fim do XVI, o pensador espanhol Francisco de

Vitória, considerado um dos fundadores da moderna concepção de direito internacional, defendeu a ideia de que todos os seres humanos tinham o direito natural de migrar, consubstanciado no amplo e irrestrito direito de liberdade de movimento. Logo, segundo esta concepção, todas as pessoas são livres para se deslocar no globo terrestre, explorando territórios e mares, podendo, inclusive, assentar-se onde quisessem e praticar o comércio de forma livre (QUINTEIROS, 2016).

A liberdade migratória foi utilizada para legitimar as grandes navegações realizadas pelos europeus, principalmente espanhóis e portugueses, que tinham por objetivo explorar as riquezas e colonizar os povos nativos da América. Contudo, salienta Quinteiro (2016), os pensadores da época não vislumbraram que um dia os povos americanos também se deslocariam para o continente europeu, utilizando o mesmo discurso.

Com o passar do tempo, a liberdade migratória do ser humano foi cada vez mais controlada pela organização da sociedade civilizada, mas foi com a emergência dos Estados-nações, a partir do final do século XVIII, que o direito natural de migrar foi drasticamente reduzido (SILVA, 2011). Desde então, a vigilância nas fronteiras e o enrijecimento de políticas migratórias, pautadas na noção de segurança nacional, tem criado barreiras visando restringir o direito do homem de se deslocar pelo mundo. Todavia, não há como negar que o desejo de sair de um lugar para se instalar em outro faz parte do próprio instinto humano.

A crise migratória experimentada pela humanidade durante as guerras do século XX, principalmente durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), onde milhares de pessoas foram obrigadas a abandonar seus países para salvar suas vidas da carnificina dos bombardeios aéreos e terrestres provocados pelos Estados beligerantes, levou a comunidade internacional a positivar, na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), o direito de migrar. *In verbis*:

Artigo 13

- 1.Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado.
- 2.Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país.

Extrai-se da norma internacional que o ser humano tem o direito de imigrar e emigrar, tanto no âmbito internacional⁸⁰ como no território do próprio Estado. De acordo com a Organização Internacional para as Migrações – OIM, por migração compreende-se:

Processo de atravessamento de uma fronteira internacional ou de um Estado. É um movimento populacional que compreende qualquer deslocação de pessoas, independentemente da extensão, da composição ou das causas; inclui a migração de refugiados, pessoas deslocadas, pessoas desenraizadas e migrantes econômicos. (OIM, 2009, p. 40).

São espécies do gênero os conceitos de imigração e emigração. Por imigração entende-se o “processo através do qual estrangeiros se deslocam para um país, a fim de aí se estabelecerem” (OIM, 2009, p. 33). Já a expressão emigração significa:

Abandono ou saída de um Estado com a finalidade de se instalar noutro. As normas internacionais sobre direitos humanos preveem que toda a pessoa deve poder abandonar livremente qualquer país, nomeadamente o seu próprio, e que, apenas em circunstâncias muito limitadas, podem os Estados impor restrições ao direito de um indivíduo abandonar o seu território. (OIM, 2009, p.22).

Ao sair do seu país de origem para ingressar no território de outro Estado soberano, a pessoa passa a ser considerada estrangeira, isto é, aquela que não é nacional do Estado onde se encontra. Logo, considera-se nacional,

Pessoa que, através do nascimento ou da naturalização, é membro de uma comunidade política, devendo fidelidade a essa comunidade, gozando de toda a proteção e de todos os direitos civis e políticos; membro de um Estado que tem direito a todos os seus privilégios. Pessoa que goza da nacionalidade de um determinado Estado. (OIM, 2009, p. 47).

Na era da chamada globalização, as causas e as consequências dos deslocamentos humanos vêm sendo amplamente discutida⁸¹ e analisada em razão

⁸⁰ Segundo a Organização Internacional para as Migrações – OIM (2009, p. 42), entende-se por migração internacional os “Movimentos de pessoas que deixam os seus países de origem ou de residência habitual para se fixarem, permanente ou temporariamente, noutro país. Consequentemente, implica a transposição de fronteiras internacionais”. “Já a migração interna ocorre entre os Estados ou municípios que compõe a estrutura federal ou unitária de um Estado-nação”.

⁸¹ Há uma evidente polarização no debate do fenômeno migratório. De um lado, há os que refutam a abertura das fronteiras em nome da segurança nacional. Do outro, os que erguem a bandeira do direito de migrar e do tratamento humanitário que deve ser dispensado ao estrangeiro.

dos impactos dos fluxos migratórios⁸² dos últimos anos. O debate ocorre em uma arena multidisciplinar, tendo em vista que o estudo dos deslocamentos de seres humanos engloba análises de aspectos jurídicos, políticos, sociais e culturais.

De acordo com dados levantados pela ONU, estima-se que atualmente há, aproximadamente, 214 milhões de migrantes internacionais. Segundo Milesi & Lacerda (2008), as causas da migração são distintas, podendo se enquadrar em dois grandes grupos: (i) migração forçada e (ii) migração voluntária.

Segundo Jubilut (2010, p. 281) as migrações voluntárias “abrange todos os casos em que a decisão de migrar é tomada livremente pelo indivíduo, por razões de conveniência pessoal e sem a intervenção de um fator externo”. Enquadram-se nesse grupo pessoas que deixam seu país de origem para buscar, em outro Estado, melhores condições de vida, bem como aqueles que se move para outros países para estudo ou turismo. Estas pessoas podem ter no território de destino, *O status* de migrante regular, quando autorizadas pelo governo local para entrar e permanecer em seu território⁸³, ou indocumentados, isto é, que não possuem autorização para entrada e permanência no país⁸⁴ (JUBILUT, 2010).

No âmbito das migrações voluntárias, é mister destacar que o Artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconhece, como direito amplo e irrestrito, a migração interna, isto é, quando uma pessoa migra, dentro do território do seu país, inclusive para construir residência permanente. A migração internacional, entretanto, é direito restrito, cujas restrições são impostas pelas políticas migratórias de cada Estado-soberano. Assim, o direito de migrar entre os países é reconhecido pela Declaração de 1948, desde que autorizado pelo governo do Estado.

Por outro lado, as migrações forçadas se caracterizam quando o elemento volitivo do deslocamento é inexistente ou minimizado. Nesta classificação de fluxo migratório, Jubilut (2010) esclarece que há diversas situações que levam uma pessoa a migrar, sendo o refugiado a principal categoria de migrante forçado,

⁸² Compreende-se por fluxos migratórios a “contagem do número de migrantes que se deslocam ou têm autorização para se deslocar para (ou de) um país a fim de ter acesso a um emprego ou fixar-se durante um determinado período de tempo” (OIM, 2009, p. 29).

⁸³ A regra para concessão de visto para entrada e permanência fica a critério da política migratória de cada país, como forma de expressão da soberania nacional.

⁸⁴ O estrangeiro que entra ou permanece no país sem autorização poderá, em regra, ser deportado ou expulso do território por meio de ações das autoridades públicas.

definido, nos termos do Artigo 1º, (2) da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)⁸⁵ como aquele que,

Temendo ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país.

No caso da América Latina, a definição ganha mais um elemento, qual seja, considera-se, para fins de concessão de refúgio, a pessoa que emigra do seu país de origem por grave e generalizada violação de direitos humanos. A necessidade de expansão da definição de refugiados, no continente latino-americano, advém da experiência de conflitos que ocorreram na América Central, especificamente na Nicarágua, El Salvador e Guatemala, quando mais de dois milhões pessoas fugiram de seus países. Deste montante, Almeida e Michola (2015) salientam que apenas 150 mil se enquadraram na definição inserida na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951).

Por esta razão, os países da América Central perceberam a necessidade de produzir um documento que refletisse a realidade local. Destarte, um grupo de juristas e representantes de dez governos resolveram celebrar um colóquio, cujo tema foi “Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários”. O diálogo celebrado entre os participantes do evento, realizado entre os dias 19 e 22 de novembro de 1984, na cidade de Cartagena das Índias, na Colômbia, teve como fruto a elaboração de um documento não mandatário, isto é, sem o efeito vinculante inerente aos tratados internacionais, denominado Declaração de Cartagena, onde ficou estabelecido entre as partes:

Terceira - Reiterar que, face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se torna necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e

⁸⁵ Para Moreira (2014, p. 87), “A construção da definição jurídica e política de refugiado remonta ao contexto da Europa do pós-guerra. A partir da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, cunhou-se o termo refugiado como aquele que possui fundado temor de perseguição por razões de raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas. O direito de o indivíduo perseguido em seu país de origem *buscar asilo* - ao transpor fronteiras, deslocar-se para outro país e solicitar-lhe proteção -, todavia, distingue-se do direito *ao asilo*, ou seja, à concessão desta proteção pelo país de destino. Tal concessão constitui uma decisão soberana, relacionada ao controle sobre território e população, bem como sobre acesso e permanência de estrangeiros. Dessa forma, como já afirmado, não só os refugiados, como também o instituto do refúgio estão ancorados na lógica e dinâmica estatal”.

de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OEA (artigo 1, parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, **considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.** (ACNUR, 1984). (Grifo nosso)

A proteção de pessoas refugiadas não é uma preocupação exclusiva dos blocos continentais, pelo contrário, foi no âmbito das Nações Unidas que se desenvolveu um importante mecanismo de preservação dos direitos dos refugiados, com base no próprio texto da DUDH. *In verbis*:

Artigo 14

1.Toda a pessoa sujeita à perseguição tem o direito de procurar e de se beneficiar de asilo em outros países.

2.Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por atividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas. (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Com o intuito de mitigar os efeitos deletérios das violações de direitos dos refugiados, as Nações Unidas desenvolveram o Estatuto Internacional do Refugiado, por meio da Convenção de Genebra de 1951, e o seu Protocolo Facultativo de 1967. Trata-se de dois instrumentos normativos, com efeito vinculante que, além de definir a categoria dos refugiados, estabelecem um extenso rol de direitos e deveres que devem ser observados pelos Estados signatários.

Um Estado-soberano tem o direito de impedir um migrante voluntário de entrar em seu território, todavia, não poderá negar asilo⁸⁶ a uma pessoa que lhe solicita este direito. Ademais, não poderá deportar o refugiado enquanto não cessar a causa motriz do refúgio, em homenagem ao princípio do *non refoulement*:

⁸⁶Nos termos do Glossário da OIM (2009, p. 9) há duas espécies de asilo que pode ser concedido a um refugiado: 1) Asilo diplomático, definido como “abrigo que um Estado pode conceder para além dos limites do seu território, em locais onde é concedida imunidade jurisdicional, a indivíduos que requeiram protecção face à autoridade que os persegue ou que reivindica a sua presença. O asilo diplomático pode ser concedido em missões diplomáticas e nas residências particulares dos chefes de missões, em navios de guerra ou aviões, mas não em instalações de organizações internacionais, nem em consulados. O indivíduo não tem qualquer direito de obter asilo diplomático, nem há a obrigação da parte dos Estados em concedê-lo”; 2) Asilo territorial, consubstanciado na “protecção estadual concedida a um estrangeiro, no próprio território desse Estado, contra o exercício da jurisdição pelo Estado de origem, com fundamento no princípio do *non-refoulement*, que conduz ao gozo de determinados direitos internacionalmente reconhecidos”.

Princípio previsto na Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, de acordo com o qual “Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá (“*refouler*”) um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas.” Este princípio não poderá ser “invocado por um refugiado que haja razões sérias para considerar perigoso para a segurança do país onde se encontra, ou que, tendo sido objecto de uma condenação definitiva por um crime ou delito particularmente grave, constitua ameaça para a comunidade do dito país”. (Art. 33.º, nºs 1 e 2 da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951). (OIM, 2009, p. 49).

Cançado Trindade, Peytrignet e Santiago (2004) afirmam que o princípio da não devolução (*non refoulement*) do refugiado integra o rol de normas *jus cogens* do direito internacional, sendo considerada a “coluna vertebral” do sistema de proteção aos refugiados, não admitindo, portanto, norma em contrário.

A proteção dos direitos dos refugiados está pautada no princípio da cooperação internacional entre os Estados e a ONU⁸⁷. No âmbito das Nações Unidas foi constituído um órgão denominado Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR – com a incumbência de fiscalizar a aplicação e promover o direito dos refugiados junto aos Estados. Nos Estados soberanos há o chamado Comitê Nacional para Refugiados – CONARE, que tem por objetivo apreciar os pedidos de refúgios. Com efeito, é uníssono o entendimento da doutrina internacionalista moderna no sentido de que, desde o advento da Declaração Universal de 1948 e do Estatuto do Refugiado, há um sistema específico do direito internacional dos direitos humanos vocacionado com a promoção dos direitos das pessoas refugiadas, visto que a vulnerabilidade e o sofrimento daqueles que não querem sair de seus países de origem são mais acentuados que aqueles do migrante voluntário (CANÇADO TRINDADE; PEYTRIGNET; SANTIAGO, 2004).

Vale ressaltar, ainda, que a doutrina internacionalista clássica, com base nas raízes históricas, compartimentaliza a proteção internacional da pessoa humana em três grandes vertentes autônomas – direito humano; direito humanitário e direito dos

⁸⁷ Nesse sentido é o teor do artigo 2º do Protocolo Facultativo de 1967: “1. Los Estados Partes en el presente Protocolo se obligan a cooperar en el ejercicio de sus funciones con la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, o cualquier otro organismo de las Naciones Unidas que le sucediere; en especial le ayudarán en su tarea de vigilar la aplicación de las disposiciones del presente Protocolo. 2. A fin de permitir a la Oficina del Alto Comisionado, o cualquier otro organismo de las Naciones Unidas que le sucediere, presentar informes a los órganos competentes de las Naciones Unidas, los Estados Partes en el presente Protocolo se obligan a suministrarle en forma adecuada las informaciones y los datos estadísticos que soliciten acerca de: a) La condición de los refugiados; b) La ejecución del presente Protocolo; c) Las leyes, reglamentos y decretos, que estén o entren en vigor, concernientes a los refugiados”.

refugiados. Todavia, esta concepção encontra-se ultrapassada, já que a doutrina moderna concebe um único direito internacional dos direitos humanos, com sistemas de proteção específicos complementares e inter-relacionados, como afirmam Cançado Trindade, Peytrignet e Santiago (2004, p. 7):

[...] é hoje amplamente reconhecida a inter-relação entre o problema dos refugiados, a partir de suas causas principais (as violações de direitos humanos), e, em etapas sucessivas, os direitos humanos: assim, devem estes últimos ser respeitados antes do processo de solicitação de asilo ou refúgio, durante o mesmo e depois dele (na fase final das soluções duráveis). Os direitos humanos devem aqui ser tomados em sua totalidade (inclusive os direitos econômicos, sociais e culturais). Não há como negar que a pobreza se encontra na base de muitas das correntes de refugiados. Dada a inter-relação acima assinalada, em nada surpreende que muitos dos direitos humanos universalmente consagrados se apliquem diretamente aos refugiados (e.g., Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigos 9 e 13-15; Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, artigo 12) Ibid., p. 14. Do mesmo modo, preceitos do direito dos refugiados aplicam-se também no domínio dos direitos humanos, como é o caso do *princípio da não-devolução (non-refoulement)* Ibid., p. 14. (Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, artigo 33; Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, artigo 3; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 22(8) e (9).

De acordo com estudo feito pela ACNUR (2016), denominado “Global Trends – Forced Displacement in 2016”, os números colhidos reforçam a necessidade de uma proteção específica para os refugiados no sistema internacional e denunciam a maior crise humanitária do século XXI. No final de 2016, havia aproximadamente de 65,6 milhões de pessoas forçadas a deixar seus países de origem por diferentes motivos. Dentre esses, 22,5 milhões se encaixam nas definições de refugiados previstos nos instrumentos internacionais, o maior número da história, sendo que apenas 2,8 milhões solicitaram refúgio em algum país. Atualmente, 17,2 milhões de refugiados estão sob a responsabilidade da ACNUR.

A cifra revela que uma a cada 113 pessoas em todo o mundo foi forçada, de alguma maneira, a deixar seu país de origem. Este número revela que a quantidade de pessoas deslocadas representa uma “população” maior que a do Reino Unido, 21º país mais populoso do mundo (ACNUR, 2016). De acordo com os cálculos,

Do total contabilizado ao final de 2016 (65,6 milhões), 10,3 milhões representam pessoas que foram forçadas a se deslocar pela primeira vez. Cerca de dois terços deste contingente (6,9 milhões) se deslocaram dentro de seus próprios países. Isso equivale a 1 pessoa se tornando deslocada interna a cada 3 segundos – menos tempo do que se leva para ler essa frase. (ACNUR, 2016, p.5).

O Estado que mais possui refugiado continua sendo a Síria, com 5,5 milhões. Um novo país começa a apresentar cifras preocupantes, o Sudão do Sul, onde a ACNUR (2016) já contabiliza 1,4 milhões de refugiados e mais 1,87 milhão de deslocados internos⁸⁸. Além do Sudão do Sul, o número de deslocados internos são alarmantes, cerca de 40,8 milhões de pessoas, a maioria na Síria e Iraque, com um expressivo número na Colômbia (ACNUR, 2016).

O que é imensurável nessa crise migratória é o sofrimento, a humilhação e as perdas que essas pessoas sofrem para conseguir o almejado asilo. Cançado Trindade (2008, p. 57-58) retrata o sofrimento dos refugiados:

Migrações e deslocamentos forçados, com a conseqüente retirada das pessoas de seus lugares de origem, causam fortes traumas. Testemunhas de migrações relatam o sofrimento do abandono do lar, às vezes com a separação da família ou desagregação, a perda da propriedade e de pertences pessoais, a arbitrariedade e a humilhação por parte das autoridades de fronteiras e de agentes de segurança, gerando um sentimento permanente de injustiça. [...] Eles sempre permanecem lembrando seu lugar de origem, cultivando suas memórias como meio de defender-se da adversa condição de deslocados. No entanto, a “celebração da memória” possui suas limitações, pois os deslocados estão privados de horizonte e do senso de pertencer a algum lugar. Sempre precisam da ajuda de outros. O drama dessas vítimas parece ser esquecido e negligenciado com o passar do tempo, e os deslocados terminam por ter de aprender a viver com a lenta e inevitável diminuição de, até mesmo, suas próprias memórias.

O maior desafio enfrentado, atualmente, no campo da proteção dos migrantes reside na limitada definição do termo, tendo em vista que o Estatuto Internacional dos Refugiados (1951) restringe as causas ensejadoras da concessão do refúgio. Soma-se, ainda, o fechamento das fronteiras e o endurecimento das políticas migratórias dos Estados, com base nos argumentos do nacionalismo, da defesa nacional e, principalmente, pelo temor causado pelos terroristas. Com isso, inúmeras pessoas morrem durante o percurso aos países destinados, e quando chegam são impedidas de entrar, ficando em acampamentos próximos das fronteiras em situação de extrema miséria. Os que conseguem entrar sofrem discriminação por xenofobia⁸⁹.

⁸⁸ Entende-se, por deslocado interno, a pessoa que é forçada a sair do seu local de assentamento (origem), porém, não sai do território nacional, isto é, não ultrapassa suas fronteiras. (OIM, 2009).

