



ELISA MARTINS JUVINIANO

**A PROTEÇÃO NOS ÂMBITOS EXTERNO E INTERNO
DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS:
A PESSOA HUMANA, O ESTADO E A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA**

*Mestrado em Direito e Ciência Jurídica
Especialidade de Direitos Fundamentais*

Lisboa, Portugal

2020

ELISA MARTINS JUVINIANO

A PROTEÇÃO NOS ÂMBITOS EXTERNO E INTERNO

DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS:

A PESSOA HUMANA, O ESTADO E A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como parte das exigências do Programa de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, especialidade de Direitos Fundamentais, para a obtenção do título de Mestre – ano letivo 2018/2019.

Professor Orientador: Rui Rodrigo Firmino
Guerra da Fonseca

Lisboa, Portugal

2020

ELISA MARTINS JUVINIANO

A PROTEÇÃO NOS ÂMBITOS EXTERNO E INTERNO

DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS:

A PESSOA HUMANA, O ESTADO E A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como parte das exigências do Programa de Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, especialidade Direitos Fundamentais, para a obtenção do título de Mestre – ano letivo 2018/2019.

Professor Orientador: Rui Rodrigo Firmino
Guerra da Fonseca

Aprovada em ____ de _____ de ano _____.

Prof(a). Dr(a).

Prof(a). Dr(a).

Prof(a). Dr(a).

Aos meus pais Nuci e Franklin,
fontes de inspiração,
luzes da minha vida.

Agradecimentos

Este trabalho só foi possível em razão de todo suporte, carinho e paciência que me foi dado neste período.

Primeiramente agradeço aos meus pais, Nuci e Franklin, que sempre me mostraram que o céu não é o limite e que com todo cuidado e carinho apoiaram meu sonho de atravessar o oceano para realizar esse mestrado. Saudade e medo por ambas as partes foram presentes, porém com persistência conseguimos isto juntos. A celebração pela conclusão é tanto deles quanto minha, por todo acompanhamento, amor e esforço nesta jornada. São meus exemplos de vida, e de onde tirei minhas forças para concluí-lo, quando achei que não conseguiria mais. À eles tudo devo, inclusive à eles dedico este devotado, porém incompleto, trabalho.

Agradeço ao meu irmão Lucas, por seu grande coração e carinho, que foi me visitar e ver como eu estava em outras terras. Este que me encheu de alegria e orgulho mesmo à distância

Ao André, companheiro que encontrei enquanto me dedicava ao mestrado, e me apoiou nas horas difíceis: obrigada pelo amor, paciência, ternura, e admiração. Agradeço muito por acreditar em mim e me motivar a seguir em frente.

Agradeço ainda o apoio e o carinho de todos os meus amigos e minhas amigas, que dividiram comigo este sonho que assim se realiza.

Ao meu orientador, Professor Rui Rodrigo Firmino Guerra da Fonseca, pela atenção, paciência e compromisso com o trabalho e por seu zelo acadêmico, sempre educado e disposto a me auxiliar.

Aos Professores do programa de Mestrado Científico, José Alexandrino, Jorge Miranda, António Pedro Barbas Homem e Rui Rodrigo da Fonseca pelos ensinamentos que transcenderam a Universidade, e pela convivência enquanto estive em Lisboa.

À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em nome de meu Professor Orientador, pela oportunidade da realização do mestrado.

A todos que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho, muito obrigada!

Injustice anywhere is a threat to justice everywhere.

Martin Luther King Jr.

RESUMO

O presente trabalho visa contribuir com a temática de proteção de direitos humanos fundamentais nos âmbitos externo e interno, principalmente no tocante à competência da Corte Internacional de Justiça na análise de casos relacionados à direitos individuais, e igualmente, no estudo da inserção dos direitos fundamentais nas constituições do Brasil e de Portugal. A pessoa humana, os direitos fundamentais e sua evolução, o Estado e suas funções, e o acesso à justiça são temáticas abordadas, de modo a perceber não só a importância dos direitos humanos fundamentais, mas da mesma forma o desenvolvimento da proteção destes na esfera internacional e doméstica. O estudo é feito a partir da pessoa humana, fundamento de todas as outras concepções tratadas no trabalho, e então, perpassa alguns esclarecimentos sobre os mecanismos de garantia e efetivação de direitos, tendo como evidência na seara externa as decisões da Corte Internacional de Justiça. De forma a corroborar, portanto, são suscitados casos onde Estados demandam perante este Tribunal em defesa de seus nacionais, buscando a proteção de direitos individuais. O último exame versa sobre como estão dispostos Brasil e Portugal nos sistemas de proteção internacional de direitos humanos, bem como a acomodação dos direitos fundamentais em suas constituições. Constata-se que os direitos humanos ganharam muito espaço na discussão internacional, e inclusive na Corte Internacional de Justiça, mesmo esta sendo um Tribunal para Estados. Nota-se, aliás, a preocupação crescente dos Estados em relação à efetivação e garantia desses direitos dentro e fora de seu território, tendo o ser humano como primazia. Ainda, percebeu-se como se dá o diálogo entre o âmbito externo e interno, estando intimamente conectados em busca da justiça social e salvaguarda dos tão relevantes direitos humanos fundamentais.

Palavras-Chave: pessoa humana; proteção de direitos humanos fundamentais; Estado; Corte Internacional de Justiça.

ABSTRACT

This Master Thesis aims at contributing to the theme of protection of fundamental human rights in the external and internal spheres, mainly with regard to the competence of the International Court of Justice in the analysis of cases related to individual rights, and also, in the study of the insertion of fundamental rights in constitutions of Brazil and Portugal. The human person, fundamental rights and their evolution, the State and its functions, and access to justice are themes addressed, in order to understand not only the importance of fundamental human rights, but also the development of their protection in the domestic and international scopes. The study starts by conceptualizing the human person, the foundation of all other conceptions dealt with in this thesis, and then goes through some clarifications on the mechanisms of guarantee and enforcement of rights, taking as evidence in the external field the decisions of the International Court of Justice. In order to corroborate, therefore, cases are raised where States seek this Court in defense of their citizens, seeking the protection of individual rights. The last analysis deals with how Brazil and Portugal are prepared in the international human rights protection systems, as well as the accommodation of fundamental rights in their constitutions. It appears that human rights have gained much space in international discussion, and even in the International Court of Justice, even though this is a Court for States. In fact, there is a growing concern among States in relation to the enforcement and guarantee of these rights inside and outside their territory, with the human being as the primacy. Still, it was noticed how the dialogue takes place between the external and internal spheres, being intimately connected in search of social justice and safeguarding the most relevant fundamental human rights.

Keywords: human person; protection of fundamental human rights; State; International Court of Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. A pessoa humana, o Estado e os direitos humanos fundamentais.....	14
1.1. A pessoa humana.....	14
1.2. As funções do Estado.....	18
1.3. A evolução dos direitos fundamentais.....	23
1.4. Compreensão dos direitos fundamentais e o Estado de Direitos Humanos.....	29
2. Proteção internacional dos direitos humanos.....	36
2.1. Escopo e características da Corte Internacional de Justiça.....	37
2.2. A evolução da Corte Internacional de Justiça em relação aos direitos humanos.....	42
2.3. O acesso.....	47
2.3.1. O direito fundamental de acesso à justiça.....	47
2.3.2. O indivíduo como sujeito do Direito Internacional.....	52
2.3.3. O indivíduo e a Corte Internacional de Justiça.....	59
2.4. Instrumento não convencional de proteção internacional dos direitos humanos.....	62
2.5. Responsabilidade internacional dos Estados.....	68
3. Estudo de casos relevantes da Corte Internacional de Justiça sobre a proteção de direitos individuais.....	72
3.1. <i>United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America vs. Iran)</i>	73

3.2. <i>Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo vs. Belgium)</i>	77
3.3. <i>LaGrand (Germany vs. United States of America)</i>	80
3.4. <i>Avena and other Mexican Nationals (Mexico vs. United States of America)</i>	85
3.5. <i>Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea vs. Democratic Republic of the Congo)</i>	88
 4. A execução das decisões da CIJ e os instrumentos internos de proteção de direitos fundamentais dos Estados	97
4.1. A execução das decisões da Corte Internacional de Justiça.....	98
4.2. Proteção de direitos fundamentais no Brasil e em Portugal.....	102
No Brasil.....	104
Em Portugal.....	109
 CONCLUSÃO	115
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	118

Lista de abreviaturas e siglas

Art.	Artigo
CADHP	Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos
CC	Código Civil
CDINU	Comissão de Direitos Internacionais das Nações Unidas
CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
CF	Constituição Federal
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CONU	Carta da Organização das Nações Unidas
CPJI	Corte Permanente de Justiça Internacional
CVRC	Convenção de Viena sobre Relações Consulares
CVRD	Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
ECIJ	Estatuto da Corte Internacional de Justiça
EUA	Estados Unidos da América
FAO	Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura
OC	Opinião Consultiva
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
PIDES	Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
RDC	República Democrática do Congo
STF	Supremo Tribunal Federal
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
UNICEF	Fundo das Nações Unidas para a Infância
Vs.	<i>Versus</i>

INTRODUÇÃO

A finalidade deste trabalho é o exame da evolução dos direitos humanos fundamentais, demonstrando como estes tem ganhado cada vez mais destaque na esfera internacional e interna dos Estados. Consequentemente, a temática de proteção e efetivação destes direitos está mais que nunca em voga e será analisada, demonstrando a relevância desta dissertação.