⁸⁹ Segundo glossário da OIM (2009, p. 80), “No plano internacional não existe uma definição universalmente aceita de xenofobia, muito embora possa ser descrita como atitude, preconceito ou comportamento que rejeita, exclui e, frequentemente, diminui pessoas com base na percepção de que são estranhas ou estrangeiras relativamente à comunidade, à sociedade ou à identidade nacional. Existe uma relação estreita entre racismo e xenofobia, termos que são difíceis de distinguir”.

Neste contexto, encontram-se os denominados “refugiados ambientais”, pessoas forçadas a sair de seus países de origem em razão de catástrofes ambientais, como terremotos e tsunamis. Incluem-se, também, os deslocados forçados em razão de desigualdades sociais, econômicas e culturais que, sem perspectiva de vida no território onde nasceram, tentam buscar melhores condições de vida em países considerados potências econômicas. Nestes casos, não há concessão de asilo, todavia, o Estado que recebe qualquer espécie de migrante deve promover a proteção, sem discriminação, de todos os direitos inerentes à pessoa humana.

Ao sair do seu país de origem, o migrante deixa para trás seus familiares, sua cultura e seus hábitos para enfrentar uma nova cultura, em um local onde, em regra, desconhece as leis e a língua, tornando-se vulneráveis a violações de direitos humanos.

Conclui-se, portanto, que as Nações Unidas reconhecem o direito humano de migrar, ainda que de forma restrita, pois cabe a cada Estado controlar a entrada, a permanência e a saída de estrangeiros em seu território. Contudo, o direito internacional dos direitos humanos se preocupa, de forma mais acentuada, com a proteção dos migrantes forçados que se encontram em situação de vulnerabilidade. As políticas migratórias dos Estados, com base na premissa da não discriminação entre estrangeiros e nacionais⁹⁰, não podem violar os direitos fundamentais dos migrantes, sobretudo aqueles que se encontram na condição de refugiado.

4.1.1 A Política Migratória Brasileira: Uma Análise da Presença de Estrangeiro Preso no Sistema Penitenciário Brasileiro

A política migratória brasileira sofreu uma importante e progressiva alteração no ano de 2017, com a promulgação da Lei 13.445⁹¹, no dia 24 de maio, instituindo a

⁹⁰ A Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. E continua, [...] todos os estados-membros se comprometem a promover em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais”.

⁹¹ A lei é composta por 125 artigos aprovados a partir do projeto de lei proposto pelo senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP).

Lei de Migração. O Artigo 1º da novel legislação brasileira define as espécies de migração que serão tuteladas pela norma:

- II - imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil;
- III - emigrante: brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior;
- IV - residente fronteiriço: pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho;
- V - visitante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que vem ao Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente no território nacional;
- VI - apátrida: pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro.

Distintamente da política migratória anterior⁹², que tratava o fenômeno migratório como questão de segurança nacional, a nova política brasileira está pautada num extenso rol de princípios e diretrizes alinhados com o direito internacional dos direitos humanos, entre os quais, destacam-se:

- Artigo 3º. A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:
- I - universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos;
 - II - repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação;
 - III - não criminalização da migração;
 - IV - não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional;
 - V - promoção de entrada regular e de regularização documental;
 - VI - acolhida humanitária;
 - VII - desenvolvimento econômico, turístico, social, cultural, esportivo, científico e tecnológico do Brasil;
 - VIII - garantia do direito à reunião familiar;
 - IX - igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares; [...].

A humanização da política migratória⁹³ brasileira atendeu ao clamor que a sociedade civil, a academia e diversos partidos políticos haviam encampado contra a legislação de 1980. Segundo Ramos (2017, 1-2),

⁹² Antes de maio de 2017, a política migratória brasileira estava disciplinada na Lei 6.815, de 1980, aprovada no período da ditadura militar e tinha como pano de fundo a chamada “Operação Condor” iniciada pelo ditador chileno Augusto Pinochet. Esta consistia em um apoio militar entres os países da América do Sul, e tinha como objetivo precípua a perseguição e captura de opositores aos regimes autoritários. Destarte, a principal característica da antiga política brasileira para as migrações era justamente facilitar a expulsão de estrangeiros considerados inimigos do regime (SPRANDEL, 2015).

⁹³ Ramos (2017, 1) destaca dois benefícios decorrentes da humanização das migrações: “Na era da intensa mobilidade humana internacional, surgem (i) oportunidades para o Brasil se beneficiar da

[...] a nova lei é fruto da constatação de que negar direitos, gerar entraves burocráticos na regularização migratória, atuar com arbítrio e sem coerência, são condutas que não reduzem o deslocamento de pessoas, mas apenas degradam as condições de vida do migrante, bem como prejudicam empresas, trabalhadores e a sociedade em geral. A lei avança ao prever uma série de princípios e diretrizes que conformam a atuação dos órgãos públicos à luz da gramática dos direitos humanos. Ao migrante é garantida, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, assegurando-lhe também os direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos (artigo 4º, caput e inciso I).

Destaca-se na lei a hipótese de concessão de visto temporário para acolhida humanitária, previsto no Artigo 14, inciso I, alínea c⁹⁴ e §3º da Lei 11.345/17, que tem por função precípua suprir a lacuna existente na definição de refugiado para concessão de asilo no país, pois será concedido:

[...] ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento. (BRASIL, 2017).

Outro ponto salutar da nova legislação é a isenção do pagamento de taxas e emolumentos para concessão de vistos concedida aos imigrantes sem condições econômicas de arcar com os custos junto ao consulado ou embaixada brasileira, nos termos do Artigo 113, §3º⁹⁵. Além do mais, cinco espécies de vistos podem ser concedidas aos imigrantes: (I) de visita; (II) temporário; (III) diplomático; (IV) oficial; (V) de cortesia.

No que tange à acolhida humanitária, além da concessão de visto temporário para esse fim, o legislador disciplina, no Artigo 30, inciso I, alínea c, a

diversidade e do multiculturalismo, bem como (ii) deveres de proteção para impedir a construção jurídica de vulnerabilidades e a superexploração de migrantes, em prejuízo à toda a sociedade”.

⁹⁴ “Art. 14. O visto temporário poderá ser concedido ao imigrante que venha ao Brasil com o intuito de estabelecer residência por tempo determinado e que se enquadre em pelo menos uma das seguintes hipóteses: c) acolhida humanitária”.

⁹⁵ “Art. 113. As taxas e emolumentos consulares são fixados em conformidade com a tabela anexa a esta Lei.

§ 1º – Os valores das taxas e emolumentos consulares poderão ser ajustados pelo órgão competente da administração pública federal, de forma a preservar o interesse nacional ou a assegurar a reciprocidade de tratamento.

§ 2º – Não serão cobrados emolumentos consulares pela concessão de:

I - vistos diplomáticos, oficiais e de cortesia; e

II - vistos em passaportes diplomáticos, oficiais ou de serviço, ou equivalentes, mediante reciprocidade de tratamento a titulares de documento de viagem similar brasileiro.

§ 3º – Não serão cobradas taxas e emolumentos consulares pela concessão de vistos ou para a obtenção de documentos para regularização migratória aos integrantes de grupos vulneráveis e indivíduos em condição de hipossuficiência econômica.

chamada autorização de residência em razão da acolhida humanitária. A lei assegura, ainda, nos termos do 3º, inciso XI, que todo o migrante regular⁹⁶ no Brasil terá acesso igualitário e livre a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social.

O texto normativo insere um novo crime no Código Penal, a “Promoção de Migração Ilegal”, tipificado no Artigo 232-A, como infração penal:

[...] Promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º– Na mesma pena incorre quem promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a saída de estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em país estrangeiro.

§ 2º– A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se:

I - o crime é cometido com violência; ou

II - a vítima é submetida a condição desumana ou degradante.

§ 3º– A pena prevista para o crime será aplicada sem prejuízo das correspondentes às infrações conexas.

Considerada por muitos uma lei que coloca o Brasil na vanguarda da proteção do migrante, na contramão da tendência mundial, a nova lei de migração representa um avanço⁹⁷ para o país em matéria de proteção dos direitos humanos, postura que proporcionará benefícios para toda a sociedade brasileira, que tem por objetivo, conforme Artigo 3º da Constituição Federal, construir uma sociedade livre, justa e solidária. Nesse sentido, Ramos (2017, p. 3) destaca:

Com esse novo marco jurídico, o Brasil dá importante passo para tratar as migrações como verdadeiros ganhos (materiais e imateriais) para nossa sociedade, até hoje escondidos pelo discurso xenófobo. O passado, o presente e o futuro do Brasil estão relacionados com as migrações: nada mais justo e favorável aos interesses nacionais que tratar o migrante com

⁹⁶ De acordo com a OIM (2009, p. 42) considera-se migrante irregular o “Movimento que ocorre fora do âmbito das normas reguladoras dos países de envio, de trânsito e de acolhimento. Não existe uma definição clara ou universalmente aceite de migração irregular. Da perspectiva dos países de destino a entrada, a permanência e o trabalho num país é ilegal, sempre que o migrante não tenha a necessária autorização ou os documentos exigidos pelos regulamentos de imigração relativos à entrada, permanência ou trabalho de um dado país. Da perspectiva do país de envio a irregularidade é vista em casos em que, por exemplo, uma pessoa atravessa a fronteira internacional sem um passaporte válido ou documentos de viagem ou não preenche os requisitos administrativos para deixar o país. Há, porém, a tendência de usar o termo “migração ilegal” nos casos de contrabando de migrantes e de tráfico de pessoas”. O migrante irregular será deportado do Brasil por meio de medida administrativa compulsória nos termos do Artigo 50 da Lei nº 13.344/17.

⁹⁷ Em que pese os avanços proporcionados pela Lei, os vetos proferidos pelo presidente da república provocaram um sentimento de frustrações nos defensores de uma política migratória ampla e humanitária, mormente no que concerne ao veto relacionado com o direito à livre circulação de povos indígenas em terras tradicionais (RAMOS, 2017).

dignidade, estimulando-o a contribuir, tal qual ocorreu ao longo de nossa história, ao desenvolvimento de uma sociedade plural, desenvolvida e justa.

Segundo pesquisa realizada pelo Polícia Federal (2015), o Brasil abriga aproximadamente 1,9 milhões de imigrantes em situação regular. Desde 2013, mais de 400 mil estrangeiros migraram para o Brasil. Entre as nacionalidades que vieram ao país em busca de melhores condições de vida, no período, estão Haiti (15,51%), Bolívia (7,67%) e Colômbia (5,93%).

A extensa faixa de fronteira seca e a inexpressiva fiscalização das mesmas são fatores que facilitam a entrada de estrangeiros no Brasil, muitos em situação migratória irregular. Logo, o número apresentado pela estatística da Polícia Federal tende a aumentar, caso seja possível contabilizar os estrangeiros indocumentados.

Além da concessão de vistos com política imigratória, o Brasil desenvolve também um importante mecanismo de concessão de refúgios para deslocados forçados, tendo ratificado e incorporado, no ordenamento jurídico interno, a Convenção sobre Refugiados (1951), por meio da Lei 9.474, de 22 de julho de 1997, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências.

No que tange à definição do termo, o governo brasileiro incorporou a definição do Estatuto do Refugiado (1951) e expansão das causas, nos termos da Declaração de Cartagena (1984), passando a admitir como refugiado, nos termos do Artigo 1º da Lei 9.474/97:

[...] todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Ingressando no território brasileiro, ainda que de forma irregular, o imigrante poderá solicitar refúgio para a autoridade fronteiriça, que tem o dever de orientar e encaminhar o solicitante às autoridades competentes. O procedimento de recebimento da solicitação e autorização de residência provisória será conduzido pela Polícia Federal. A deliberação definitiva acerca da concessão ou não do refúgio

será realizada pelo Comitê Nacional para Refugiados – CONARE, composto por: I - um representante do Ministério da Justiça, que o presidirá; II - um representante do Ministério das Relações Exteriores; III - um representante do Ministério do Trabalho; IV - um representante do Ministério da Saúde; V - um representante do Ministério da Educação e do Desporto; VI - um representante do Departamento de Polícia Federal; VII - um representante de organização não-governamental que se dedique a atividades de assistência e proteção a refugiados no país.

Os membros do CONARE serão designados para o cargo pelo Presidente da República, mediante a indicação dos órgãos e entidades que compõe o Comitê. O ACNUR será sempre convidado para participar das reuniões do Comitê, tendo o seu representante direito a voz, sem direito de voto. Durante a apreciação do pedido, o refugiado e seus familiares poderão ter acesso aos serviços públicos oferecidos pelo governo brasileiro, bem como possibilidade de trabalho com carteira assinada, fazendo *jus* aos direitos trabalhistas.

De acordo com trabalho publicado pela Secretária Nacional de Justiça (2017), denominado “Refúgio em Números”, o Brasil já concedeu 9.552 refúgios a imigrantes forçados de 82 nacionalidades. Os dados apontam que, desde o início do conflito na Síria, 3.772 sírios solicitaram refúgio em território brasileiro. A crise na Venezuela aumentou as solicitações de refúgio no primeiro semestre de 2017, são mais de 3.800 solicitações feitas por nacionais daquele país. É importante destacar que, em razão dos desastres ambientais no Haiti, inúmeros haitianos vieram para Brasil, todavia, estes não são considerados refugiados, pois não se encaixam no conceito previsto no Artigo 1º da Lei 9.474/97.

O estudo produzido pela Secretária Nacional de Justiça (BRASIL, 2017), entre 2014 e 2016, aponta que “43.871 Haitianos tiveram sua situação migratória regularizada por meio de Despacho Conjunto do CONARE, do CNIg e do Departamento de Migrações, tendo suas solicitações de refúgio sido arquivadas”.

Extraí-se, ainda, do trabalho Refugiado em Números (BRASIL, 2017) que o Brasil, no ano de 2016, deferiu 942 solicitações de refúgio sendo: 326 nacionais da Síria, 189 nacionais da República do Congo; 98 nacionais do Paquistão; 57 nacionais da Palestina; 26 nacionais da Angola; 19 nacionais da República de Guiné; 18 nacionais do Iraque; 17 nacionais do Afeganistão; 17 nacionais de Camarões; 16 nacionais de Nigéria; 14 nacionais da Colômbia; 14 nacionais de

Gana; 14 nacionais da Venezuela, 12 nacionais de Togo; 10 nacionais do Líbano e 95 de outras nacionalidades.

Destarte, o Brasil possui um fluxo migratório constante de imigrantes e refugiados, excluindo turistas e imigrantes irregulares, especialmente dos países fronteiriços. O problema se instala quando estes imigrantes chegam no país sem condições para trabalhar ou sem inserir-se no mercado de trabalho, constituindo, assim, um problema social. Nesse sentido, segundo Milesi (2008, p. 35):

Grande parte destes dois segmentos (imigrantes e refugiados) participa do mercado de trabalho, integrando a população economicamente ativa. Há, no entanto, aqueles que chegam em idade avançada ou com a saúde comprometida, não possuindo condições para o provimento de sua própria subsistência. Neste contexto de hipossuficiência surgem questionamentos acerca das responsabilidades do Estado em relação a garantias sociais mínimas a serem asseguradas a estas pessoas, sejam elas migrantes econômicos ou com *status* de refugiados.

Não há dúvidas de que o Brasil está comprometido com a aplicação dos direitos humanos e garantias individuais mínimas para manutenção da vida de qualquer um que se encontre em seu território, conseqüentemente, tem a obrigação de zelar pela efetivação desses direitos.

Outro problema que o país enfrenta diz respeito à criminalidade praticada por estrangeiros em território nacional. Segundo dados publicados no “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias” (INFOPEN, 2014), o país já ultrapassou a marca de 622.000 (seiscentos e vinte e dois mil) presos. Depreende-se, dos dados coletado pela INFOPEN (2014, p. 49), que há, no sistema carcerário brasileiro, a presença de 2.625 presos estrangeiros, distribuídos em presídios nas unidades da federação conforme quadro a seguir:

Quadro 1 – Quantidade de Estrangeiros Presos por Unidade da Federação

UF	Número de Estrangeiros	Proporção de estrangeiros no sistema prisional
AC	8	0,19%
AL	3	0,05%
AM	137	1,74%
AP	1	0,04%
BA	16	0,13%
CE	51	0,24%
DF	25	0,19%
ES	15	0,09%
GO	6	0,04%
MA	2	0,04%
MG	18	0,03%
MS	138	1,03%
MT	17	0,17%
PA	6	0,05%
PB	10	0,10%
PE	19	0,07%
PI	8	0,25%
PR	186	0,99%
RJ	0	0,00%
RN	6	0,08%
RO	36	0,37%
RR	21	1,31%
RS	81	0,29%
SC	37	0,22%
SE	2	0,05%
SP	1776	0,82%
TO	0	0,00%
Brasil	2625	0,45%

Fonte: INFOPEN (2014)

Analisando o quadro, constata-se que os Estados da federação que mais prendem estrangeiros são Amazonas, Mato Grosso do Sul, Paraná e São Paulo. Os três primeiros porque são Estados que fazem fronteiras com outros países do continente americano, com alto índice de práticas de tráfico de drogas. Já São Paulo destaca-se em razão de sua dimensão populacional.

O quadro abaixo retrata os 10 países com maior número de nacionais presos no sistema penitenciário brasileiro:

Quadro 2 – Os 10 países com maior número de estrangeiros presos no Brasil

PAÍS	Nº de pessoas nas prisões brasileiras
Nigéria	330
Paraguai	315
Bolívia	312
Peru	244
Colômbia	198
África do Sul	98
Angola	94
Portugal	89
Espanha	83

Fonte: INFOPEN (2014)

Os principais crimes praticados por estrangeiros são: tráfico de drogas, furto, roubo, contrabando e descaminho. Em regra, os estrangeiros ficam presos nos mesmos estabelecimentos penitenciários dos nacionais brasileiros. Contudo, na cidade de Itaí, no interior de São Paulo, foi instalada uma unidade prisional exclusiva para estrangeiros. A penitenciária, que possui capacidade para 1.618 presos, conta, atualmente, com 1.165 detidos, de 86 nacionalidades, sendo, em sua maioria, nigerianos condenados por tráfico de drogas. Trata-se de uma das poucas cadeias do país que possui massa carcerária abaixo da lotação.

Assim, o Brasil caracteriza-se por ser um país que recebe uma expressiva quantidade de imigrantes e refugiados, e a tendência, com a nova política migratória, é aumentar a recepção de estrangeiros no território nacional, especialmente refugiados. Todavia, não há como negar que uma parte dos estrangeiros que chegam ao país está praticando crimes, sendo este o pressuposto para nossa análise da aplicação do direito de assistência consular no ordenamento jurídico brasileiro.

4.2 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DOS ESTRANGEIROS PRESOS NO BRASIL

No dia 18 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa Brasileira. O poder constituinte originário⁹⁸ elegeu, como fundamento da República, o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme Artigo 1º, inciso III, da CRFB/88. Com base em tal princípio, os objetivos fundamentais foram traçados visando a solidariedade e a promoção do bem de todos, sem discriminação e preconceitos de origem ou nacionalidade, conforme Artigo 3º, incisos I a IV, da CRFB/88.

Com efeito, o constituinte originário estabeleceu um extenso rol de direitos e garantias⁹⁹ fundamentais, conforme Artigo 5º da CRFB/88, que devem ser aplicados visando o respeito à dignidade humana, sem distinção entre nacionais e estrangeiros. *In verbis*: “Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e **aos estrangeiros** residentes no País **a inviolabilidade do direito** à vida, **à liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (Grifo nosso).

O princípio da não discriminação entre brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros também está inserido no Artigo 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que disciplina a igualdade perante a lei, ratificada pelo governo brasileiro e incorporada no ordenamento jurídico por meio do Decreto 678, de 06 de novembro de 1992¹⁰⁰. *Ipsis Litteris*: “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, tem direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”.

⁹⁸ Segundo Mendes (2008, p.197): “A autoridade máxima da Constituição, reconhecida pelo constitucionalismo, vem de uma força política capaz de estabelecer e manter o vigor normativo do Texto. Essa magnitude que fundamenta a validade da Constituição, desde a Revolução Francesa, é conhecida com o nome de poder constituinte originário”.

⁹⁹ Para Grinover (2013, p. 5) “a distinção entre direitos e garantias se faz no sentido de que os direitos são declaratórios, enquanto as garantias são assecuratórias dos direitos e, por conseguinte, instrumentais”.

¹⁰⁰ Em que pese a posição jurisprudencial no sentido de que o *status* normativo do Pacto de San José da Costa Rica e outros tratados de direitos humanos incorporados antes da promulgação do Artigo 5º, §3º da CRFB, perante o ordenamento jurídico brasileiro seja de norma supralegal, acredita-se que tal entendimento não reflete a real intenção do constituinte originário de dar, aos tratados de direitos humanos incorporados no ordenamento jurídico pátrio, independentemente do quórum de votação, *status* de norma constitucional, nos termos do Artigo 5º, §2º, da CRFB.

No mesmo sentido é o teor do Artigo 26 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, incorporado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 592, de 06 de julho de 1992¹⁰¹:

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, **sem discriminação alguma**, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação **por motivo de raça**, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, **origem nacional** ou social, situação econômica, **nascimento** ou qualquer outra situação. (Grifo nosso)

Destaca-se, ainda, o princípio da não discriminação no conteúdo normativo do Artigo 7º da Declaração Universal de Direitos Humanos, promulgada em 1948¹⁰², *in verbis*: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

Assim, resta evidente que o Estado não pode desprezar os direitos e as garantias fundamentais de um estrangeiro, ainda que em situação irregular, no território brasileiro. Destarte, dentre o extenso rol de direitos individuais estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro, destacar-se-ão os inerentes aos indivíduos presos.

Conforme consta na Carta da Magna da República brasileira, o direito de liberdade é inviolável, e só pode ser restringido excepcionalmente nos termos do Artigo 5º, inciso LXI, da CRFB/88: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

A violação ao direito à liberdade de qualquer pessoa, sem a devida autorização legal, pode levar o responsável a responder por crime contra a liberdade individual, como, por exemplo, sequestro e cárcere privado, delitos tipificados no

¹⁰¹ Assim como defendido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, acredita-se que a interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca da Supralegalidade dos tratados esteja equivocada, razão pela qual as normas consubstanciadas no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, desde 1992, são normas constitucionais.

¹⁰² A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi promulgada por meio da resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas. Tendo em vista que o texto normativo não foi promulgado na forma de tratados, muitos doutrinadores afirmam que a Declaração (1948) não possui força vinculante. Contudo, o valor ético-jurídico do documento é inegável, tanto que todos os tratados internacionais de direitos humanos expressam o conteúdo da Declaração, motivo pelo qual o documento de 1948 é a vigia mestra de toda construção da nova era dos direitos humanos.

artigo 148 do Código Penal¹⁰³, cuja pena é a detenção, de um a três anos para a conduta simples, conforme Artigo 148, *caput*, do CP, e reclusão de dois a cinco anos, para a conduta qualificada, conforme Artigo 148, §1º do CP. Se uma autoridade pública praticar tal violação, pode responder pelo crime de abuso de autoridade¹⁰⁴.

Com efeito, estudar-se-á, na seção seguinte, as espécies de prisões que podem levar, um nacional ou um estrangeiro, ao cárcere público em território brasileiro.

4.2.1 Espécies de Prisões e seus Fundamentos

No ordenamento jurídico brasileiro existem três espécies de prisão: (i) prisão civil; prisão penal, também denominada prisão pena ou pena; (iii) prisão cautelar, também conhecida como prisão provisória ou sem pena.

A prisão civil encontra fundamento no artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal, *in verbis*: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”

É mister ressaltar que a prisão civil do depositário infiel não pode mais ser executada no ordenamento jurídico brasileiro, após a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Especial 466.343/SP, onde o STF entendeu que o Pacto de San José da Costa Rica e outros tratados de direitos humanos, incorporados antes da emenda constitucional 45 de 2004¹⁰⁵, possuem *status* normativo supralegal, o que

¹⁰³ “Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado: Pena - reclusão, de um a três anos”. § 1º – A pena é de reclusão, de dois a cinco anos:

I – se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos; II – se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital; III – se a privação da liberdade dura mais de quinze dias. IV – se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos; V – se o crime é praticado com fins libidinosos. § “2º – Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral: Pena - reclusão, de dois a oito anos”. (BRASIL, 1940).

¹⁰⁴ Nos termos dos artigos 3º e 4º da lei 4.896, de 09 de dezembro de 1965, constitui abuso de autoridade, dentre outras condutas, qualquer atentado contra “à liberdade de locomoção”, bem como ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder e deixar de comunicar, imediatamente, ao juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa.

¹⁰⁵ Inseriu o Artigo 5º, §3º que disciplina: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

torna inaplicável a norma infraconstitucional que disciplina a prisão do depositário infiel, pois conflita a vedação consubstanciada na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Destarte, a prisão civil no Brasil é apenas a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia, que não tem natureza penal, tampouco de sanção, trata-se de uma medida coercitiva para compelir o devedor a cumprir as suas obrigações. Essa prisão encontra fundamento na necessidade de sobrevivência do alimentando, motivo pelo qual o constituinte originário autorizou a prisão do responsável pelo inadimplemento. (DIAS, 2016)

Nesse diapasão, Dias (2016, p.547) explica que:

Talvez se possa dizer que o primeiro direito fundamental do ser humano é de sobreviver. E este, com certeza, é o maior compromisso do Estado: garantir a vida. Todos têm direito de viver, e com dignidade. Surge, desse modo, o direito a alimentos como princípio da preservação da dignidade humana (CF 1.º III). Por isso os alimentos têm a natureza de direito de personalidade, pois asseguram a inviolabilidade do direito à vida, à integridade física. Inclusive estão reconhecidos entre os direitos sociais (CF 6º). Este é um dos motivos que leva o Estado (CF 226) a emprestar especial proteção à família.

Dessa maneira, a prisão civil do devedor de alimentos só será decretada por meio de decisão judicial, em razão da execução da sentença que reconheça a exigibilidade de prestar alimentos, quando o devedor atrasar o pagamento de no mínimo três prestações e não apresentar justificativas para o atraso. A prisão será cumprida em regime fechado e pode durar um a três meses. A prisão civil por dívidas alimentícias está regulamentada no Artigo 528 do CPC. *In verbis*:

Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

§ 1º – Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuar-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517.

§ 2º – Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.

§ 3º – Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

§ 4º – A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.

§ 5º – O cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 6º – Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

§ 7º – O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.

§ 8º – O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaiando a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

§ 9º – Além das opções previstas no art. 516, parágrafo único, o exequente pode promover o cumprimento da sentença ou decisão que condena ao pagamento de prestação alimentícia no juízo de seu domicílio. (BRASIL, 2015). (Grifo nosso)

Decretada a prisão do alimentante, o juiz expedirá mandado de prisão para que seja cumprido através da Polícia Civil, também denominada polícia judiciária. A decisão que determina a prisão do alimentante possui natureza interlocutória, podendo, por essa razão, ser questionada por agravo de instrumento¹⁰⁶. Contudo, por ser tratar da privação de um direito fundamental (liberdade), pode ser impugnada por meio de *habeas corpus*. Na seara penal, o Artigo 283 do CPP, determina que:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941).

Destarte, há uma distinção entre prisão processual e prisão definitiva, tendo à primeira, natureza de medida cautelar¹⁰⁷, e a segunda imposta ao indivíduo enquanto sanção penal¹⁰⁸, isto é, efeito jurídico direto e imediato da sentença. (BITENCOURT, 2008).

A pena privativa de liberdade só será imposta quando o autor de uma infração penal¹⁰⁹ for devidamente acusado, por meio de denúncia, ação penal pública, ou queixa-crime, ação penal privada, perante juízo competente para o

¹⁰⁶ Artigo 1.075, parágrafo único, do CPC: “[...] Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário”.(BRASIL, 2015).

¹⁰⁷ No âmbito do processo penal, as medidas cautelares são classificadas quanto à natureza como: patrimonial; relativas à prova e pessoal. (LIMA, 2017).

¹⁰⁸ Conceito sanção penal é considerado pela doutrina como gênero e se divide em duas espécies, pena e medidas de segurança. A pena se subdivide em três espécies, privativas de liberdade, restritivas de direito e multa, já a medida de segurança, em internação ou tratamento ambulatorio.

¹⁰⁹ Infração penal é gênero, sendo as suas espécies, crimes e contravenções penais.

exercício do *jus puniendi*¹¹⁰. Trata-se da necessária pretensão acusatória que deve ser deduzida pelo titular da ação penal¹¹¹.

Com o recebimento da peça acusatória, o acusado será citado para responder aos fatos que lhe foram imputados, respeitando-se todos os atos do devido processo penal, tais como contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, etc. Ao final, após a instrução probatória, caso comprovada a autoria e a materialidade da infração penal, o magistrado condenará o acusado, impondo-lhe a pena devida que, em caso de prisão, poderá ser cumprida no regime penitenciário inicial fechado, semiaberto ou aberto¹¹².

As medidas cautelares de natureza processual são, segundo Lima (2017, p. 830):

[...] aquelas medidas restritivas ou privativas de liberdade de locomoção adotadas contra o imputado durante as investigações ou no curso do processo, com o objetivo de assegurar a eficácia do processo, importando algum grau de sacrifício da liberdade do sujeito passivo da cautela, ora em maior grau de intensidade (v.g., prisão preventiva, temporária), ora com menor lesividade (v.g., medidas cautelares diversas da prisão art. 319 do CPP).

As medidas cautelares de natureza pessoal têm por finalidade assegurar a apuração do fato delituoso, a futura e possível aplicação da sanção penal, a proteção da coletividade, ameaçada pelo risco de reiteração da conduta delituosa, ou, ainda, o ressarcimento do dano causado (LIMA, 2017, p. 829).

Compulsando o Código de Processo Penal, constata-se que há duas espécies de medida cautelar de natureza pessoal¹¹³, a que impõe privação total da liberdade do agente, levando-o ao cárcere, e a que restringe o direito de liberdade, denominada medida cautelar diversa da prisão¹¹⁴.

¹¹⁰ Entende-se por *jus puniendi* ou direito penal subjetivo o direito de punir exclusivo do Estado, não sendo possível, no Brasil, a aplicação de sanções penais extrajudiciais ou privadas. (BITENCOURT, 2008).

¹¹¹ O titular da ação penal pública é o Ministério Público, nos termos do Artigo 129, I, da CRFB/88. Já ação penal privada é exercida pela própria vítima da infração penal como querelante.

¹¹² A definição do regime inicial de cumprimento da pena será feita pelo juiz na dosimetria da pena, e dependerá, em regra, da quantidade de pena imposta e da espécie de pena privativa de liberdade cominada para o tipo penal incriminador, podendo ser reclusão, detenção ou prisão simples.

¹¹³ Não há, no âmbito criminal, processo penal cautelar autônomo, todavia, a imposição destas medidas é instrumentalizada por uma série de requisitos, previstos no CPP ou lei específica, que estabelece pressupostos e requisitos para a decretação das mesmas. (LIMA, 2016).

¹¹⁴ São medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do Artigo 319 do CPP: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas

Com efeito, a prisão cautelar é subdividida em três espécies: (i) prisão em flagrante; (ii) preventiva e (iii) temporária, sendo as duas primeiras disciplinadas no CPP, e a última regulamentada pela Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989.

Apesar de não existir processo cautelar autônomo, as medidas cautelares serão imposta de acordo com regras e princípios esculpidos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Dentre os princípios norteadores¹¹⁵ da aplicação das medidas cautelares pessoais, destaca-se a jurisdicionalidade, que consiste na impossibilidade de aplicação de prisão ou medidas diversas, para privar o direito de liberdade do indivíduo, sem decisão judicial, ou seja, sem a expedição de mandado judicial. (LIMA, 2016).

Em que pese o legislador, conforme Artigo 310 do CPP, tenha estabelecido a dispensa do mandado judicial para a prisão em flagrante, afirmando que “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”, após a ratificação da prisão pelo delegado de polícia, o mesmo deve enviar, imediatamente¹¹⁶, o procedimento a um juiz competente para que este decida acerca da manutenção da prisão, em respeito ao princípio da jurisdicionalidade. (BRASIL, 1941).

Outrossim, uma medida cautelar jamais poderá ser decretada em desfavor do indivíduo, de forma automática, pois a lei determinada a observância de pressupostos, requisitos e condições para a admissibilidade das cautelares. Os pressupostos para decretação de qualquer prisão ou medida cautelar no processo penal são o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, isto é, a existência de materialidade e indícios de autoria da infração penal, e o perigo que indivíduo pode causar, no sentido de evitar a correta aplicação da lei penal ou garantia da ordem pública, e da instrução criminal. (LIMA, 2016).

infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica. (BRASIL, 1941).

¹¹⁵ Os princípios norteadores das medidas cautelares são: presunção de inocência e vedação da prisão *ex lege* e proporcionalidade. (LIMA, 2016).

¹¹⁶ Em 24 horas.

Com efeito, só poderá ser preso em flagrante, nos termos do Artigo 302 do CPP, quem for surpreendido cometendo uma infração penal, quando o autor do fato acaba de cometê-la, ou quando é perseguido logo após, pela autoridade, ofendido ou qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração, ou, ainda, quando for encontrado, em seguida, com instrumentos, armas ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração penal. (BRASIL, 1941).

O preso em flagrante será conduzido para uma autoridade competente, onde será efetivado o procedimento de lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, devendo este ser enviado a um juiz competente no prazo máximo de 24 horas. Após o recebimento dos autos, será designada a audiência de custódia do preso, ocasião que o magistrado, após ouvir o Ministério Público e a defesa, analisará a regularidade da prisão e decidirá: (i) pelo relaxamento o da prisão em flagrante; (ii) pela concessão de liberdade provisória com ou sem fiança, (iii) pela liberdade provisória cumulada com medidas cautelares diversas da prisão ou (iv) conversão do flagrante em prisão preventiva.

Já a prisão preventiva consiste na segregação cautelar do indivíduo, por meio de mandado judicial, que pode ser decretada a qualquer momento no curso da investigação ou do processo, antes, porém, do trânsito em julgado da sentença. O juiz pode decretar a prisão no curso do processo penal de ofício ou a requerimento das partes, todavia, no curso da investigação criminal apenas mediante representação do delegado, ou mediante requerimento do Ministério Público.

Para decretação da prisão preventiva, além da existência de indícios de autoria e materialidade, o juiz deve analisar a existência de pelo menos um dos requisitos previstos no Artigo 312 do CPP¹¹⁷, e o preenchimento das condições de admissibilidade, inseridas no Artigo 313¹¹⁸. É mister ressaltar que o Código de

¹¹⁷ “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. (BRASIL, 1941).

¹¹⁸ “Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida”. (BRASIL, 1941).

Processo Penal não disciplina um prazo de duração da prisão cautelar preventiva, podendo durar o processo inteiro até o trânsito em julgado. Sobre a inexistência de prazo para a prisão preventiva, Lima (2017, p.982), com base na característica da provisoriedade das prisões cautelares, observa:

Impera, no processo penal comum brasileiro, absoluta indeterminação acerca do prazo de duração da prisão preventiva, que passa a assumir contornos de verdadeira pena antecipada. Isso porque, ao contrário da prisão temporária, que possui prazo prefixado, o Código de Processo Penal não prevê prazo determinado para a duração da prisão preventiva. Assim, a prisão preventiva, cuja natureza cautelar deveria revelar a característica da provisoriedade, acaba por assumir caráter de verdade prisão definitiva. [...] Ao longo dos anos, em virtude dessa indeterminação do prazo da custódia preventiva, diversos abusos foram cometidos, em patente violação à natureza provisória da prisão, que se via transformada, mediante subversão dos fins que a legitimam, em inaceitável antecipação executória da própria sanção penal, violando não só o princípio da presunção de inocência, como também o direito à razoável duração do processo, previsto expressamente na Constituição Federal (art. 5º, LXXVIII) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 7º, §51).

Excepcionalmente, doutrina e jurisprudência admitem o excesso de prazo¹¹⁹ na prisão preventiva quando há uma demora desproporcional nos autos capaz de lesar a garantia da razoável duração do processo. Nesse sentido JESUS (2009, p.35): “excesso de prazo dever ser interpretado à luz do princípio da razoabilidade, ou seja, os prazos não podem ser computados aritmeticamente, devendo levar em conta as peculiaridades do caso”.

Por outro lado, a provisoriedade da medida cautelar está bem definida na prisão temporária, que será decretada somente no curso de investigações criminais, quando preenchidas as hipóteses de cabimento previstas no Artigo 1º, incisos I, II e III da Lei 7.960/89¹²⁰. Esta modalidade de prisão também se diferencia das demais

¹¹⁹Sobre o excesso de prazo na prisão preventiva, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 52: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”. Todavia, tal entendimento não é absoluto, tendo em vista a incidência do princípio da razoabilidade.

¹²⁰Art. 1º Caberá prisão temporária: I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas

por ter prazo certo e determinado pela lei, qual seja, cinco dias, prorrogáveis, no caso de extrema e comprovada necessidade, por mais cinco. Se o crime for hediondo, o prazo da prisão temporária será de 30 dias, também prorrogável por igual período, nos termos do Artigo 2º, §4º, da Lei nº 8.072/90.

Por fim, antes da entrada em vigor da nova lei de migração, Lei nº 13.445/17, o estrangeiro poderia ser preso para fins de extradição, deportação¹²¹ ou expulsão¹²², conforme disciplinava a revogada Lei 6.815/80, antigo estatuto do estrangeiro. Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro admite apenas a imposição de medida cautelar de prisão ao estrangeiro para fins de extradição, consoante preceitua o Artigo 84 da Lei de Migração. *In verbis*:

Art. 84. Em caso de urgência, o Estado interessado na extradição poderá, previamente ou conjuntamente com a formalização do pedido extradicional, requerer, por via diplomática ou por meio de autoridade central do Poder Executivo, prisão cautelar com o objetivo de assegurar a exequibilidade da medida de extradição que, após exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos nesta Lei ou em tratado, deverá representar à autoridade judicial competente, ouvido previamente o Ministério Público Federal.