O objetivo é perceber como se deu o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos fundamentais, inclusive perante a Corte Internacional de Justiça, esta que teoricamente não abarcaria questões de direitos humanos.

Espera-se, com esta dissertação, contribuir com o debate da garantia de direitos humanos fundamentais, no que se refere à disposição destes nos mecanismos internacionais e internos dos Estados, verificando qual a sua real eficácia.

O trabalho é composto por quatro partes, de forma a levantar várias questões no decorrer de seus capítulos, como o acesso à Corte Internacional de Justiça no caso de violação de Direitos individuais, e a execução de suas decisões; quais seriam os mecanismos internos de proteção e se são efetivos; como os direitos fundamentais estão inseridos no direito doméstico.

A pessoa humana é um indivíduo livre e racional, tendo a liberdade advinda do seu conhecimento intelectual. A sua dignidade é um princípio indivisível dos direitos fundamentais. Por este motivo, estas concepções são o ponto de partida desta dissertação. Perpassa-se pelas tarefas do Estado, a evolução dos direitos fundamentais até o Estado de Direitos Humanos, notando-se um período de diferenciação entre proteção interna e proteção internacional de direitos humanos, pois antes apenas se observava a garantia de direitos fundamentais pelo Estado, e desde há sete décadas, estes podem ser igualmente amparados por órgãos internacionais¹.

Ato contínuo, em relação aos direitos, primeiro depreende-se sobre as tarefas do Estado para sua proteção, pois, ao mesmo tempo que o Estado não deve interferir

¹ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 21.

sobre as liberdades inerentes às pessoas, igualmente se compromete a promover o bem-estar social, atendendo à sociedade nos âmbitos sociais, econômicas e culturais.

Os Direitos Humanos são inerentes ao Direito Internacional Público, e compõe uma das temáticas mais importantes deste ramo. Comumente, a expressão “direitos humanos” igualmente é empregada para se referir à proteção de direitos na ordem interna, porém, neste âmbito, as normas que advêm das constituições para proteção dos direitos das pessoas, são os direitos fundamentais. A diferenciação ocorreu quando os direitos fundamentais se expandiram para aplicação à nível internacional com a intensificação das relações externas. Referente à proteção de direitos, verifica-se que os direitos humanos são mais amplos que os direitos fundamentais².

A segunda parte deste trabalho se debruça sobre a proteção internacional dos direitos humanos, evidenciando as características da Corte Internacional de Justiça, e sua evolução com relação à estes direitos. Esta Corte possui um papel importante na manutenção da paz e segurança internacional. Nas últimas décadas observou-se um grande avanço neste Tribunal em relação à proteção dos direitos humanos, com o crescimento no número de casos de violação desses direitos que fazem os Estados acionarem a CIJ.

Nesta linha, será explorado o direito fundamental de acesso à justiça, como premissa de um Estado justo, e ainda a inserção do indivíduo no Direito Internacional, explicitando qual a sua posição perante órgãos internacionais e disputas entre Estados. Mas esse acesso é garantido perante à CIJ aos indivíduos que tiveram seus direitos violados? O instrumento da proteção diplomática é evidenciado como forma de proteção pelos Estados dos direitos individuais de seus nacionais, mesmo que indiretamente, revelando o regime jurídico da responsabilidade internacional do Estado.

A proteção diplomática foi desenvolvida notadamente nos últimos séculos, sendo entendida como direito exclusivo dos Estados, que representam seu nacional, baseado-se na ficção jurídica de que uma afronta ao indivíduo significava indiretamente uma ofensa ao próprio Estado. Não obstante a CIJ lidar com demandas ligadas a este instrumento há algumas décadas, os casos eram usualmente sobre proteção diplomática de pessoas jurídicas ou de investimentos. Em meados de 1990,

² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014, pp. 25 - 27

algumas situações envolvendo direitos individuais no corredor da morte fizeram emergir este instituto sob outra perspectiva³.

É sobre estes casos de proteção de direitos individuais perante a CIJ que o Capítulo 3 se atém. Com o mundo globalizado e a intensificação de desigualdades, as demandas relacionadas à violação de direitos aumentaram perante os órgãos internacionais. A CIJ por vezes foi chamada a decidir sobre estes casos onde foi usada a proteção diplomática, com o exercício feito a partir da substituição processual dos indivíduos pelo Estado, possibilitando o acesso destes indiretamente.