§ 1º – O pedido de prisão cautelar deverá conter informação sobre o crime cometido e deverá ser fundamentado, podendo ser apresentado por correio, fax, mensagem eletrônica ou qualquer outro meio que assegure a comunicação por escrito.

§ 2º – O pedido de prisão cautelar poderá ser transmitido à autoridade competente para extradição no Brasil por meio de canal estabelecido com o ponto focal da Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol) no País, devidamente instruído com a documentação comprobatória da existência de ordem de prisão proferida por Estado estrangeiro, e, em caso de ausência de tratado, com a promessa de reciprocidade recebida por via diplomática.

§ 3º – Efetivada a prisão do extraditando, o pedido de extradição será encaminhado à autoridade judiciária competente.

§ 4º – Na ausência de disposição específica em tratado, o Estado estrangeiro deverá formalizar o pedido de extradição no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data em que tiver sido cientificado da prisão do extraditando.

§ 5º – Caso o pedido de extradição não seja apresentado no prazo previsto no § 4º, o extraditando deverá ser posto em liberdade, não se admitindo novo pedido de prisão cautelar pelo mesmo fato sem que a extradição tenha sido devidamente requerida.

§ 6º – A prisão cautelar poderá ser prorrogada até o julgamento final da autoridade judiciária competente quanto à legalidade do pedido de extradição.

típicas;n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).p) crimes previstos na Lei de Terrorismo”. (BRASIL, 1989).

¹²¹ “Art. 61. O estrangeiro, enquanto não se efetivar a deportação, poderá ser recolhido à prisão por ordem do Ministro da Justiça, pelo prazo de sessenta dias. (BRASIL, 1980).

¹²² “Art. 69. O Ministro da Justiça, a qualquer tempo, poderá determinar a prisão, por 90 (noventa) dias, do estrangeiro submetido a processo de expulsão e, para concluir o inquérito ou assegurar a execução da medida, prorrogá-la por igual prazo”. (BRASIL, 1980).

A prisão não é imposta de forma automática, pois depende de pedido fundamentado, realizado pelo Estado interessado na extradição, visando assegurar a efetividade do processo. O requerimento será recebido pelo governo brasileiro por via diplomática ou autoridade central do Poder Executivo, no caso, pelo Ministro da Justiça, que terá a incumbência de analisar a admissibilidade do pedido.

Caso seja admitido, o Ministro da Justiça deve enviar o pedido ao Supremo Tribunal Federal, autoridade judicial competente para processar e julgar pedidos de extradição, nos termos do Artigo 102, I, g, da Constituição Federal, pois só será admitida a prisão de um indivíduo, nacional ou estrangeiro, por meio de decisão judicial, conforme Artigo 5º, LXI da CRFB/88¹²³.

A Lei de Migração brasileira autoriza que a prisão do estrangeiro seja cumprida em prisão albergue ou domiciliar, evitando-se, assim, o regime fechado, nos termos do Artigo 86:

[...] O Supremo Tribunal Federal, ouvido o Ministério Público, poderá autorizar prisão albergue ou domiciliar ou determinar que o extraditando responda ao processo de extradição em liberdade, com retenção do documento de viagem ou outras medidas cautelares necessárias, até o julgamento da extradição ou a entrega do extraditando, se pertinente, considerando a situação administrativa migratória, os antecedentes do extraditando e as circunstâncias do caso. (BRASIL, 2017).

É mister ressaltar que a prisão de estrangeiro, para fins de extradição, não é considerada condição de procedibilidade para o processo de extradição no STF, órgão a quem compete deliberar o decreto de medida cautelar de prisão. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro condiciona, sob a égide da estrita legalidade e do princípio da prisão cautelar, como *ultima ratio da extrema ratio*¹²⁴, as hipóteses de prisão, do nacional ou estrangeiro, que se encontre em território brasileiro. Porém, caso seja decretada a prisão do indivíduo, o mesmo fará *jus* a certos direitos e garantias constitucionais e convencionais, objeto de análise da próxima seção.

¹²³ Outrora, a decretação prisão do estrangeiro para fins de extradição, deportação e expulsão foi de competência do Ministro da Justiça, isto é, uma verdadeira prisão administrativa, tendo em vista que existia previsão expressa, nesse sentido, no revogado Estatuto do Estrangeiro.

¹²⁴ Com a alteração legislativa promovida no Código de Processo Penal, por meio da Lei 12.403, de 2011, a prisão processual passou a ser considerada excepcional, isto é, a última opção do Estado-juiz, que deve, antes de privar a liberdade do indivíduo, analisar se cabe outra medida cautelar, diversa da prisão, nos termos do Artigo 282, §6º do CPP: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (Art. 319)”. (BRASIL, 1941).

4.2.2. Dos Direitos e Garantias Constitucionais e Convencionais do Preso no Brasil

A Constituição Federal e os tratados internacionais de direitos humanos, incorporados pelo governo brasileiro no ordenamento jurídico, asseguram diversos direitos e garantias ao preso, uma vez que a prisão cautelar ou qualquer outra medida restritiva do direito de liberdade do ser humano, para assegurar a persecução penal constitui ato extremamente gravoso.

Em que pese a posição atual do Supremo Tribunal Federal de atribuir *status* de norma supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos, incorporados no ordenamento jurídico pátrio sem a aprovação pelo quórum qualificado¹²⁵, este entendimento não reflete a intenção do constituinte originário, conforme conteúdo do Artigo 5º, §2º da CRFB/88, que reconhece “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Logo, os tratados internacionais de direitos humanos devem ser interpretados como normas constitucionais.

No mesmo sentido é o entendimento de Silveira e Abreu (2014, p. 10) que, encampando as lições de Lafer, sustentam:

Assim, os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil a qualquer tempo e que não foram integrados ao ordenamento jurídico pátrio pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF/88, não podem ser considerados simples leis ordinárias. Eles são materialmente constitucionais por trazerem em seu bojo matérias atinentes aos Direitos Humanos fundamentais, integrando sem sombra de dúvida o chamado bloco de constitucionalidade.

Assim, para Lafer (2005, p.17-18):

Há, no entanto, uma situação jurídica de direito intertemporal distinta das duas hipóteses já mencionadas: a dos muitos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu e recepcionou no seu ordenamento jurídico desde a Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 45, seguindo a política jurídica exterior determinada pela ‘vis directiva’ do inc. II do art. 4º. (...) Explico-me, observando que entendo, por força do § 2º do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são

¹²⁵ “Art. 5º [...] § 3º – Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. (CRFB, 1988).

materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade.

Assim, os direitos e garantias individuais inseridos em tratados de direitos humanos são, formal e materialmente, constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade independentemente da aprovação, pelo quórum, de emenda constitucional. Destarte, a preservação de tais direitos e garantias, consagrados nas normas de direitos humanos e inseridos no texto constitucional, arduamente conquistado pela humanidade no processo de evolução das civilizações, conforme registra a história, é dever de todo Estado Democrático de Direito, e do Estado brasileiro, tendo em vista que a liberdade de locomoção se consubstancia como um dos dogmas da República brasileira.

Negar a existência de direitos e garantias individuais no momento da prisão ou no curso do processo penal visando privar o indivíduo do seu direito de ir e vir equivaleria a reconhecer a índole totalitária e arbitrária do Estado, distanciando-se, por conseguinte, da essência própria ao Estado Democrático de Direito¹²⁶.

Assim, a Constituição define que a liberdade é a regra e a exceção, a prisão, tendo o Estado o dever de respeitar os direitos e garantias individuais, e o direito da pessoa presa de ter sua integridade física e moral respeitada, conforme Artigo 5º, XLIX da CRFB. Logo, o preso não pode ser submetido a tratamento degradante e cruel, nem torturado (Art. 5º, III, da CRFB)¹²⁷, e o Estado deve dispensar todo o tratamento necessário para a preservação de sua dignidade.

¹²⁶Conforme salienta Almeida (2004, p. 7), “após a Segunda Guerra Mundial (1945), os limites internos da soberania foram constituídos pelas cartas de direitos do constitucionalismo moderno, é norma exemplar o Artigo 1, inciso I da Lei Fundamental de Bonn (1945): “a dignidade da pessoa humana é inviolável e toda autoridade pública terá o dever de respeitá-la e protegê-la”.

¹²⁷Qualquer pessoa que atentar contra a integridade física ou contra a vida de um preso, inclusive agentes públicos, responderão, respectivamente, pelo crime de lesão corporal (Art.129, do CP) ou pelo crime de homicídio (Art. 121 do Código Penal). Ademais, se as agressões forem com a finalidade de extrair a confissão do preso, o crime imputado ao agressor será o de tortura, previsto no Artigo 1º, §1º, da Lei 9.455/97. Soma-se, ainda, para as autoridades públicas, o delito de abuso de autoridade, tipificado no Art. 3º, (i), da Lei nº 4.898/65.

Corolário lógico do respeito à integridade física e moral, é dever do Estado assegurar a inviolabilidade do direito à vida (Art. 5º, caput, da CRFB), proporcionando segurança para que os presos não entrem em conflito na prisão e acesso a tratamento médico. Deve o Estado, ainda, garantir a liberdade religiosa no interior do cárcere, conforme previsto no Art. 5º, VI, da CRFB.

A preservação da integridade física do preso deve ser atestada por exame de corpo de delito, realizado antes e depois do encarceramento. Sobre esta necessidade, Lima (2017, p. 908), comentado a Lei nº 7.960/89 aduz:

Nessa linha, aliás, a Lei nº 7.960/89 determina em seu art. 2º, §3º, que 'o juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e *submetê-lo a exame de corpo de delito*'. Apesar de o dispositivo deixar transparecer que o juiz *poderá* determinar que o preso seja submetido a exame de corpo de delito, pensamos que não se trata de preceito de aplicação facultativa. Na verdade, a autoridade policial, independentemente de prévia autorização judicial, deve submeter o preso a exame de corpo de delito.

O tratamento humanitário do preso, previsto no Artigo 10 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos e no Artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos¹²⁸, determina, ainda, que o preso provisório deve ser mantido em cela separada do preso comum, e, de igual forma, que o Estado deve dispensar tratamento distinto aos menores infratores¹²⁹.

Outro direito fundamental do preso é o de ter sua prisão comunicada, de forma imediata, ao juiz competente, para que este possa analisar a legalidade da prisão, conforme Art. 5º, LXII, que disciplina que a prisão e o local onde se encontra deve ser comunicada, imediatamente, ao juiz competente. No entanto, como a Constituição não especifica qual tipo de prisão deve ser comunicada, entende a doutrina que toda e qualquer prisão cautelar tem que ser informada ao juiz, ainda

¹²⁸ "Artigo 5. Direito à integridade pessoal; 1.Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral; 2.Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano; 3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.4.Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.5.Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.6.As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados". (BRASIL, 1992).

¹²⁹ No Brasil, consideram-se menores infratores crianças e adolescente, menores de 18 anos, que praticam atos infracionais análogos às infrações penais, cuja responsabilidade "penal" será apurada à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que prevê, inclusive, medidas sócias educativas de privação da liberdade (internação), bem como medidas cautelares (internação provisória).

que o delegado conceda liberdade provisória sob fiança¹³⁰. Todavia, a aludida regra deve ser observada com afinco na prisão em flagrante, por se tratar de espécie de prisão cautelar que não exige mandado. (BRASILEIRO, 2017).

A comunicação que aduz o Art. 5º, LXII, da CF, não se confunde com o envio dos autos de prisão em flagrante, no prazo de 24 horas, ao juiz. A comunicação determinada pela Constituição deve ser realizada antes desse prazo, isto é, imediatamente após a detenção do indivíduo na delegacia. Seu descumprimento, no entanto, segundo o STF e STJ, configura mera irregularidade que não tem força para tornar a prisão arbitrária. A consequência seria, no campo da responsabilidade funcional e criminal, da autoridade responsável pela informação¹³¹.

Lima (2017, p. 914) discordados precedentes jurisprudenciais, afirmando que:

Com a devida vênia, pensamos que a ausência de comunicação do flagrante à autoridade judiciária configura grave violação a preceito constitucional (CF, art. 5º, LXII), o qual foi colocado na Carta Magna visando à preservação dos *status libertatis* do indivíduo, determinando que toda e qualquer prisão seja comunicada à autoridade judiciária, a fim de que o magistrado possa verificar sua legalidade (para fins de eventual relaxamento), ou analisar o cabimento de liberdade provisória, com ou sem fiança.

Além da comunicação da prisão ao juiz, o Artigo 306 do CPP determina que a autoridade policial deve informar ao Ministério Público Estadual. Ademais, o mesmo Artigo 5º, LXII, do texto constitucional determina que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente [...] à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.

A comunicação imediata da prisão do indivíduo à entes familiares ou terceiros pelo ele indicados tem por finalidade resguardar o *status libertatis*, uma vez que a pessoa de confiança do preso, ao tomar conhecimento dos fatos que o levaram ao cárcere, pode afrontar eventual vício jurídico no encarceramento. (BRASILEIRO, 2017).

¹³⁰ A autoridade policial poderá arbitrar fiança nas infrações penais punidas cuja pena máxima, em abstrato, não exceda a quatro anos, nos termos do Artigo 322 do Código de Processo Penal.

¹³¹STF.RHC 64.152/PR. Min. Rel. Aldir Passarinho – 2ª Turma. Diário da Justiça de 29/08/1986 p.15186. STJ. HC 28.575/BA. Min. Rel. Felix Fischer. Dj. 28/10/2003, p. 321.

Com efeito, o Artigo 21 do Código de Processo Penal¹³², que prevê a possibilidade de incomunicabilidade do preso por até três, não foi recepcionado pela Constituição Federal. Ademais, a incomunicabilidade é vedada no próprio texto constitucional, no Estado de Exceção (Art. 136, §3º, da CRFB).

Assim, lecionam Arruda, Pereira e Calves (2015, p. 38):

Coadunamos com a corrente majoritária da doutrina que entende não ter sido recepcionado o art. 21 do Código de Processo Penal pela Constituição Federal de 1988, uma vez que o próprio texto constitucional veda a incomunicabilidade do preso durante o estado de exceção (art. 136, §3º, da CF). Se no estado de exceção, a Constituição já veda a aplicação do instituto, não há razões para no estado de normalidade do direito, com total proteção dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, manter o preso incomunicável.

O descumprimento da regra esculpida no 5º, LXII, da CRFB/88 provoca vício de formalidade na execução da prisão que, para Lopes Jr. (2013, p. 822):

[...] conduz a ilegalidade da prisão em flagrante, cabendo ao juiz, quando receber os autos, verificar que não houve a comunicação (ao juiz plantonista, à família do preso e ao Ministério Público), deixar de homologar o auto de prisão em flagrante, relaxando a prisão por ilegalidade formal.

No mesmo sentido, Lima (2017) sustenta que a inobservância da garantia fundamental do preso será corrigida por meio de *habeas corpus* visando o relaxamento da prisão, tendo em vista que o Artigo 5º, LXV, da Constituição Federal, disciplina que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

Destarte, ao determinar que a prisão seja imediatamente comunicada às pessoas supracitadas, o constituinte originário visava à preservação do *status libertatis* do indivíduo, pois, além de um dever do Estado, a comunicação é caracterizada como um direito público subjetivo do preso¹³³a pessoas de sua confiança, para que estas possam afrontar eventuais vícios jurídicos no encarceramento. (LIMA, 2017).

¹³² “Art. 21. A incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir. Parágrafo único. A incomunicabilidade, que não excederá de três dias, será decretada por despacho fundamentado do Juiz, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, respeitado, em qualquer hipótese, o disposto no artigo 89, inciso III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963). (BRASIL, 1941).

¹³³ O preso não é obrigado a informar o nome de entes familiares ou de terceiros para que tomem conhecimento de sua prisão, mas deve ser informado deste direito.

Por conseguinte, o preso tem o direito de saber quem é o responsável por sua prisão ou interrogatório policial, bem como o motivo pelo qual está sendo preso, nos termos do Artigo 5º, LXIV, da CRFB. No âmbito das garantias do preso, o Artigo 5º, LXIII da CRFB, determina, ainda, que o encarcerado deve ser informado do seu direito de permanecer calado durante o interrogatório policial (direito ao silêncio), como expressão do princípio do *nemo tenteur se detegere*¹³⁴, bem como do direito de assistência de advogado¹³⁵ e da família.

Por fim, o Pacto de San José da Costa Rica, no Artigo 7º, §5 determina que toda pessoa presa deve ser imediatamente conduzida à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei para que este verifique as condições físicas do preso e decida sobre a restituição do seu direito de liberdade:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo¹³⁶. (BRASIL, 1992).

Com base na norma internacional, o poder judiciário brasileiro e o Conselho Nacional de Justiça vêm adotando resoluções e provimentos para que sejam cumpridos os tratados de direitos humanos através da chamada audiência de custódia. Lima (2017, p. 922) define audiência de custódia como “[...] realização de uma audiência *sem demora* após a prisão penal, em flagrante, preventiva ou temporária, permitindo o contato imediato do preso com o juiz, com um defensor (público, dativo ou constituído) e com o Ministério Público”.

Muito embora Lima (2017) considere que a audiência de custódia seja realizada apenas em prisões penais, o Pacto de San José da Costa Rica não faz essa especificação, mencionando, apenas, que “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz [...]”, motivo pelo qual, assiste

¹³⁴ Este princípio processual termina que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo.

¹³⁵ Nos termos do Artigo 306, §1º do CPP, se o preso não informar o nome de um advogado para assisti-lo, a autoridade policial comunicará, em 24 horas, a prisão à defensora pública que poderá, ser for o caso, requerer junto ao juízo o relaxamento ou revogação da prisão.

¹³⁶ No mesmo sentido é previsão legal do Artigo 9º, §3º do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”.

melhor razão a doutrina que interpreta o dispositivo de forma expansiva, isto é, aplicando, também, na prisão civil do devedor de alimentos. (LOPES JR., 2013).

Além da finalidade de dar ao juiz a possibilidade de ouvir o preso, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, e assim decidir pela legalidade ou não da prisão, a audiência de custódia visa evitar eventuais práticas de tortura e maus-tratos contra os presos, bem como reduzir a superlotação carcerária.

Assim, os direitos e garantias fundamentais do preso, nacional ou estrangeiro, à luz das normas constitucionais ou convencionais são aplicados no território brasileiro, e sua inobservância, inclusive a não realização da audiência de custódia, pode acarretar em relaxamento ou revogação da prisão¹³⁷.

4.2.3. O Direito Humano-Fundamental de Assistência Consular do Estrangeiro Preso no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O governo brasileiro incorporou a Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 no ordenamento jurídico interno por meio do Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967. Desde então, as autoridades brasileiras devem respeitar a norma inserida no Artigo 36, comunicação com os nacionais do Estado que envia, do Estatuto Internacional Consular. *In verbis*:

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,

¹³⁷Por outro lado, no que tange a não realização da audiência de custódia, o Superior Tribunal de Justiça, distanciando-se do ideal proposto pelos direitos humanos, firmou entendimento no sentido de que a ausência da audiência de custódia no procedimento de prisão configura uma mera irregularidade, incapaz de provocar a revogação ou relaxamento da segregação da liberdade do sujeito.

conversar 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 1 do presente artigo serão exercidas de acordo com as leis e regulamentos do Estado receptor, devendo, contudo, entender-se que tais leis e regulamentos não poderão impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos pelo presente artigo. (BRASIL, 1967) (Grifo nosso)

Nota-se que a norma supracitada vai de encontro aos direitos e garantias fundamentais dos presos determinadas no texto constitucional, conforme asseverado na seção anterior, mormente no que concerne aos direitos de assistência famílias e advogados, bem como a comunicação da prisão às autoridades públicas e à família ou pessoa indicada pelo preso.