Mais detidamente, os casos dos irmãos LaGrand, de Avena e outros nacionais mexicanos, do Sr. Ahmadou Diallo, do Pessoal Diplomático dos EUA em Teerã e do Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000 do Sr. Yerodia foram trazidos nesse trabalho, com o objetivo de evidenciar a transformação da CIJ com relação à sua jurisprudência na salvaguarda de direitos individuais.

A última parte desta dissertação trata da execução das decisões da CIJ e os instrumentos internos de proteção de direitos fundamentais dos Estados. A atuação da CIJ, como será visto, é destinada a Estados soberanos, contudo, suas decisões podem atingir indiretamente os indivíduos. Mas como se dá, na prática, a execução de suas decisões? As decisões da CIJ são definitivas e inapeláveis, porém de seu Estatuto não se extrai nenhum poder especial para explicar quais seriam as medidas necessárias para execução de suas sentenças.

Superados todos esses pontos, revela-se a proteção dos direitos fundamentais no âmbito interno dos Estados e se questiona quais são esses instrumentos, e quão ligados eles estão à esfera internacional. A análise é feita a partir da legislação do Brasil e de Portugal. Este último exame é necessário para se entender como o plano interno se relaciona com a esfera internacional, e como são positivados esses direitos em suas constituições.

³ HENRIQUES, Fabricio da Silva. *O desenvolvimento da proteção diplomática e da assistência consular e a contribuição da Corte Internacional de Justiça: uma análise dos casos LaGrand, Avena e Diallo*. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Brasília. Brasília, 2016, p. 11.

1. A pessoa humana, o Estado e os direitos humanos fundamentais

A dignidade da pessoa humana é um princípio indivisível dos direitos fundamentais. Neste capítulo, inicialmente será explicitado, de forma breve, o conceito de pessoa e do valor de dignidade da pessoa humana, pois este que atrai a efetivação dos direitos humanos fundamentais, em todas as suas esferas.

Ato contínuo, em relação aos direitos, primeiro deve-se depreender sobre as tarefas do Estado para sua proteção, pois, ao mesmo tempo que o Estado não deve interferir sobre as liberdades inerentes às pessoas, igualmente se compromete a promover o bem-estar social, atendendo à sociedade nos âmbitos sociais, econômicas e culturais.

A partir da evolução dos direitos fundamentais, será desenvolvido um diálogo entre as tarefas Estatais e a história do avanço destes direitos, até a contemporaneidade da sua salvaguarda interna e internacional.

Por fim, a conclusão da compreensão da noção de direitos fundamentais, e o Estado de Direitos Humanos, notando que atualmente vive-se num Estado voltado para a pessoa humana e sua inerente dignidade.

1.1. A pessoa humana

O conceito de pessoa humana está diretamente ligado aos direitos humanos fundamentais, sendo oportuno uma breve análise de suas implicações, inclusive do valor da dignidade da pessoa humana.

Como pessoa, segundo São Tomás de Aquino, toma-se a concepção de uma substância individual de natureza racional e livre⁴.

⁴ PIRATELI, Marcelo Augusto; OLIVEIRA, Terezinha. *Breves ponderações sobre o conceito de pessoa em Santo Tomás de Aquino*. Acta Scientiarum. Human and Social Sciences, v. 30, n. 1, 2008, p.108.

Apenas no final do século XVIII, no período de surgimento das primeiras Constituições modernas, a noção de pessoa seria explicitada por Kant⁵:

O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não só como meio para o isso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nos que se dirigem a ele mesmo como nos que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim. (...) Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio⁶

A liberdade é fundamento das ações e princípios das pessoas, fazendo parte essencial da prática moral. A filosofia kantiana, portanto, expressa que o homem como ser racional existe com o fim em si mesmo, e não como meio, se revelando como um valor absoluto. A pessoa representa sua própria existência.

Apenas o ser humano é pessoa. Aliás, todos os seres humanos, sem distinção, são pessoas, fontes de todos os valores, com consciência de si próprios. Por isso, a pessoa é igualmente um centro de imputação jurídica, tendo em vista que o próprio Direito existe por e para ela.⁷ Com esta afirmação, nota-se que ela não pode ser vista como uma definição abstrata, mas como um ser humano concreto e real, dotado de personalidade e dignidade.

No que se refere à proteção e garantia de direitos, esta concepção é importante, pois percebe-se o caráter insubstituível de cada pessoa, como indivíduos de valores próprios, com sua dignidade singular.

Disponível em: <<http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/ActaSciHumanSocSci/article/view/1943/1943>>. Acesso em 20 de dez. de 2020.

⁵ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 76.

⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1986, pp. 67 - 68.

⁷ SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. In: *Revista de Direito Administrativo* 212:89-94. Rio de Janeiro, abr./jun. 1998, pp. 90 - 91.