Assim, todo estrangeiro preso no Brasil tem o direito de ser informado sobre a assistência consular¹³⁸, pois o governo brasileiro assumiu a obrigação convencional multilateral que deve ser respeitada por todas as autoridades brasileiras, em homenagem ao princípio convencional do *pacta sunt servanda*.

A aplicação do Artigo 36 da Convenção de Viena de 1963 deve seguir a interpretação das Cortes Internacionais, visto que restou consolidado na jurisprudência que o direito à informação a assistência consular do estrangeiro preso é um direito fundamental do indivíduo e, segundo a interpretação da Corte IDH, uma norma que possui caráter de direito humano.

Com base no entendimento da Corte IDH, uma questão muito importante surge acerca do *status* normativo da Convenção de Viena sobre Relações Consulares no direito interno, ou seja, qual é a hierarquia da norma perante o ordenamento jurídico brasileiro.

¹³⁸ O tratamento desigual do preso estrangeiro em relação a preso nacional encontra razão no fato de que aquele é mais vulnerável do que esse. Segundo Cançado Trindade (1999, p. 8), “La acción de protección, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no busca regir las relaciones entre iguales, sino proteger los ostensiblemente más débiles y vulnerables. Tal acción de protección asume importancia creciente en un mundo dilacerado por distinciones entre nacionales y extranjeros (inclusive discriminaciones de jure, notadamente vis-à-vis los migrantes), en un mundo "globalizado" en que las fronteras se abren a los capitales, inversiones y servicios pero no necesariamente a los seres humanos. Los extranjeros detenidos, en un medio social y jurídico y en un idioma diferentes de los suyos y que no conocen suficientemente, experimentan muchas veces una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar”.

Levando em consideração a interpretação da CIJ, o tratado possui normas voltadas para a regulamentação das relações entre os Estados, contudo, o Artigo 36, especificamente, é caracterizado como um direito individual. Ao contrário da Corte IDH, o órgão jurisdicional da ONU não se posicionou acerca do reconhecimento do Artigo 36 da Convenção como norma de direito humano, motivo pelo qual o Estatuto Consular Internacional tem no Brasil status normativo de lei ordinária.

Por outro lado, ao reconhecer, no parecer consultivo 16/99, o Artigo 36, §1º (b) da Convenção de Viena como marco do direito ao devido processo legal, o Juiz Cançado Trindade (1999, p. 1), no voto concordante afirma que:

[...] Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, a mi juicio, representa una contribución importante del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la evolución de un aspecto específico del derecho internacional contemporáneo, a saber, el atinente al derecho de los detenidos extranjeros a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. La presente Opinión Consultiva refleja fielmente el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el precepto del artículo 36(1) (b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. Efectivamente, en este final de siglo, ya no hay cómo pretender dissociar el referido derecho a la información sobre la asistencia consular del corpus juris de los derechos humanos. Dada la trascendental importancia de esta materia, me veo en la obligación de presentar, como fundamento jurídico de mi posición al respecto, las reflexiones que me permito desarrollar en este Voto Concurrente, particularmente en relación con los puntos resolutivos 1 y 2 de la presente Opinión Consultiva. (CORTE INTERAMERICANA, 1999, p.1)

Com razão entendeu o magistrado que o direito à informação sobre assistência consular, além de direito individual, compõe o corpo de normas do direito internacional dos direitos humanos¹³⁹. Logo, com base na orientação da Corte IDH o Artigo 36, §1º (b) do Decreto nº 61.078/67 deve ser reconhecido, no ordenamento jurídico, como norma de direito humano.

Destarte, aplicando a regra do Artigo 5º, §2º da Constituição de 1988, que determina: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros

¹³⁹Segundo Cançado Trindade (1999, p. 6), “Es en el contexto de la evolución del Derecho en el tiempo, en función de nuevas necesidades de protección del ser humano, que, en mi entender, debe ser apreciada la ubicación del derecho a la información sobre la asistencia consular en el universo conceptual de los derechos humanos. La disposición del artículo 36(1)(b) de la mencionada Convención de Viena de 1963, a pesar de haber precedido en el tiempo los tratados generales de protección - como los dos Pactos de Derechos Humanos de Naciones Unidas (de 1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (de 1969), - hoy día ya no puede ser dissociada de la normativa internacional de los derechos humanos acerca de las garantías del debido proceso legal. La evolución de las normas internacionales de protección ha sido, a su vez, impulsada por nuevas y constantes valoraciones que emergen y florecen en el seno de la sociedad humana, y que naturalmente se reflejan en el proceso de la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos”. (CORTE INTERAMERICANA, 1999, p.6).

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, o direito à assistência consular é, formal e materialmente, norma constitucional.

Corroborar-se, ainda, com este posicionamento, a conclusão da Corte IDH no sentido de que o direito de assistência consular do estrangeiro preso compõe rol de direitos e garantias fundamentais que integram o direito ao devido processo legal, que se encontra normatizado como direito fundamental, do nacional ou estrangeiro, inserido no 5º, LIV, da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Por conseguinte, o direito à assistência consular do preso pode ser defendido como norma constitucional por ser corolário lógico do direito ao devido processo legal, não obstante estar inserida em um tratado que não tem por objeto principal tutelar os direitos humanos, tendo em vista que a Corte IDH já se manifestou, no parecer consultivo 01/82¹⁴⁰, que um tratado pode disciplinar a proteção de direitos humanos mesmo que seu objeto principal discipline outro tipo de matéria.

Nesse diapasão, colaciona-se trecho da decisão da Corte exarada no parecer consultivo (1982, p. 9):

Ni la solicitud del Gobierno del Perú, ni la Convención, distinguen, en esa perspectiva, entre tratados multilaterales y tratados bilaterales, así como tampoco entre tratados que tengan por objeto principal la protección de los derechos humanos y tratados que, aun con otro objeto principal, contengan disposiciones concernientes a esta materia, como ocurre por ejemplo, con la Carta de la OEA. La Corte considera que las respuestas que se den a las interrogantes planteadas en el párrafo 32 resultan aplicables a todos estos tratados, puesto que el problema de fondo consiste en determinar cuáles son las obligaciones internacionales contraídas por los Estados americanos que están sujetas a interpretación consultiva y cuáles las que no podrían estarlo. No parece, pues, determinante el carácter bilateral o multilateral del tratado fuente de esa obligación, ni tampoco cuál sea su objeto principal.

Ao discorrer sobre a jurisprudência consultiva da Corte IDH, Correia (2008, p.175) se posiciona no mesmo sentido:

Alguns escritos apresentados ante a Corte têm expressado que o preâmbulo da CVRC indica se tratar de um acordo entre Estados e que não

¹⁴⁰Assim concluiu a Corte: “Por unanimidad que la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.” (CORTE INTERAMERICANA, 1982, p. 14).

atenderia ao objetivo de outorgar direito aos indivíduos, pois os direitos de comunicação e notificação consular são, antes de tudo, direitos estatais. Por outro parte, o México em sua primeira pergunta, solicita ao Tribunal a interpretação de uma norma desta Convenção concernente à proteção dos direitos humanos.

Essa questão adquire relevância à luz da jurisprudência da Corte Interamericana, a qual já interpretou que um tratado pode concernir à proteção de direitos humanos, independentemente de qual seja seu objeto principal. Neste sentido, afirma a Corte que a CVRC é um tratado destinado a “*estabelecer um equilíbrio entre Estados*” e não está obrigada a descartar, de plano, que dito tratado pode concernir à proteção dos direitos fundamentais da pessoa no continente americano.

Em que pese o reconhecimento do direito à assistência consular como norma de direito humano tenha sido exarado numa jurisprudência consultiva¹⁴¹ que não tem força vinculante, todos os países que ratificaram a competência jurisdicional obrigatória da Corte devem seguir a orientação, inclusive para evitar processos contenciosos pela mesma violação. Nesse sentido, ressalta Ramos (2016, p.271):

Nesse ponto, cabe assinalar que, em relação à força vinculante de opiniões e decisões da Corte da Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Suprema argentina já decidiu favoravelmente à utilização, como razão de decidir em caso judicial interno, da posição adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fim de evitar a responsabilidade internacional do Estado argentino. Assim, aceita-se a interpretação dada à Convenção Americana de Direitos Humanos pela Corte mesmo em Pareceres Consultivos. Assim, o Brasil deve cumprir tais opiniões consultivas, de modo a evitar a futura responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Isso pois o Estado brasileiro, signatário da Convenção, teria sérias dificuldades em justificar a manutenção de determinada interpretação de direito protegido ou mesmo de determinada lei, quando a Corte já tenha se manifestado em contrário no âmbito consultivo.

É mister ressaltar que a maioria da doutrina não reconhece o efeito vinculante de uma opinião consultiva, isto é, não há força coercitiva para a executoriedade da decisão. Todavia, a interpretação da Corte exarada na opinião consultiva consubstancia-se num verdadeiro precedente jurisprudencial, sendo lógico o emprego da exegese do órgão jurisdicional dos Estados Americanos em casos semelhantes.

¹⁴¹ É importante destacar que a jurisprudência não é admitida como fonte do direito internacional, pois não cria direito, apenas fixa a interpretação e o alcance de uma norma preexistente. Contudo, as decisões proferidas pelos órgãos internacionais dotados de função jurisdicional imprescindíveis para correta aplicação da normas, motivo pelo qual, ao lado da doutrina, são consideradas como meios auxiliares para a determinação das regras de direito. (MAZZUOLI, 2015).

Por outro lado, a posição majoritária dos doutrinadores reconhece a força vinculante das opiniões consultivas quando o objetivo é interpretar tratados, conforme ressalta Ledesma apud Correia (2008, p. 154-155):

[...] ao pronunciar-se sobre a natureza jurídica de suas opiniões consultivas, a Corte tem sido pouco cautelosa quando sustenta que, neste âmbito ela cumpre simplesmente uma função assessora e quando recentemente, sem renegar totalmente a tese anterior, declara que sua função consultiva tem efeitos jurídicos inegáveis. [...] Consideramos que uma correta interpretação da Convenção requer que se faça algumas distinções preliminares cuja importância a Corte parece não ter percebido [...] No referente aos casos sobre a interpretação da Convenção ou outros tratados, a Corte emite um parecer com caráter vinculante, pois está autorizada pela própria Convenção para fazer tal interpretação, está sobressairá perante as outras interpretações possíveis. Quando a consulta versar sobre a compatibilidade de legislação interna, a Corte emitirá uma opinião consultiva propriamente dita, pois não há nenhuma obrigação por parte do Estado em aceitar tal interpretação, [...] contudo a opinião da Corte contém argumentos jurídicos relevantes que o Estado não poderia ignorar.

O Brasil, além de ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos, no dia 08 de novembro de 2002, promulgou o Decreto nº 4.463 reconhecendo a competência obrigatória da Corte IDH, com base no Artigo 62 da Convenção¹⁴², nos seguintes termos:

Art. 1º – É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos **em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. (BRASIL, 2002). (Grifo nosso)

Ao reconhecer a competência jurisdicional obrigatória da Corte IDH, o Estado brasileiro ampliou o rol do Artigo 92 da CRFB/1988¹⁴³, que define os órgãos

¹⁴² “Artigo 62 – 1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. 2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte. 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial”. (BRASIL, 1992).

¹⁴³ “Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e

do poder judiciário, ampliando, assim, a quantidade de órgãos com funções jurisdicionais no ordenamento jurídico¹⁴⁴. No mesmo sentido são as lições de Silveira (2006, p. 2):

Proteção dos direitos essenciais do homem. Note-se, que a referida emenda criou uma jurisdição internacional dentro do ordenamento jurídico pátrio ao reconhecer, constitucionalmente, a submissão do Brasil à jurisdição de “Tribunal Penal Internacional”, a cuja criação tenha manifestado adesão. **Portanto, a Corte Interamericana de Direito Humanos que não é citada expressamente no rol do art. 92 da Constituição Federal, mas sim em razão da combinação desse novo dispositivo e do original § 2º do art. 5º da mesma Constituição Federal (Art. 5º, parágrafo 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”), a partir de então, ampliou a lista de Tribunais – órgãos do Poder Judiciário Brasileiro –, à medida que criou novo instrumental de afirmação não só da existência, como também de eficácia das normas constitucionais, além do II do art. 4º da CF, que nos brindou com a prevalência dos direitos humanos. Por oportuno, importante lembrar, que originalmente o art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição Brasileira em vigor, já preceituava que “o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos. (Grifo nosso)**

Com efeito, o direito de assistência consular, categorizado como norma de direito humano na opinião consultiva 16/99 da Corte IDH, deve ser aplicado, no ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com a jurisprudência internacional, garantindo-se ao estrangeiro preso todos os instrumentos de proteção dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

4.3 UMA ANÁLISE DA INCORPORAÇÃO DO CONTEÚDO DA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE O DIREITO DE ASSISTÊNCIA CONSULAR DO ESTRANGEIRO PRESO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Analisando o sistema de buscas de jurisprudência inserido nos principais sites de tribunais do Brasil, constata-se que a aplicação do Artigo 36 da Convenção

Juizes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juizes Militares; VII - os Tribunais e Juizes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios”. (BRASIL, 1988).

¹⁴⁴ É certo que a função jurisdicional da Corte IDH, em relação aos demais órgãos jurisdicionais internos, é subsidiária e complementar, isto é, o órgão jurisdicional não concorre com a competência dos tribunais domésticos, agindo apenas quando há o esgotamento destes.

de Viena sobre Relações Consulares e das decisões internacionais sobre o tema ainda são incipientes.

Dentre os julgados do Supremo Tribunal Federal constata-se a existência do pedido de extradição¹⁴⁵ nº 1.126 da República Federativa da Alemanha, cuja relatoria ficou a cargo do Ministro Joaquim Barbosa. Na ocasião, o governo alemão solicitou, por via diplomática, a extradição de Manfred Will pelo crime de tráfico transnacional e associação para tráfico de substâncias entorpecentes¹⁴⁶. (BRASIL, 2009).

No aludido caso, foi decretada a prisão preventiva para fins de extradição do nacional alemão em território brasileiro, visando garantir a efetividade do processo, motivo pelo qual o extraditando permaneceu preso durante todo o procedimento judicial. Admitido o pedido de extradição, nos termos da já revogada Lei 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), entendeu a Suprema Corte brasileira, por unanimidade, que o nacional alemão deveria ser extraditado, atendendo, assim, o pedido do governo alemão. (BRASIL, 2009).

O STF não acolheu o pedido da defesa requerendo o indeferimento do pedido de extradição porque, “fundado em depoimento do extraditando colhido ilegalmente por agentes da Polícia Federal alemã que se fizeram, em tese, passar por agentes diplomáticos”. (BRASIL, 2009, p.23).

O Ministro Relator não aceitou a tese da defesa, pois restou demonstrado, nos autos, informações apresentadas pelo Ministério Público Federal que as autoridades brasileiras preservaram o direito do extraditando de comunicar-se com os agentes consulares no momento de sua prisão flagrante, razão pela qual não poderia sustentar que fora enganado pelos agentes germânicos. Na ocasião, o voto do Ministro Celso de Mello foi no sentido de definir o conteúdo normativo do direito de assistência consular do estrangeiro preso no Brasil na jurisprudência brasileira,

¹⁴⁵ Mazzuoli (2015, p. 800) define extradição como “[...] ato pelo qual um Estado entrega à justiça repressiva de outro, a pedido deste, indivíduo nesse último processado ou condenado criminalmente e lá refugiado, para que possa aí ser julgado ou cumprir a pena que já lhe foi imposta. O Estado que envia o extraditando é o Estado requerido, e o que solicita a sua entrega, o Estado requerente”.

¹⁴⁶ Por diversas vezes, o extraditando, em conluio com comparsas de nacionalidades distintas, veio ao Brasil para adquirir cocaína e levar a substância, por meio de transporte aéreo, para diversos países europeus, como Holanda, Haia e França. Para tanto, o autor ganhava por volta de U\$ 6.000,00. Por esse motivo, o juiz de instrução da Comarca de Gorlitz, na República Federal da Alemanha, decretou a prisão do Manfred Will, em decorrência da prática do crime de tráfico de drogas entre os países da América do Sul e da União Europeia (BRASIL, 2009).

aplicando na decisão, por meio do diálogo entre Cortes, a interpretação da opinião consultiva 16/99 da CIDH, *in verbis* trecho do voto:

Essa notificação consular reveste-se de grande importância, **pois constitui** prerrogativa jurídica de caráter fundamental, **que hoje compõe o universo conceitual** dos direitos básicos da pessoa humana, **para empregar** feliz expressão que o professor CANÇADO TRINDADE, **quando** juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, **utilizou** na resposta dada, aos Estados Unidos Mexicanos, **em decorrência** de solicitação **formulada** no contexto **da Opinião Consultiva nº 16**, de 1º/10/1999, **que versou** a questão **pertinente** ao direito de informação sobre assistência consular **em sua relação** com as garantias mínimas do devido processo legal. **Torna-se imprescindível** que as autoridades brasileiras, **na esfera** de procedimentos penais, **instaurados** em nosso país **e em cujo âmbito tinha sido decretada a prisão** de súditos estrangeiros **respeitem** o que determina **o Artigo 36** da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, **sob pena** de a transgressão a esse dever jurídico, **imposto** por tratado multilateral, de âmbito global, **configurar** ilícito internacional e traduzir ato de ofensa à garantia do “*due process of law*”. (BRASIL, 2009, p.33). (Grifo do autor)

Com efeito, o Brasil reconheceu a interpretação dada pela Corte IDH sobre o conteúdo do Artigo 36, §1º (b) da Convenção de Viena de 1963, no sentido de que sua violação configura uma afronta ao direito fundamental do indivíduo no marco do devido processo legal, sendo que as consequências dessa violação poderia levar o país a responder internacionalmente¹⁴⁷.

O Ministro Celso de Mello enfrentou, ainda, a questão relacionada a expressão “sem demora”, entendendo, com base na jurisprudência Consultiva da Corte IDH, que a notificação acerca da assistência consular ao estrangeiro preso deve ser feita no momento da prisão ou antes que o preso preste qualquer declaração perante uma autoridade brasileira. (BRASIL, 2009, p.34).

Em sua razão de decidir, o Ministro, também, dialogou com a jurisprudência oriunda da CIJ, assentada nas decisões contenciosas dos casos *Breard*, *Le Grand* e *Avena*, enfatizando a importância do respeito ao direito fundamental, esculpido no Artigo 36 da Convenção de 1963 (BRASIL, 2009)¹⁴⁸, concluindo que:

¹⁴⁷ No mesmo sentido foi a posição do Ministro Marco Aurélio, que aderiu a todos os fundamentos apontados pelo Ministro Celso de Mello, aduzindo ainda que “subscrevemos a Convenção, ficando obrigados a respeitá-la. E, no caso, a assistência ao extraditando, ao preso para efeito de extradição, pelo consulado consubstancia elemento a integrar o devido processo legal, revela-se um fator que se insere no grande todo que é a defesa. **Pela primeira vez, defronto-me com essa situação concreta e confesso que antes não havia atinado para esse dado. Muitos processos passaram pelas minhas mãos sem a observância dessa formalidade, que, a meu ver, mostra-se essencial à valioso ato de construção.**” (BRASIL, 2009, p.40). (grifo nosso)

¹⁴⁸ Nesse sentido, fundamentou Mello (BRASIL, 2009, p. 37): “**Cabe acentuar, ainda, que a questão fundada no Artigo 36** da Convenção de Viena sobre Relações Consulares **(cuja aplicação tem**

A essencialidade dessa notificação consular resulta do fato **de permitir, desde** que formalmente efetivada, **que se assegure**, a qualquer pessoa estrangeira que se encontre presa, a possibilidade de receber auxílio consular **de seu próprio** país, **viabilizando-se-lhe**, desse modo, **o pleno** exercício **de odas** as prerrogativas **e** direitos **que se compreendem** na cláusula constitucional do devido processo. (Com grifos no original) (BRASIL, 1999, p. 38).

Com base nas mesmas fundamentações e diálogos com a jurisprudência internacional, o Ministro Celso de Mello, relator da Prisão Preventiva para Extradicação – PPE nº 726/DF consolidou a jurisprudência do STF no sentido de reconhecer o direito de assistência consular como uma norma que compõe o conjunto de regras do devido processo legal no Brasil. *In verbis*:

EMENTA: PRISÃO CAUTELAR PARA EFEITOS EXTRADICIONAIS. COMPARECIMENTO DE AGENTE CONSULAR À UNIDADE PRISIONAL A QUE SE ACHA RECOLHIDO O SÚDITO ESTRANGEIRO. NATUREZA DAS FUNÇÕES CONSULARES. DEVER DOS CÔNSULES ESTRANGEIROS DE PROTEÇÃO E DE VISITA AOS RESPECTIVOS NACIONAIS, QUANDO PRESOS, POR QUALQUER RAZÃO, NO ESTADO RECEPTOR (“État d’accueil”). A IMPORTÂNCIA DA NOTIFICAÇÃO CONSULAR POR PARTE DAS AUTORIDADES BRASILEIRAS. A VOCAÇÃO PROTETIVA DA CLÁUSULA FUNDADA NO ARTIGO 36 DA CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE RELAÇÕES CONSULARES (1963). FUNÇÃO JURÍDICA DA NOTIFICAÇÃO CONSULAR: PRERROGATIVA FUNDAMENTALQUE COMPÕE “O UNIVERSO CONCEITUAL DOS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA” (PROF. CANÇADO TRINDADE), ESPECIALMENTE NAS SITUAÇÕES EM QUE SÚDITOS ESTRANGEIROS ACHEM-SE PRIVADOS, AINDA QUE CAUTELARMENTE, DE SUA LIBERDADE. IMPORTANTE MANIFESTAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS VEICULADA NOS AUTOS DA OPINIÃO CONSULTIVA Nº 16 (1999), QUE APRECIOU A QUESTÃO PERTINENTE AO DIREITO À INFORMAÇÃO SOBRE ASSISTÊNCIA CONSULAR E SUA RELAÇÃO COM AS GARANTIAS MÍNIMAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. EVENTUAL CIÊNCIA DA PRISÃO DO EXTRADITANDO, POR PARTE DE AGENTE CONSULAR DO PAÍS DE QUE AQUELE É NACIONAL, NÃO DÁ INÍCIOAO PRAZO PARA FORMALIZAÇÃO, PELO ESTADO ESTRANGEIRO, DO PEDIDO EXTRADICIONAL. CARÁTER ESPECIAL DAS RELAÇÕES EXTRADICIONAIS. MATÉRIA QUE CONSTITUI OBJETO PRÓPRIO DA ATIVIDADE DIPLOMÁTICA QUE SE DESENVOLVE ENTRE ESTADOS SOBERANOS. CIENTIFICAÇÃO DOS ATOS, FATOS E DECISÕES EM MATÉRIA EXTRADICIONALCUJO DESTINATÁRIO É O

sidomuitas vezes **desrespeitada** por autoridades nacionais de diversos **outros países**) **vem merecendo o atento exame da Corte Internacional de Justiça, com sede em Haia (Casos “Ángel Breard”, “LeGrand” e “Avena”, v.g.), como consequente reconhecimento** – por parte desse organismo, **que é aprincipal** instituição judiciária *do sistema das Nações Unidas* (JOSÉCRETELLA NETO, “Teoria Geral das Organizações Internacionais”, p. 188/189, item IV.1.6.2, 2ª ed., 2007, Saraiva; MARCELO PUPE BRAGA, “Direito Internacional Público e Privado”, p. 137, item n. 7.9, 2009, Método; HILDEBRANDO ACCIOLY, GERALDO EULÁLIO DO NASCIMENTO ESILVA e PAULO BORBA CASELLA, “Manual de Direito Internacional Público”, p. 401/402, item n. 3.1.1.3, 17ª ed., 2009, Saraiva, v.g.) – **de que anotificação consular** em referência, *considerada a sua específica destinação, constitui* garantia essencial e indisponível **que assiste a qualquer pessoa estrangeira submetida a prisão** em território **sujeito** à soberania **de qualquer** outro Estado nacional”.

AGENTE DIPLOMÁTICO DO ESTADO REQUERENTE. **PRETENDIDA CONCESSÃO** DE LIBERDADE PROVISÓRIA AO EXTRADITANDO **INDEFERIMENTO**. (BRASIL, 2015, p. 1-2). (Grifo do autor)

No caso supracitado, o STF entendeu, pela manutenção da prisão preventiva para extradição do americano Victor Arden Barnard, que foi líder de uma seita religiosa nos Estados Unidos da América, sendo acusado pela prática de inúmeros crimes sexuais contra menores no Estado americano de Minnesota. Após fugir para o Brasil, foi preso no Estado do Rio Grande do Norte, no mês de fevereiro de 2015. (BRASIL, 2016a). Em virtude dos crimes praticados, o governo estadunidense solicitou a extradição de Victor para julgá-lo de acordo com as leis penais do Estado de Minnesota, pedido deferido pelo STF no dia 08 de março de 2016, por decisão unânime dos Ministros. (BRASIL, 2016a).

A assistência do consulado estadunidense a Victor foi devidamente respeitada no Brasil que, além de comunicar o preso do seu direito à assistência consular, comunicou o consulado estadunidense no Brasil, que prestou a devida assistência ao seu nacional. (BRASIL, 2015).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça há um registro acerca do tema direito de assistência consular, nos termos do Artigo 36 da Convenção de Viena, no pedido de *Habeas Corpus* nº 65.835/AC. Neste caso, Francisco Reinaldo de Souza da Silva e Gilmer Fachin Sanacay (peruano), foram condenados à pena de seis anos e nove meses e cinco anos de reclusão, respectivamente, pela prática de tráfico internacional de entorpecentes. Por esta razão, a Defensoria Pública da União impetrou a ordem de *habeas corpus*, requerendo a nulidade do processo por diversos fundamentos, entre os quais, pela inobservância do direito de assistência consular do preso estrangeiro Gilmer Fachin Sanacay, com base no Artigo 36 da Convenção de 1963. (BRASIL, 2008).

A tese de nulidade do processo foi indeferida pelo STJ, pois restou demonstrado, nos autos, que o delegado da Polícia Federal cumpriu o dever do Estado brasileiro de comunicar a prisão do estrangeiro ao consulado do Peru em Rio Branco, no Estado do Acre. Assim, fundamentou o Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima:

Inviável se mostra o conhecimento da questão relativa à assistência consular para o réu estrangeiro, uma vez que não foi demonstrado que esse direito lhe tenha sido negado. Ao contrário disso, extrai-se dos autos que a Polícia Federal, mediante ofício, comunicou o Cônsul do Peru em Rio

Branco/AC sobre a prisão em flagrante do seu compatriota (fl. 467). (BRASIL, 2008, p. 5).

Muito embora a tese da Defensoria Pública da União restou infrutífera, a consequência pelo descumprimento do direito à assistência consular poderia levar a nulidade de todo o processo pela violação do devido processo legal.

Outra decisão importante sobre o direito de assistência consular do estrangeiro preso foi proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região¹⁴⁹ em sede de apreciação do Recurso de Apelação Criminal nº 0001201-02.2014.4.03.6116/SP, cuja relatora foi à desembargadora Cecília Mello. A apelação, apreciada pelo tribunal, visa à reforma da sentença condenatória imposta a Luis Fernando Calle Flores, preso em flagrante delito no interior de um ônibus da Viação Andorinha, no trajeto Corumbá-MS a São José dos Campos-SP, trazendo consigo 1.135 (mil e cento e trinta e cinco gramas) de substância entorpecente conhecida como DMA (dimetoxianfetamina). (BRASIL, 2016 b).

De acordo com o relatório lavrado pela Desembargadora Relatora, a defesa do acusado requereu, dentre outras teses:

[...] como matéria preliminar, nulidade do auto de prisão em flagrante, tendo em conta a ausência de intérprete no momento do interrogatório, por inobservância do artigo 193 do CPP, e por não ter sido lavrada a nota de ciência das garantias constitucionais e a nota de culpa em linguagem acessível ou em língua nacional do recorrente; nulidade de todos os atos praticados após a cientificação da denúncia, por não se ter procedido em língua que o acusado compreendesse; **notificação ao MPF para apurar a conduta do Delegado de Polícia Federal JOAO MARCUS ROSSAFA CORREIA, por violação do artigo 36 da Convenção de Viena; declaração de nulidade do processo por ausência de defesa técnica, a partir de quando deveria ter sido iniciado o patrocínio.** (BRASIL, 2016b, p.5). (Grifo nosso)

No entanto, entendeu a relatora que a tese de nulidade, em razão da inobservância do direito à assistência consular, não mereceu prospera, tendo em vista que, *in verbis*: “a assistência consular na verdade se trata de faculdade a ser exercida pelo acusado, desde que o requeira, conforme Artigo 36, “b”, da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, sendo que sua prisão foi comunicada ao consulado [...]” (BRASIL, 2016b, p.5).

¹⁴⁹O Tribunal Regional Federal da 3ª Região é órgão jurisdicional de segunda instância para as seções federais instaladas nos Estados de Mato Grosso do Sul e São Paulo.

Dois pontos importantes podem ser extraídos da supracitada jurisprudência. Primeiro, a violação do direito de assistência consular ao estrangeiro preso, se constatada nos autos, embora não tenha sido o caso em análise, pode acarretar a nulidade do processo criminal conforme solicitado pela defesa do acusado. Segundo, o descumprimento da obrigação internacional, prevista no Artigo 36 da Convenção de Viena de 1963 pela autoridade policial¹⁵⁰ pode levar a responsabilidade por abuso de autoridade, motivo pelo qual a defesa solicitou que ao MPF apurasse os fatos¹⁵¹.

É mister ressaltar que o pedido de nulidade do processo pela inobservância do direito fundamental de assistência consular do estrangeiro preso está de acordo com a casuística internacional, mormente no que concerne as decisões contenciosas da CIJ nos casos Brand (1998), Le Grand (2000) e Avena (2003). Depreende-se, ainda, da jurisprudência do TRF 3ª Região, o teor da apelação cível nº 0006394-33.2007.4.03.6119/SP, cujo relator foi o desembargador Roberto Jeuken, que versa sobre:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PRISÃO DE ESTRANGEIRO. DIREITO A ASSISTENCIA CONSULAR. CONVENÇÃO DE VIENA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CUMPRIMENTO PELA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO. MULTA DIÁRIA.

1. Trata-se de Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público federal em face do Estado de São Paulo, com vistas à imposição de obrigação de fazer ao ente federado, consubstanciada em determinar-se à Polícia Judiciária que, nos casos de detenção de estrangeiro, seja o mesmo imediatamente notificado de seu direito de solicitar assistência consular, antes de qualquer oitiva perante a autoridade brasileira, com o devido registro da providência nos autos da prisão em flagrante, sob pena de multa diária por descumprimento, ressalvando-se que não deve a autoridade policial postergar a prática de qualquer ato previsto no CPP em razão da ausência, na delegacia de polícia, da autoridade consular, devendo limitar-se à necessária comunicação. [...]. (BRASIL, 2014, p.1). (Grifo do autor)

No aludido caso, o MPF entrou com uma ação cível pública contra o ente da federação determinando a obrigação de todos os delegados da polícia civil do Estado de São Paulo cumprir a determinação do Artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, antes de qualquer oitiva do preso perante autoridade

¹⁵⁰Nos termos da lei, “considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração”. (BRASIL, 1965).

¹⁵¹ A conduta de abuso de autoridade pode ser punida na esfera penal, civil e administrativa, sendo as sanções advertência, pena privativa de liberdade (detenção de dez a seis meses) ou perda do cargo. (BRASIL, 1965).

policial, bem como o registro da notificação de assistência consular, nos autos de prisão em flagrante, sob pena de pagamento de multa diária de 10.000,00 (dez mil reais). (BRASIL, 2014).

Nesta ação, o Ministério Público Federal mencionou, em ressalva, “que não deve a autoridade policial postergar a prática de qualquer ato previsto no CPP em razão da ausência, na delegacia de polícia, da autoridade consular, devendo limitar-se à necessária comunicação”. (BRASIL, 2014, p. 2), pois o mesmo constatou que vários delegados da polícia civil estavam violando o direito individual de estrangeiros presos, em desconformidade com a legislação pátria e com a recomendação nº 04/2004 expedida pelo próprio Ministério.

O pedido do MP foi acolhido em primeira instância, contudo, irresignado com a decisão do juiz “*a quo*”, o Estado de São Paulo interpôs apelação cível no Tribunal Regional Federal, alegando:

[...] reforma da sentença, posto que, a despeito da inicial fundar-se em supostas violações da espécie em inúmeros flagrantes, o autor só carregou um auto de prisão em flagrante onde constatada a omissão. O conjunto probatório, portanto, não demonstra o alegado, não se desincumbindo de seu ônus processual. Tão pouco se trata de fato notório, posto que, na verdade, sabe-se que são os consulados que mostram desinteresse para com seus nacionais presos pela prática de crimes no Brasil quando comunicados pela polícia. Rebate, ainda, o argumento volvido à ofensa ao devido processo legal e possíveis alegações futuras de nulidades, posto que a norma cujo descumprimento é apontado deve ser interpretada com razoabilidade, pois diversas as razões que podem levar a tanto, tais como inexistência de consulado no país, horário de funcionamento dos consulados, etc. Além disso, como, via de regra, a primeira oitiva é feita em sede de inquérito policial, entendido este como mero procedimento, não há que falar em nulidade à futura ação penal. Por fim, a multa diária é inócua, por não assegurar a coercitividade almejada, além de indevida, pois representa ofensa à independência dos poderes do Estado e acarreta consideráveis custos à sociedade. Não sendo este o entendimento, pugna pela sua redução, ante o princípio da razoabilidade. (BRASIL, 2014, p. 4).

Na decisão de primeira instância, confirmada pelo Tribunal, o juiz federal entendeu que:

[...] Restou demonstrado, ainda que por um único auto de prisão em flagrante, a omissão da autoridade policial no tocante à notificação do detido estrangeiro de seu direito à assistência consular, o que por si só é suficiente para demonstrar potencialidade lesiva ao devido processo penal, dando azo a futuras alegações de nulidade. Ademais, ante a previsão estampada no art. 5º, XXXV, da Carta Magna e o contido na Convenção de Viena, objetivo da presente ação demonstra o dever de finalidade pública consubstanciada no respeito às circunstâncias específicas do estrangeiro preso no Brasil, que devem ser respeitadas. Acolheu o pedido para fixar a obrigação de fazer delineada na inicial, sob pena de multa diária no valor de R\$

10.000,00 (dez mil reais) por cada caso de descumprimento, sem prejuízo da caracterização do crime de desobediência por omissão. (BRASIL, 2014, p. 3).

O Tribunal não acolheu a tese levantada pelo Estado de São Paulo no sentido de que não haveria prejuízo ao devido processo legal, pois irregularidades praticadas no curso da investigação criminal não acarretam a nulidade do processo, aduzindo que:

[...] Se há previsão determinando à autoridade competente que assegure o direito ao auxílio consular, assim como ocorre com a obrigatoriedade de comunicar a prisão à família ou pessoa indicada pelo detento, garantindo-lhe assistência desta e de advogado, imperiosa e de rigor a sua observância. Cumpre-se, assim, o dever do administrador, volvido aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF: art. 37).

Ademais, o pedido foi bem delimitado e reveste-se de razoabilidade, porquanto ressalva que não deve a autoridade policial postergar a prática de qualquer ato previsto no Código de Processo Penal, em razão da ausência, na delegacia de polícia, de autoridade consular, limitando a obrigação à comunicação da prisão ao consulado respectivo, caso o país de origem possua representação consular no Brasil [...]. (BRASIL, 2014, p. 6).

O precedente produzido pelo Tribunal no aludido caso é muito importante para concretização do direito à notificação do direito à assistência consular ao estrangeiro preso, que deve ser respeitado em toda e qualquer unidade de polícia judiciária. Por fim, destaca-se, ainda, a existência de dois atos administrativos publicados pelo Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP –, e pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

A recomendação nº 47, de 21 de novembro de 2016, do CNMP dispõe que:

Art. 1º. Os membros do Ministério Público brasileiro, em todas as suas ramificações no território nacional, observadas as disposições constitucionais e legais, exerçam e/ou fiscalizem a notificação consular resultante da aplicação do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963, que impõe que as autoridades brasileiras cientifiquem, sem tardar, a autoridade consular do País a que pertence o estrangeiro, sempre que este for preso, qualquer que seja a modalidade da prisão.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput, a prisão de estrangeiro, em qualquer modalidade, será comunicada à Divisão de Cooperação Jurídica Internacional do Ministério Público das Relações Exteriores, pelo e-mail deji@itamaraty.gov.br. (Incluído pela Recomendação nº 56, de 13 de junho de 2017);

Art. 2º. Esta Recomendação entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2016c).

Nas considerações para a expedição do ato, o CNMP levou em consideração que a inobservância da notificação do direito à assistência consular ao estrangeiro preso pode acarretar ilegalidade da prisão e demais atos da persecução penal, devendo o Ministério Público zelar pela aplicação da norma. (BRASIL, 2016c).

A resolução nº 162, de 13 de novembro de 2012, do CNJ é mais abrangente, e além de determinar que em toda e qualquer decisão de prisão de estrangeiro o magistrado deve notificar a repartição consular, estabelece um prazo para esta notificação e disciplina como deverá ser executada, inclusive na ausência de consulado. *In verbis*:

Art. 1º. A autoridade judiciária deverá comunicar a prisão de qualquer pessoa estrangeira à missão diplomática de seu Estado de origem ou, na sua falta, ao Ministério das Relações Exteriores, e ao Ministério da Justiça no prazo máximo de cinco dias.