A pessoa humana é, desse modo, um indivíduo racional e livre. A liberdade advém do seu conhecimento intelectual, tendo em vista que a pessoa conhece sua existência e faz suas escolhas, representando um papel na sociedade⁸.

Os direitos fundamentais são inseparáveis do princípio da dignidade da pessoa humana. Tanto na esfera interna dos Estados em suas constituições (por exemplo, Brasil⁹ e Portugal¹⁰), quanto no plano internacional (como na Declaração Universal de Direitos Humanos¹¹ e na Convenção Americana de Direitos Humanos¹²), este princípio é prestigiado. A palavra dignidade ressalta tudo aquilo que merece importância, e possui honra, sendo a dignidade humana inerente a todos os seres humanos¹³.

Em Kant, sobre a dignidade, tem-se que

age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio¹⁴

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.¹⁵

Compreende-se que, para ele, no reino dos fins tudo teria um preço ou uma dignidade. Na distinção feita entre o preço e dignidade, coloca esta última como

⁸ PIRATELI, Marcelo Augusto; OLIVEIRA, Terezinha. *Breves ponderações sobre o conceito de pessoa em Santo Tomás de Aquino*. Acta Scientiarum. Human and Social Sciences, v. 30, n. 1, 2008, p. 113. Disponível em: <<http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/ActaSciHumanSocSci/article/view/1943/1943>>. Acesso em 20 de dez. de 2020.

⁹ Art. 1º, III da CF brasileira: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;"

¹⁰ Art. 1º da CF portuguesa: "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária."

¹¹ Preâmbulo e Art.1 da DUDH: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade."

¹² Art. 5ª da Convenção Americana de Direitos Humanos: "(...) Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano."

¹³ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 58.

¹⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 71.

¹⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 79.

superior ao primeiro, dando-lhe valor interno, não admitindo substitutivo equivalente. A dignidade é um atributo inerente à pessoa humana, se confundindo com a própria natureza humana¹⁶. Não é uma criação constitucional, portanto.

Desse modo, por dignidade da pessoa humana entende-se que cada indivíduo é um fim em si mesmo, dotado de autonomia para agir conforme desejar. É uma qualidade intrínseca e distintiva da pessoa humana que a salvaguarda de todo tratamento degradante, assegurando condições mínimas de sobrevivência¹⁷. Este conceito é polissêmico e aberto, em contínuo processo de construção.

A dignidade da pessoa humana possui projeção em todo o sistema interno e internacional de proteção de direitos humanos fundamentais.

O conceito de pessoa se ancora nessa noção de dignidade da pessoa humana, e, conseqüentemente, provoca as esferas interna e externa de proteção de direitos, tendo em vista que é faculdade de notar a pessoa em sua ampla dimensão, prezando por sua relevância, essencial neste contexto.

É da autoconsciência de sua dignidade que surge a ideia de pessoa. E os próprios direitos humanos fundamentais são pretensões ligadas à importância da liberdade humana¹⁸.

Com o reconhecimento pelos Estados desse atributo, foi transformado em um valor supremo na ordem jurídica. Existem deveres impostos para os Estados na proteção destes, quais sejam, o dever de respeito aos limites da ação estatal, sendo a dignidade um limite para ação do poder público, e também o dever de garantia desse fundamento (conjunto de ações e disponibilização de mecanismo para sua proteção e fortalecimento)¹⁹.

Portanto, a pessoa humana é titular de direitos que devem ser respeitados. A dignidade da pessoa humana é um valor que atrai a efetivação dos direitos fundamentais, em todas as suas dimensões. Aliás, a existência da pessoa é o que justifica a existência de nações, Estados, e até da Corte Internacional de Justiça.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. In: Revista de Direito Administrativo 212:89-94. Rio de Janeiro, abr./jun. 1998, p. 91.

¹⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 58.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 79.

¹⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 59.

1.2. As funções do Estado

O Estado²⁰ surgiu a partir da necessidade de uma organização política - sendo este uma comunidade política que não possui tempo de existência definido -, e hoje desempenha papel significativo na vida das pessoas, promovendo, aliás, a defesa e a união da sociedade²¹.

Então, o Estado – como associação humana, arraigada num território, comandada por uma autoridade sem sujeição a qualquer outro²² - possui funções que evoluíram com o passar do tempo, transformando-se conjuntamente com os direitos humanos fundamentais.

De forma resumida serão expostas as teorias base para o desenvolvimento do conceito de funções do Estado, bem como o desenvolvimento do Estado conjuntamente aos direitos fundamentais, até chegar ao hodiernamente chamado Estado de Direitos Humanos.

Apenas a partir de Georg Jellinek as teorias da função do Estado ganharam força²³. As três teorias que tiveram maior difusão inicialmente foram a dele, a de Léon Duguit e a de Hans Kelsen.

Em Jellinek pensa-se em seus fins para designar as funções do Estado. Para ele, o Estado tem como fins a tutela e a instauração do Direito, a asserção da força e a promoção da cultura, e para alcançar isto, deve-se estipular normas, agindo de modo concreto para atingir todos os objetivos propostos²⁴. Argumenta que existem

²⁰ O Estado, é dado, por conseguinte em seu conceito clássico, como “um povo fixado num determinado território, que institui, por autoridade própria, dentro desse território, um poder político relativamente autônomo” SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Direito Constitucional. I- Introdução à Teoria da Constituição*. Braga: Livraria Cruz, 1979, p. 108.

²¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 4 - 6.

²² FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 77.

²³ CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional. Volume I. Direito Comparado. Teoria Geral do Estado e da Constituição. As Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 188.

²⁴ CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional. Volume I. Direito Comparado. Teoria Geral do Estado e da Constituição. As Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, pp. 188 - 189.

três funções do Estado, quais sejam a legislativa, jurisdicional e administrativa²⁵. Contudo, esta divisão não abarca todas as funções que o Estado desempenha, sendo criadas, então em sua teoria, as atividades extraordinárias do Estado.

Nota-se que a Teoria sustentada por Jellinek é exígua no que se refere ao tema aqui tratado – proteção de direitos fundamentais - principalmente porque, além de reconhecer que existem atividades que não se encaixam nas funcionalidades delimitadas, as funções, como será visto, extrapolam a ordem jurídica.

Já Duguit se apoiou nos atos jurídicos, estes entendidos como expressão de uma vontade com o fim de mudança da ordem jurídica presente ou da próxima²⁶. A função legislativa se traduzia em atos regra; a administrativa em atos condição e atos subjetivos; e a função jurisdicional em atos condição ou atos subjetivos (constituição do ato jurisdicional)^{27 28}. Esta teoria, do mesmo modo, não apresenta a concepção aqui esperada, pois Duguit inicialmente idealizou o ato jurídico em três (ato regra, ato condição e ato subjetivo), não obstante, constatou que nem todas as condutas do Estado são jurídicas, teorizando mais a questão do papel de cada ordem, do que propriamente as funções do Estado²⁹ na proteção dos direitos dos indivíduos.

Nota-se, que o trabalho parte de uma visão geral de proteção de direitos humanos fundamentais, agregados ao ideal de poder dos cidadãos e, claro, as funções e obrigações estatais. Admite-se que estes direitos, em sua concepção contemporânea, surgem como o resultado da fusão de várias fontes – costumes, tradições, entre outros - arraigadas nas diversas sociedades, até a conjugação dos pensamentos jurídico-filosóficos. Sem embargo, esta é uma análise das teorias clássicas de conceito do Estado, onde por enquanto verificamos apenas a divisão dos atos ou ordens das funções do Estado, e não a proteção desses direitos.

²⁵ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Tradução de Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1981, pp. 171 - 197; 451 - 459.

²⁶ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel. Tome Premier. La Règle de Droit. Le problème de L'État*. Paris: E. de Boccard, 1921, pp. 219 - 220.

²⁷ CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional. Volume I. Direito Comparado. Teoria Geral do Estado e da Constituição. As Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, pp. 189 - 191.

²⁸ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel. Tome Deuxième. La Théorie Générale de L'État*. Paris: E. de Boccard, 1923, pp. 132 - 139; 308 - 325.

²⁹ CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional. Volume I. Direito Comparado. Teoria Geral do Estado e da Constituição. As Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, pp. 194 - 195.

Kelsen defendia que o Estado é um ordenamento jurídico³⁰. A função do Estado, segundo ele, seria apenas jurídica, a da criação do direito, e sua Teoria deveria se fixar no funcionamento do direito, na dinâmica jurídica³¹. Esta teoria, por conseguinte, igualmente não se aplica para os fins deste trabalho, pois o Estado desempenha funções não jurídicas.

Estas ideias têm como base o Estado liberal de direito, e visam retratar um Estado não intervencionista no domínio econômico e social³², ao contrário do que se visualiza hodiernamente. Elas foram trazidas brevemente uma vez que são a base para as teorias utilizadas nos dias que correm.

O Professor Marcelo Caetano, com a Teoria Integral das Funções do Estado, explicou que as atividades desenvolvidas pelo Estado não se limitam à criação e aplicação do direito, defendendo a existência de dois tipos de função, quais sejam: (i) as jurídicas, legislativa e executiva; e (ii) as não jurídicas, função política e função técnica³³.