§1º – A comunicação de que trata o *caput* deste artigo será acompanhada dos seguintes documentos:

I – na hipótese de prisão definitiva, de cópia da sentença penal condenatória ou do acórdão transitado em julgado;

II – na hipótese de prisão cautelar, de cópia da decisão que manteve a prisão em flagrante ou que decretou a prisão provisória.

§2º – Incumbe à autoridade judiciária, após a realização das perícias pertinentes, encaminhar o passaporte do preso estrangeiro à respectiva missão diplomática ou, na sua falta, ao Ministério das Relações Exteriores, no prazo máximo de cinco dias.

Art. 2º. Caberá ao juiz da execução penal comunicar à missão diplomática do Estado de origem do preso estrangeiro ou, na sua falta, ao Ministério das Relações Exteriores, e ao Ministério da Justiça, no prazo máximo de cinco dias.

I – a progressão ou regressão de regime;

II – a concessão de livramento condicional;

III – a extinção da punibilidade.

Parágrafo único. A comunicação de que trata o *caput* deste artigo será acompanhada da respectiva decisão. (BRASIL, 2012).

Analisando as decisões e os atos dos órgãos que compõem a ordem jurídica brasileira, produzidos até então, não há dúvidas que ordenamento jurídico brasileiro está alinhado à jurisprudência dos tribunais internacionais no que tange à caracterização do direito de assistência consular do preso estrangeiro como um direito fundamental do indivíduo, mormente no que concerne à posição do STF.

4.4. AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DESCUMPRIMENTO DO DIREITO À INFORMAÇÃO CONSULAR DO ESTRANGEIRO PRESO À LUZ DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Segundo os Standards internacionais, a violação das disposições normativas esculpidas no Artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares acarreta a violação a um direito fundamental do estrangeiro preso, consubstanciado, inclusive, como marco do devido processo legal.

Nas decisões contenciosas da Corte Internacional de Justiça, os magistrados fixaram como condenação aos Estados Unidos em face da violação da supracitada norma, a anulação do processo que levou o estrangeiro à pena de morte, restabelecendo, assim, o *status quo ante* para a garantia da assistência consular.

No Brasil, as consequências jurídicas relacionadas ao descumprimento da notificação ao preso devem ser analisadas de acordo com as fases da persecução penal¹⁵², isto é, se ocorreu no curso da investigação, do processo ou na fase de execução. Em regra, a investigação criminal será conduzida pela polícia judiciária¹⁵³, por meio de procedimento administrativo, denominado inquérito policial¹⁵⁴, presidido por um delegado, nos termos do Artigo 144, §1º e §4º da Constituição Federal.

No curso da investigação criminal, o delegado é responsável pelo cumprimento dos atos administrativos relacionados com a produção do inquérito, que pode ser instaurado mediante a lavratura do auto de prisão em flagrante, dentre os quais se destaca o interrogatório do preso.

Neste caso, os direitos e as garantias constitucionais do preso devem ser aplicados e protegidos pelo delegado, como, por exemplo, a comunicação da prisão. Destarte, o delegado enviará ofícios comunicando o juiz, o MP, a defensoria pública e, no caso de preso estrangeiro, deve informá-lo do direito de assistência consular

¹⁵² Entende-se por persecução penal o caminho que dever ser perseguido pelo Estado para o reconhecimento da responsabilidade criminal de alguém e a execução da respectiva pena.

¹⁵³ Há outras formas de investigação no ordenamento jurídico, como a investigação conduzida pelo Ministério Público, por exemplo, reconhecida como constitucional pelo STF, e a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), que apura crimes políticos praticados por membros dos poderes executivo e legislativo. (LIMA, 2017).

¹⁵⁴ As infrações de menor potencial ofensivo, aquelas cuja pena máxima, em abstrato, seja igual ou inferior a dois anos, serão investigadas por meio de Termo Circunstanciado de Ocorrência, nos termos do Artigo 69, da Lei nº 9099/95.

antes de iniciar o interrogatório. Se solicitada a assistência pelo detido, deverá, também, comunicar a repartição consular.

Com efeito, uma eventual ilegalidade na prisão em flagrante acarretará no relaxamento da mesma, por meio de decisão judicial. Logo, caso o delegado não informe ao preso estrangeiro do seu direito de assistência consular, antes de interroga-lo, haverá um vício no auto de prisão em flagrante que deve ser levado em consideração no relaxamento da prisão. (BOLIVAR, 2011). Da mesma forma, se a autoridade policial não informar imediatamente a repartição consular, haverá ilegalidade na prisão, passível de relaxamento.

É importante destacar o posicionamento unânime da doutrina e da jurisprudência no sentido de que nenhum vício na fase de investigação tem o condão de anular o processo penal que, neste momento da persecução, sequer foi iniciado. (BRASILEIRO, 2016). Por outro lado, se o depoimento do preso, na fase de investigação, for tomado sem a devida comunicação dos seus direitos constitucionais, tais como o direito de permanecer calado e de assistências, inclusive a consular, a prova será ilícita e as demais que dela derivarem, não podendo serem utilizadas no processo penal para embasamento da condenação.

Caso o estrangeiro seja preso em razão de decreto de prisão preventiva ou temporária, a resolução nº 162/12 determina que o magistrado deve comunicar a prisão à missão diplomática de seu Estado de origem ou, na falta desta, ao Ministério das Relações Exteriores e ao Ministério da Justiça, no prazo máximo de cinco dias. Caso esta determinação não seja cumprida, torna-se possível o requerimento de revogação da prisão preventiva e/ou temporária.

É fato que a resolução do CNJ não está de acordo com a nova sistemática da audiência de custódia, que determina que qualquer pessoa presa seja encaminhada, imediatamente, à presença de uma autoridade judicial, cujo prazo não pode ultrapassar 24 horas.

Por fim, se a prisão for decretada em razão da aplicação de pena privativa de liberdade, a resolução do CNJ determina que, no prazo de cinco dias, o magistrado deve enviar cópia da sentença ou do acórdão transitado em julgado para a repartição consular do Estado de origem do estrangeiro preso. Nesta hipótese, não se vislumbra nenhuma nulidade do decreto prisional, eis que a formalidade da comunicação tem por objetivo dar ciência, ao consulado, que será executada uma

sanção penal contra o nacional, para que o cônsul possa, nos termos do Artigo 36, §1º (c) da Convenção de Viena de 1963, visitar o mesmo e acompanhar a execução da pena.

De igual forma, as decisões de regressão, progressão e livramento condicional serão informadas para a fiscalização do consulado. Logo, um eventual descumprimento ou impedimento desta notificação pode ensejar a impetração de mandado de segurança, pelo cônsul do Estado que envia, já que a assistência consular é um direito.

Com efeito, por meio de uma interpretação gramatical, só há dever do Estado receptor de comunicar o consulado quando o estrangeiro estiver detido, encarcerado, preso preventivamente ou em virtude de execução da decisão definitiva.

Por outro lado, empregando uma interpretação teleológica, isto é, levando em consideração os fins para os quais a norma foi criada, constata-se que, em consonância com a jurisprudência internacional, mesmo estando solto, no curso do processo, o estrangeiro deve ser informado de seu direito de assistência consular, uma vez que o Estado receptor deve compensar as desvantagens processuais do estrangeiro, em situação de vulnerabilidade, por não conhecer a língua e o sistema de justiça criminal do país em que está sendo julgado.

Nesse contexto, no curso da persecução penal, a assistência consular pode contribuir para a produção de provas absolutórias ou atenuantes da pena, circunstâncias judiciais favoráveis, e até constituir um advogado para o exercício da defesa técnica do acusado estrangeiro. Nesse sentido, Bolívar (2011, p. 215) afirma que “Essas provas absolutórias ou atenuantes podem estar no país de origem do preso – o Consulado pode atuar na coleta e fornecimento dessas provas, assim como eventuais traduções”.

Destarte, a assistência consular passa a ser fundamental para o devido processo penal, especialmente no que diz respeito à concretização do direito ao contraditório e ampla defesa na audiência de instrução e julgamento, tendo em vista que o Artigo 36, §1º (c) da Convenção de Viena, disciplina que “[...] 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 ele, e **providenciar sua defesa perante os tribunais**¹⁵⁵.

Para Bolívar (2011, p. 216-217) a audiência de instrução e julgamento pode ser anulada ante a ausência de assistência consular, não sendo suficiente a presença de tradutor. *In verbis*:

É nesse sentido que pode ser fundamental à ampla defesa a atuação dos funcionários consulares. Isso porque o estrangeiro, que desconhece o sistema processual penal brasileiro, ao qual está submetido, além do direito fundamental que tem de compreender a acusação que lhe é feita e de um intérprete nomeado pelo Juiz, pode não entender que se nada disser no interrogatório, para evitar uma confissão, isso não o prejudicará e tampouco importará na presunção da confissão. O vício maior do interrogatório é justamente a falta de informação sobre o direito de o acusado ou indiciado de permanecer calado, o que implica na nulidade do ato e sua invalidade, sendo necessário repetí-lo e, em último caso, todo o processo, no caso de o interrogatório ser considerado nulo. Isso porque o ato viciado resultou no sacrifício da autodefesa e, conseqüentemente, do direito de ampla defesa como um todo. O funcionário consular, no exercício da assistência consular, pode atuar nesse sentido, ao indicar representação jurídica ao estrangeiro que seja sensível às suas limitações e vulnerabilidades, resultando, assim, na efetivação da sua ampla defesa, e nulidade processual penal absoluta.

Com efeito, para salvaguardar o direito de ampla defesa do acusado estrangeiro, em consonância com a jurisprudência internacional, e evitar a nulidade dos atos processuais, a comunicação do direito à assistência consular deve ser garantida pelo Estado brasileiro, ainda que o consulado não a exerça. Para tanto, no momento da citação do acusado, deve, também, ser intimada a repartição consular para contatar o nacional para a defesa de seus interesses, bem como constar, no mandado de citação, a informação do direito de assistência consular ao estrangeiro acusado.

¹⁵⁵ Grifos nossos.

5. CONCLUSÃO

A nova era dos direitos humanos, iniciada na segunda metade do século XX com a Carta das Nações Unidas, estabelece que nenhum Estado ou organismo internacional é um fim em si mesmo, mas um fim para a preservação da dignidade da pessoa humana. Com a boa nova, o indivíduo passou a ser o protagonista na comunidade de Estados soberanos, alçado, inclusive, pelo Direito Internacional, como sujeito de direito dotado de capacidade jurídica para denunciar seu próprio Estado, junto aos organismos internacionais, em caso de violação dos seus direitos.

Com esse propósito, as Nações Unidas iniciaram uma fase de expansão de instrumentos internacionais positivando normas protetivas dos direitos humanos sem discriminação de qualquer natureza. Ao mesmo tempo, foram desenvolvidos mecanismos internacionais de fiscalização e controle de aplicação destas pelos Estados signatários das normas internacionais de direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos – vigia mestra que sustenta o edifício do direito internacional dos direitos humanos –, promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, é o primeiro documento a positivar as normas internacionais de direitos humanos, e se encontra ratificada, atualmente, por 193 Estados.

Neste contexto, no dia 24 de abril de 1963, foi celebrada a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, cujo objetivo principal foi positivar as normas costumeiras que disciplinavam as relações consulares entre os Estados. Todavia, a criação do Estatuto Internacional Consular sofreu irradiações do direito internacional dos direitos humanos ao disciplinar que as repartições consulares desempenham uma importante função de proteção dos interesses de indivíduos que se encontram fora do seu país de origem.

Destarte, os cônsules passaram a ter um papel relevante no sistema de proteção dos direitos humanos. Além de proteger todo e qualquer interesse nacional do Estado que envia, auxiliando-os com a prestação de serviços administrativos, o consulado passa a ter a prerrogativa de prestar assistência consular ao preso de sua nacionalidade, nos termos do Artigo 36 da Convenção de Viena (1963).

Com o avanço tecnológico experimentado na era da globalização, houve um encurtamento das fronteiras entre os Estados, provocando o aumento do fluxo migratório pelo mundo. Atualmente, estima-se que mais de 200 milhões de pessoas

encontram-se migrando pelo mundo, dentre elas os chamados migrantes forçados, estimados em mais de 66 milhões.

Em alguns Estados, o aumento do fluxo migratório acabou por acarretar no enrijecimento das políticas públicas migratórias, fortalecendo a fiscalização nas fronteiras, reduzindo a expedição de vistos para entrada no país, criminalizando migrações irregulares e mesmo construindo barreiras físicas, como muros e cercas, a fim de evitar a entrada do migrante indesejado. Aqueles que conseguem entrar no território do país de destino passam a ser *person non grata*, sofrendo discriminações em razão da xenofobia, sobretudo estrangeiros de origem islâmica, que são vistos como terroristas. Distante de sua família e do seu país de origem, imerso em uma cultura distinta, este torna-se uma vítima em potencial, vulnerável à violação de seus direitos no Estado receptor.

Neste contexto, a Corte Internacional de Justiça e a Corte Interamericana de Direitos Humanos produziram Standards internacionais, pautados na jurisprudência internacional de direitos humanos, ratificando a importância da assistência consular ao nacional do Estado que envia. Com base na casuística internacional, restou caracterizado que o direito à informação e o direito à assistência consular do estrangeiro preso são direitos fundamentais, devendo o Estado receptor promover todos os meios internos possíveis para a proteção da garantia individual ao estrangeiro, esculpida no Artigo 36, §1º (b) da Convenção de Viena.

Salutar decisão foi a consubstanciada na jurisprudência consultiva 16/99, da Corte IDH que, se valendo de uma interpretação dinâmica e evolutiva dos direitos humanos, consagrou o Artigo 36, §1º, da Convenção de Viena como norma de direito humano, no marco da expansão progressiva do direito ao devido processo legal.

As dimensões ou gerações dos direitos humanos não podem ser compreendidas como um conjunto de normas engessadas que consagram direitos de liberdade, igualdade e solidariedade. Ao contrário, com base na teoria da dinamogênese como fonte dos direitos humanos, constata-se que o valor da dignidade da pessoa humana deve ser protegido pela norma internacional de acordo com fatos novos e condições sociais que podem levar à degradação de direitos essenciais da pessoa humana. É por esta razão que o direito de assistência consular se consagra como norma de direito humano, visando proteger a dignidade

do preso estrangeiro em um cenário de inúmeras violações praticadas contra migrantes, discriminados por políticas antimigratórias, discriminatórias e xenofóbicas por parte de alguns Estados.

O impacto desta decisão, no ordenamento jurídico brasileiro, é inquestionável. Primeiro porque o Brasil, além de ratificar e incorporar o Pacto de San José da Costa Rica – Convenção Americana de Direitos Humanos –, reconheceu a competência jurisdicional da Corte Interamericana, assumindo o compromisso de aplicar suas decisões e interpretações sobre os direitos humanos.

Muito embora o parecer consultivo não tenha força vinculante, trata-se de um precedente que será empregado pela Corte em casos semelhantes. Logo, estabelecer um diálogo jurisprudencial entre os tribunais domésticos e a Corte é a forma mais eficaz de evitar uma possível condenação por violação de direitos humanos na esfera internacional, além de contribuir para a consolidação da universalização dos mesmos.

A Convenção de Viena sobre Relações Consulares foi incorporada no ordenamento jurídico doméstico no ano de 1967, passando a ser lei ordinária o dever de notificar ao estrangeiro preso seu direito de assistência consular e informar, sem tardar, a repatriação consular do desejo do mesmo de ser assistido. Todavia, com o advento da Constituição Federal de 1988, no que concerne a regra do Artigo 5º, §2º, do texto constitucional, e a interpretação do parecer consultivo 16/99, de que o Artigo 36 da Convenção de Viena consubstancia-se numa norma direito humano, é possível sustentar que a assistência consular passa a ter o *status* de norma constitucional.

Ademais, se a assistência consular expande o rol de normas que compõe o direito ao devido processo, o Brasil garante, como norma fundamental inserida no texto constitucional, a todas as pessoas, sem discriminação de nacionalidade, o *due process of law*. Soma-se, ainda, a incorporação do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, pelo governo brasileiro, que consagra, também, o direito ao devido processo como norma de direito humano.

Sem a pretensão de esgotar o debate sobre o tema, porém, acreditando que os fundamentos não representam a melhor expressão para a hierarquia das normas de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, o direito de assistência consular pode ser concebido como norma supralegal, já que não foi incorporada

com o quórum qualificado do Artigo 5º, §3º da Constituição Federal, seguindo a jurisprudência da Suprema Corte brasileira.

No entanto, o direito de assistência consular do estrangeiro preso já foi objeto de discussões nos tribunais brasileiros, inclusive no STF que, de forma acertada, estabeleceu um diálogo com a jurisprudência internacional, incorporando a interpretação fixada pelas Cortes supranacionais. Destarte, para o STF, o direito de assistência consular deve ser garantido a todo preso estrangeiro no Brasil, sob pena de violação às garantias fundamentais do devido processo legal.

O impacto desta normativa no processo penal é distinto, podendo acarretar desde o relaxamento e revogação de prisão até a nulidade de atos processuais, pois o Estado brasileiro deve incorporar a interpretação teleológica do Artigo 36, §1º da Convenção de Viena, que consagra o direito de assistência consular com o fim precípuo de garantir um julgamento justo equilibrado ao estrangeiro, que pode ter seu direito de liberdade privado por meio de sentença penal condenatória.

É certo que um estrangeiro pode desconhecer o ordenamento jurídico criminal brasileiro, sobretudo no que concerne ao seu direito de não produzir provas contra si mesmo, razão pela qual a assistência consular no curso da instrução criminal vai de encontro com o Artigo 36, §1º (c) da Convenção (1963), que disciplina a possibilidade do agente consular contribuir com a defesa do nacional, auxiliando-o, inclusive, no procedimento de coleta de provas no país de origem, contribuindo, assim, com sua absolvição ou atenuação da pena.

A aludida interpretação vai de encontro com a jurisprudência internacional, especialmente a produzida pela Corte Internacional de Justiça que, por duas vezes, condenou os Estados Unidos a restabelecerem o *status quo ante* dos presos condenados à morte, isto é, a anular o processo para que o mesmo fosse acompanhado e assistido pelo consulado visando garantir a ampla defesa do acusado.

Destarte, a jurisprudência internacional impactou de forma positiva no ordenamento jurídico brasileiro, pois ainda que de forma incipiente, os tribunais nacionais incorporaram o conteúdo das decisões internacionais, ampliando, assim, os direitos fundamentais dos estrangeiros presos no Brasil. Ademais, a ação civil pública no Estado de São Paulo e os atos administrativos dos Conselhos Nacionais

do Ministério Público e da Justiça, revelam a preocupação do Estado com a efetivação do direito de assistência consular no plano doméstico.

Assim, a universalização dos direitos humanos se consolida na proteção da dignidade da pessoa humana, não apenas via mecanismos internacionais de fiscalização e aferição de violações, como os Comitês, Comissões e Cortes supranacionais, mas também por meio das repartições consulares que, desde a Convenção de Viena (1963), desempenham uma função substancial na proteção de interesses e direitos dos nacionais que se encontram em território do Estado receptor.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Declaração de Cartagena** – Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários. 1984.