Outro celebrado autor, Marcelo Rebelo, explicita que as funções do Estado consistem na realização de atividades pelos órgãos do poder político para efetivação dos objetivos constitucionalmente instituídos^{34 35}. Aqui, inclui-se, portanto, a defesa de direitos fundamentais.

³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito. Introdução à problemática científica do Direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 133.

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do Estado*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1938, pp. 109 - 111.

³² “El examen atento de esta cuestión muestra que aquí, como en todas las doctrinas serias sobre política y derecho político, las distintas divisiones que ostentan un carácter científico han tomado por base la realidad histórica de la vida del Estado en la época en que estas doctrinas se formularon. Todas las divisiones de las funciones del Estado, debidas a escritores de importancia, revelan que, al hacerla, tuvieron presente el estado concreto de su época y abstrayeron después, de las actividades observadas, una doctrina general.” JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Tradução de Fernando de Los Ríos. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1981, p. 452.

³³ CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional. Volume I. Direito Comparado. Teoria Geral do Estado e da Constituição. As Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, pp. 196 - 218.

³⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Direito Constitucional. I- Introdução à Teoria da Constituição*. Braga: Livraria Cruz, 1979, pp. 235 - 236.

³⁵ Marcelo Rebelo propõe a distinção entre funções independentes ou dominantes e funções dependentes ou subordinadas, que significam, respectivamente, o desempenho das atividades dos órgãos de maneira livre ou pouco vinculada, e, por outro lado, o exercício condicionado. Contudo, esta matéria extrapola o escopo deste trabalho. SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Direito Constitucional. I- Introdução à Teoria da Constituição*. Braga: Livraria Cruz, 1979, pp. 247 - 254.

Para o Professor Carlos Blanco de Moraes as funções do Estado se traduzem nas atividades jurídico-públicas por ele desempenhadas, com objetivo da efetivação de seus fins³⁶. Atividades estas que são operadas dentro dos limites constitucionais³⁷.

Dentre o desenvolvimento destas teorias clássicas, Jorge Miranda aponta que, existem dois entendimentos para a função do Estado, quais sejam, como (i) tarefa, se referindo a determinada necessidade da coletividade, ou (ii) atividade com elementos próprios³⁸. Em suma, quando se refere a função como fim, tem-se a função relacionada com o Estado como comunidade, perquirindo, os governantes, a legitimação do seu exercício de poder, tendo em vista sempre as necessidades humanas³⁹. Aqui destaca-se a importância das políticas públicas para realização de suas ações⁴⁰. Na segunda acepção, a função do Estado se traduz nos atos e atividades que este desenvolve reiteradamente de acordo com regras preestabelecidas, sendo a expressão, propriamente dita, do poder político⁴¹.

A função do Estado no sentido de tarefa é a que interessa a este trabalho, pois esta acepção que infere no estudo dos direitos humanos fundamentais, observando as incumbências do Estado para proteção e promoção destes, inclusive internacionalmente. Não que a esfera política não se relacione com esta questão, mas não é o que concerne esta dissertação.

Destaque-se que não se pode confundir funções com fins do Estado, tendo em vista que este último se refere à garantia da segurança, da justiça e do bem-estar econômico-social de todos, como prossecução dos objetivos pelos órgãos do poder⁴² - esses são os fins, tomando como exemplo Portugal. Tem-se que as finalidades são os objetivos do Poder Político, e estas podem ser alteradas com o passar do tempo⁴³.

³⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional: Funções do Estado e Poder Legislativo no Ordenamento Português. Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015; p. 23.

³⁷ MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional: Funções do Estado e Poder Legislativo no Ordenamento Português. Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015; p. 24.

³⁸ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 353.

³⁹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 353 - 355.

⁴⁰ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 354.

⁴¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 354.

⁴² SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Direito Constitucional. I- Introdução à Teoria da Constituição*. Braga: Livraria Cruz, 1979, p.229 e 235.

⁴³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 487.

Os direitos fundamentais requisitam ao Estado a sua concretização e garantia, por considerar que todas as instituições públicas são vinculadas a eles, sendo que o respeito e execução dos direitos fundamentais representariam uma tarefa do Estado⁴⁴.

Na esfera internacional, e como será visto em alguns casos da Corte Internacional de Justiça, quando verificamos que um Estado é soberano, a proteção da dignidade humana – os direitos humanos fundamentais – é sua função traduzida no bem-estar de seus cidadãos. A própria violação desses direitos é uma afronta a esse poder soberano – o direito internacional dos direitos humanos assegura essas garantias fundamentais individuais⁴⁵.

Conclui-se que as funções do Estado podem ser vistas como tarefas ou competências que possui o Estado como destinatário, tendo as funções de (i) garantia, defesa ou respeito dos direitos; (ii) prestação social; (iii) proteção perante os terceiros; e, (iv) combate à discriminação entre humanos⁴⁶.