_____. **Estatuto dos Refugiados**. Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas. 1951.

_____. **Global Trends – Forced Displacement in 2016**. Disponível em: http://www.unhcr.org/5943e8a34#_ga=2.157259455.509603651.1503450032-589274591.1503450032. Acesso em: 23 ago. 2016.

ACCIOLY, H. NASCIMENTO, G. E. N.; CASELLA, P. B. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 20. ed. revista e atualizada, 2012

ALMEIDA, A. J.; MINCHOLA, L. A. B. O “espírito de Cartagena” e a política brasileira de refugiados. **Revista Perspectiva**, v.8, n. 15, p. 123-142, ago.set. 2015. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/RevistaPerspectiva/article/view/71249/40448>. Acesso em: 22 ago. 2017.

ALMEIDA, G. A. **Soberania, cosmopolitismo e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2004. Paper não publicado. NEV/USP, São Paulo. Disponível em: <http://nevusp.org/blog/2004/08/09/soberania-cosmopolitismo-e-o-direito-internacional-dos-direitos-humanos/>. Acesso em: 18 ago. 2017.

ALVES, J. A. L. **A Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: FTD, 1997.

ARIOSI, M. **Os efeitos das convenções e recomendações da OIT no Brasil**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/5946/os-efeitos-das-convencoes-e-recomendacoes-da-oit-no-brasil>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

ARRUDA, R. A.; PEREIRA, R. S.; CALVES, J. P. **Manual de Processo Penal**. Coleção Ícones do Direito. Coordenador André Puccinelli Junior. São Paulo: Saraiva, 2015.

BAENINGER, R. Rotatividade Migratória: um novo olhar para as migrações internas no Brasil. **Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana**, [S.l.], v. 20, n. 39, nov. 2012. ISSN 2237-9843. Disponível em: <<http://www.csem.org.br/remhu/index.php/remhu/article/view/332/299>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

BAUMBACH, M. **Sanções do Conselho de Segurança: direito internacional e prática brasileira**. Brasília: FUNAG, 2014.

BECKER, J-J. **O Tratado de Versalhes**. Tradução Constancia Egrejas. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**.vol. 1: Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOLIVAR, A. B. **O impacto no Brasil da casuística internacional relativa à violação do direito de informação sobre a assistência consular para preso estrangeiro**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. DOI: 10.11606/D.2.2011.tde-14062012-114504. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-14062012-114504/pt-br.php>. Acesso em: 25 jul. 2017.

BRASIL, Congresso Nacional. **Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929 - Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18871-13-agosto-1929-549000-publicacaooriginal-64246-pe.html>. Acesso em: 24 ago. 2017.

BRASIL. **Decreto 18.956, de 22 de outubro de 1929. Promulga seis convenções de direito internacional publico, aprovadas pela Sexta Conferencia internacional americana**. Diário Oficial da União. Seção 1 - 12/12/1929, Página 25011. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18956-22-outubro-1929-549004-publicacaooriginal-64267-pe.html>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. **Decreto 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carga das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas**. Diário Oficial da União. Seção 1, 05/11/1945, Página 17097. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-19841-22-outubro-1945-470723-norma-pe.html>. Acesso em: 25 jul. 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965 - Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm. Acesso em: 04 set. 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969, que promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial**. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>. Acesso em: 11 ago. 2017.

BRASIL, Congresso Nacional. **Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967 - Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Consulares**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d61078.htm. Acesso em: 31 ago. 2017.

BRASIL, Congresso Nacional. **Lei 13.445, de 24 de maio de 2017 – Institui a Lei de Migração**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL, Congresso Nacional. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989 – Dispõe sobre prisão temporária.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm. Acesso em: 29 ago. 2017.

BRASIL, Congresso Nacional. **Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 – Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm. Acesso em: 29 ago. 2017.

BRASIL, Congresso Nacional. **Decreto 65.810, de 8 de dezembro de 1969, que promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial.** Diário Oficial da União. Seção 1, 10/12/1969, Página 10536. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>. Acesso em: 11 ago. 2017.

BRASIL, Congresso Nacional. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acessos em: 29 ago. 2017.

BRASIL, Congresso Nacional. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 29 ago. 2017.

BRASIL, Congresso Nacional. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 29 ago. 2017.

BRASIL, Congresso Nacional. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 - Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 29 ago.2017.

BRASIL, Congresso Nacional. **Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002 – Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm. Acesso em: 02set. 2017.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 162, de 13 de novembro de 2012 – **Dispõe sobre a comunicação de prisão de estrangeiro à missão diplomática de seu respectivo Estado de Origem.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n162-13-11-2012-presidencia.pdf. Acesso em: 04set. 2017.

BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. 2016c. **Recomendação nº 47, de 21 de novembro de 2016 – Dispõe sobre a notificação consular, resultante da aplicação do artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de**

1963, que impõe que as autoridades brasileiras cientifiquem o cônsul do País a que pertence o estrangeiro, sempre que este for preso. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/4642>. Acesso em: 04set. 2017.

BRASIL, Decreto 6.582, de 30 de maio de 1877. Promulga a convenção sobre atribuição consulares, celebrada em 6 de Agosto de 1876 entre o Brazil e a Italia. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, 1877, p. 379, Vol. 1 pt II.

BRASIL, Secretária Nacional de Justiça. 2017. **Refúgio em Números** – 2010 a 2016 Disponível em: http://www.justica.gov.br/noticias/brasil-tem-aumento-de-12-no-numero-de-refugiados-em-2016/20062017_refugio-em-numeros-2010-2016.pdf. Acesso em: 23 ago. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Pedido de Extradicação nº 1126 / República Federal da Alemanha.** Ministro Relator Joaquim Barbosa. Julgamento em 22.10.2009. Publicação no DJe-232, Divulg 10-12-2009, Public. 11-12-2009, Ement. Vol-02386-01 p.-00012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MANFRE D+WILL%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ya4wuhc6>. Acesso em: 03 set. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Prisão Preventiva Para Extradicação nº 726 Distrito Federal.** Ministro Relator Celso de Mello. Julgamento em 27.05.2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/PPE726.pdf>. Acesso em: 03 set. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Pedido de Extradicação nº 1401/DF / Estados Unidos da América.** (2016 a) Ministro Relator Celso de Mello. Segunda Turma, julgado em 08/03/2016, Acórdão Eletrônico Dje-050; Divulg. 16-03-2016 Public. 17-03-2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10511676>. Acesso em: 03 set. 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 65385/AC - Penal - Leis Extravagantes - Crimes de Tráfico e Uso de Entorpecentes (Lei 6.368/76 e DL 78.992/76) - Tráfico - Internacional.** Ministro Relator Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma, julgado em 21/08/2008, Acórdão Eletrônico Publicado no DJe em 29/09/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=Gilmer+Fachin+Sanacay&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 03 set. 2017.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **ACR - Apelação Criminal nº 63823 /SP.** (2016 b) Desembargadora Relatora Cecilia Mello. Décima Primeira Turma. Julgamento em 10/05/2016, publicado em e-DJF3 Judicial 1 data:18/05/2016. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=3>. Acesso em: 04 set. 2017.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **AC - Apelação Cível nº 1404753 / SP.** Relator Juiz Convocado Roberto Jeuken. Terceira Turma. Julgamento em 20/02/2014, publicado em e-DJF3 Judicial 1 data: 28/02/2014. Disponível em:

<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>. Acesso em: 04 set. 2017.

BRASIL, Ministério das Relações Exteriores. **Portal Consular – Representação do Brasil no Mundo**. Disponível em: <http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/representacoes-do-brasil-no-mundo>. Acesso em: 28 ago. 2017.

BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUSTOS GISBERT, R. XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, [S.l.], n. 95, p. 13-63, oct. 2015. ISSN 1989-0648. Disponível em: <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/39840>. Acesso em: 29 ago. 2017.

CANÇADO TRINDADE, A. A. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Os Tribunais Internacionais contemporâneos**. Brasília: Funag, 2013.

_____. **O esgotamento de recursos internos no direito internacional**. 2. ed. Brasília: UnB, 1997.

_____. Deslocados e a proteção dos migrantes na legislação internacional dos Direitos Humanos. **Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania**, vol.3, n. 3, p. 53-93. 2008. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos. Disponível em: http://www.migrante.org.br/components/com_booklibrary/ebooks/caderno-debates-3.pdf. Acesso em: 22 ago. 2017.

CANÇADO TRINDADE, A. A.; PEYTRINET, G.; SANTIAGO, J. R. As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana; Direitos Humanos; Direito Humanitário, Direito dos Refugiados. **Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania**, vol.3, n. 3, p. 53-93, 2008. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos. Disponível em <https://www.icrc.org/por/resources/documents/misc/direitos-da-pessoa-huana.htm>. Acesso em: 04 abr. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 25 jul. 2017.

COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORREIA, T. R. C. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos: repercussão jurídica das opiniões consultivas**. Curitiba: Juruá, 2008.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Caso Avena e outros vs. Estados Unidos da América – Sentença de mérito, 31 de março de 2004.** Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/128/128-20040331-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.** Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf Acesso em: 18 ago. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS "**Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos).** Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_101_81_esp.pdf. Acesso em: 18 ago. 2017.

DALLARI, D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 33. ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

DIAS, M. B. **Manual do direito das famílias.** 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FRANCO, T. L. **Efetividade das decisões proferidas pela corte Interamericana de direitos humanos:** identificação dos marcos teóricos e análise da conduta do estado brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/101/101131/tde-25112014-191635/pt-br.php>>. Acesso em: 21 mai. 2016.

GALINDO, G. R. B. **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais.** Coord. Sven Peterke. Brasília: ESMUP, 2009.

GREGORI, J. **Direitos Humanos no Cotidiano.** 2. ed. Ministério da Justiça, 2001.

GRINOVER, A. P. **O Processo – III série:** Estudos e pareceres de Processo Penal. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

HARARI, Y. N. **Sapiens** – Uma breve história da humanidade. Tradução Janaina Marcoantonio. 15. ed. Porto Alegre: L&PM, 2016.

HENRIQUES, F. S. **O desenvolvimento da proteção diplomática e da assistência consular e a contribuição da corte internacional de justiça:** uma análise dos casos LaGrand, Avena e Diallo. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília. Disponível em <http://repositorio.unb.br/handle/10482/20127>. Acesso em: 25 jul. 2017.

IMDH. **Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania,** v.3, n. 3, 2008. Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos. Disponível em:

http://www.migrante.org.br/components/com_booklibrary/ebooks/caderno-debates-3.pdf. Acesso em: 22 ago. 2017.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código de Processo Penal Anotado**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009

JUBILUT, L. L.; APOLINÁRIO, S. M. O. S. A Necessidade de Proteção Internacional no Âmbito da Migração. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, jan-jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/13.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2017.

JUBILUT, L. L.; MADUREIRA, A. L. Os desafios de proteção aos refugiados e migrantes forçados no marco de Cartagena + 30. **REMHU, Rev. Interdiscip. Mobil. Hum**, Brasília, v. 22, n. 43, p. 11-33, dez. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852014000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 22 ago. 2017.

HOBBSAWM, **EA Era dos Extremos**: o breve século XX – 1914-1991. Tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

INFOPEN. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Dezembro de 2014**. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf. Acesso em: 24 ago. 2017.

LAFER, C. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005.

_____. A ONU e os direitos humanos. **Estudos Avançados**, vol. 9, n. 25, p. 169-185, set-dez. 1995. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v9n25/v9n25a14.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JR., A. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUSSI, C.; M. R. Vulnerabilidade Social em Contexto Migratório. **Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios**, 2007. Disponível em: http://www.csem.org.br/pdfs/vulnerabilidades_dos_migrantes.pdf. Acesso em: 25 jul. 2017.

LUSSI, C.; DURAND, J. **Metodologia e Teorias nos Estudos das Migrações**. Jundiaí: Paco Editorial, 2015.

MAGALHÃES, J. C. **Manual Diplomático. Direito Diplomático. Práticas Diplomáticas**. 3. ed. Lisboa: Editorial Bizâncio, 2002.

MATTOSO, K. M. Q. **Textos e documentos para o estudo da história contemporânea**. São Paulo: Hucitec/Edusp, 1977.

MAZZUOLI, V. **Curso de Direito Internacional Público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, C. D. A. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. revista e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MILESI R.; LACERDA, R. Políticas públicas e migrações: o acesso a direitos previdenciários e sociais. **Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania**, v.3, n. 3, p. 33-50, 2008. Disponível em: http://www.migrante.org.br/components/com_booklibrary/ebooks/caderno-debates-3.pdf. Acesso em: 22 ago. 2017.

MOREIRA, J. B. Refugiados no Brasil: reflexões acerca do processo de integração local. **REMHU, Rev. Interdisciplinar. Mobil. Hum.** Vol. 22, n. 43, p. 85-98, jul-dez. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/remhu/v22n43/v22n43a06.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2017.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NAÇÕES UNIDAS. 1945. Assembleia Geral. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersolInternet.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2017.

NAÇÕES UNIDAS. 2006. Assembleia Geral. **Resolução 60/251 Dispõe sobre as Função do Conselho de Direitos Humanos**. Disponível em <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/502/69/PDF/N0550269.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

NACIONES UNIDAS. **Carta de las Naciones Unidas de 1945**. Disponível em <<http://www.un.org/es/sections/un-charter/preamble/index.html>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

NACIONES UNIDAS. **La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948**. Disponível em <<http://www.un.org/es/sections/un-charter/preamble/index.html>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Informe de la Corte Internacional de Justicia – 1º agosto de 1997 a 31 de julio de 1998 – **Convención de Viena sobre relaciones consulares (Paraguay contra los Estados Unidos de América)**. 1998. Documentos Oficiales Quincuagésimo tercer período de sesiones Suplemento No. 4 (A/53/4). Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/annual-reports/1997-1998-es.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2017.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Informe de la Corte Internacional de Justicia – 1º agosto de 1999 a 31 de julio de 2000 – **Convención de Viena sobre relaciones consulares (Alemania contra los Estados Unidos de América)**. 2000.

Documentos Oficiais Quincuagésimo quinto período de sesiones Suplemento No. 4 (A/55/4). Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/annual-reports/1999-2000-es.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2017.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Informe de la Corte Internacional de Justicia 1º de agosto de 2002 a 31 de julio de 2003 – **Avena y otros nacionales mexicanos (México contra los Estados Unidos de América)**. 2003. Documentos Oficiais Quincuagésimo octavo período de sesiones Suplemento No. 4 (A/58/4). Disponível em: <http://www.icj-cij.org/files/annual-reports/2002-2003-es.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2017.

NACIONES UNIDAS. Corte Internacional de Justicia. **Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas e providencias de la Corte Internacional de Justicia–1997-2002. (2005)**. Disponível em <http://www.icj-cij.org/files/summaries/summaries-1997-2002-es.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2017.

NAZO, G. N. Imunidades diplomáticas e certos tipos de contrato de trabalho - As convenções de Viena de 1961 e de 1963 sobre "relações diplomáticas" e "relações consulares". **Revista da Faculdade de Direito**, v. 73, p. 145-154, jan. 1978. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66851/69461>. Acesso em: 29 ago. 2017.

NICOLSON, H. **O Tratado de Versalhes**: a paz depois da Primeira Guerra Mundial. Tradução Gleuber Vieira e Jorge Ribeiro. São Paulo: Globo Livros, 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Glossário sobre Migração**. Direito Internacional da Migração, nº 22. Organização Internacional para as Migrações: Genebra, 2009. Disponível em: <http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml22.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2017.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 25 jul. 2017.

PEREIRA, A. C. A. As normas de *jus cogens* e os direitos humanos. **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 6, 2009. Disponível em: <http://www.faa.edu.br/revistas/fdv-2009#sumário>. Acesso em: 06 mai. 2017.

PIOVENSAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015a.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.

QUINTEIROS, M. E. Migração e Direitos Humanos nas fronteiras. **Migração e Direitos Humanos nas Fronteiras**. [Conferência de encerramento do XIII Congresso Internacional de Direitos Humanos, 2016, Campo Grande, 2016].

_____. Direitos humanos são eixo central da nova Lei de Migração. **Consultor Jurídico**, Boletim de Notícias Conjur, 26 de maio de 2017. Disponível

em: <http://www.conjur.com.br/2017-mai-26/andre-ramos-direitos-humanos-sao-eixo-central-lei-migracao>. Acesso em: 23 ago. 2017.

_____. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, A. de C. [et.al]. **Manual prático de direitos humanos internacionais** Coordenador: Sven Peterke; Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. Disponível em: https://www.ufrgs.br/cedop/wp-content/uploads/2014/04/Manual_Pratico_Direitos_Humanos_Internacionais-1.pdf. Acesso em 26: jun. 2017.

SALA, M. G. **Assistência consular a presos estrangeiros nos Estados Unidos: o caso do México**. 2009. Dissertação (Mestrado em Integração da América Latina) – Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, São Paulo. DOI:10.11606/D.84.2009.tde-27062011-092712. Acesso em: 25 jul. 2017.

SEAMAN, L. C. B. **Do Congresso de Viena ao Tratado de Versalhes**. Tradução de Marília Zanello Sanvicente. São Paulo: Atlas, 1977.

SICARI, V. R. **As Relações Diplomáticas no Direito Internacional**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Minas Gerais. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SicariVR_i.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2017.

SILVA, J. C. J. Uma análise sobre os fluxos migratórios mistos. In: RAMOS, A. C.; RODRIGUES, G.; ALMEIDA, G. A. (Org.). **60 Anos de ACNUR: perspectivas de futuro**. São Paulo: CLA Cultural, 2011. p. 201-220.

SILVEIRA, V. O.; ROCASOLANO, M. M. **Direitos Humanos: Conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVEIRA, V. C.; ABREU, F. M. S. C. Internalização das Convenções da OIT no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Prim@ Facie International Journal**, vol. 13, n. 25, p. 01-35, 2014. Disponível em <http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/26850/14289>. Acesso em: 29 ago. 2017.

SILVEIRA, V. O. O tribunal penal internacional e a garantia dos direitos humanos. **Revista Diálogos & Debates**, set. 2006. Disponível em: <http://vladmiroliveiradasilveira.com.br/2006/09/24/o-tribunal-penal-internacional-e-garantia-dos-direitos-humanos/>. Acesso em: 02 set. 2017.

SOARES, G. F. S. **Das Imunidades de Jurisdição e de Execução**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SPRANDEL, M. A. Migração e crime: a Lei 6.815, de 1980. **REMHU, Rev. Interdisciplinar. Mobil. Hum.**, Brasília, v. 23, n. 45, p. 145-168, dez. 2015. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1980-85852015000200145&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 22 ago. 2017.

PÉREZ-LUÑO, A. E. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

SOCIEDADE DAS NAÇÕES. **Pacto das Sociedades das Nações de 1919**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Internacionais-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-1919-a-1945/pacto-da-sociedade-das-nacoes-1919.html>. Acessos em: 23 ago. 2017.

SWINARSKI, C. **Introdução ao Direito Internacional Humanitário**. Brasília: CICV, 1996.

VATTEL, E. **O direito das gentes**. Prefácio e tradução Vicente Marotta Rangel Brasília: Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2004.

WRÓBLEWSKI, J. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Madrid: Civitas, 1985.