Logo, ao mesmo tempo que o Estado não deve interferir sobre as liberdades próprias das pessoas, deve promover o bem-estar social, atendendo às carências da sociedade nas esferas sociais, econômicas e culturais, salvaguardando os direitos humanos fundamentais através de medidas administrativas ou legislativas⁴⁷, seja interna ou externamente.

⁴⁴ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais I*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 535.

⁴⁵ TAIAR, Rogério. *Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos*. Tese de doutorado, Área de concentração: Direitos Humanos. Professora Orientadora Dilma de Melo Silva. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 13.

⁴⁶ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais I*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, pp. 535-536.

⁴⁷ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais I*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, pp. 535-536.

1.3. A evolução dos direitos fundamentais

Não se pode falar em direitos fundamentais sem que exista um Estado que os ampare e respeite^{48 49}. Dessa forma, analisar-se-á a evolução desses direitos a partir de seus períodos de formação – verificando contraposições de conceitos - com enfoque no papel exercido pelo Estado em cada momento.

Destaca-se que as fases evolutivas dos direitos fundamentais não dizem respeito exclusivamente ao indicativo de liberalidade do Estado a partir de interesses individuais⁵⁰. O próprio desenvolvimento dos direitos fundamentais está intimamente ligado com o Estado constitucional civil dos tempos modernos, que se configurou principalmente a partir da Revolução francesa e norte-americana⁵¹.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho existem três fases para afirmação dos direitos fundamentais, quais sejam, o (i) reconhecimento das liberdades públicas – conjuntamente com o início do constitucionalismo; (ii) consagração de direitos sociais; e, por fim, (iii) a etapa contemporânea, o pleito dos direitos de solidariedade⁵² - concepção está mais conhecida como as gerações dos direitos fundamentais⁵³.

No primeiro estágio tem-se a diferenciação entre liberdade dos antigos – a participação do exercício do Poder - e liberdade dos modernos – autonomia individual

⁴⁸ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 12.

⁴⁹ “Somente há direitos fundamentais quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até, em maior ou menor medida, se contrapõe. Mas – por isso mesmo – não podem apreender-se senão como realidades que se postulam reciprocamente, se condicionam, interferem uma com a outra. Os fins do Estado, a organização do Estado, o exercício do poder, a limitação do poder são função do modo de encarar a pessoa, a sua liberdade, as suas necessidades. E, do mesmo modo, as aspirações e pretensões individuais, institucionais ou coletivas reconhecidas, os direitos e deveres da pessoa, a sua posição perante a sociedade e o Estado são função do sentido que ele confere à sua autoridade, das normas que a regulam, dos meios de que dispõe.” MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, pp. 18 - 19.

⁵⁰ ZIPPELIUS, Reinhold. *Linha direito comparado: teoria geral do Estado*. Série IDP. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 478

⁵¹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Série IDP. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

⁵² FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 96.

⁵³ FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 22.

em relação ao Estado (Benjamin Constant)^{54 55}. A base do conceito moderno dos direitos de liberdade individuais em face do poder soberano está neste momento em face do poder real, tendo em vista que o Rei possuía alguma autoridade, e os Estados sociais fruía de determinados direitos de liberdade postos em cartas de alforria⁵⁶. Vale mencionar que não poderiam nascer propriamente os direitos fundamentais na Idade Média, como interesses subjetivos perante o Estado, pois a preocupação era com o bem comum, com a coletividade, tentando-se a edificação de uma ordem religiosa, jurídica e moral⁵⁷. Caracteriza-se este período como a pré-história dos direitos fundamentais⁵⁸.

Os direitos fundamentais eram compreendidos substancialmente, em sua primeira proclamação (fim do século XVIII) como expressão da liberdade do homem em relação ao Poder, revelando o contraste característico do primeiro estágio, entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos⁵⁹.

Destaque merece a *Bill of Rights* de Virgínia de 1776 que pode ser considerada a primeira forma constitucional positiva a consagrar os direitos fundamentais em sentido moderno, sendo molde para demais declarações que a sucederam⁶⁰.

⁵⁴ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 20.

⁵⁵ “Consequentemente, alguém poderia querer sustentar como fez Constant, que a assim chamada liberdade dos modernos tem muito mais valor do que a dos antigos. Embora os dois tipos de liberdade tenham profundas raízes nas aspirações humanas, a liberdade de pensamento e a liberdade de consciência, a liberdade individual e as liberdades civis não deveriam ser sacrificadas em nome da liberdade política, da liberdade de participar igualmente nos assuntos políticos. Essa é uma questão de filosofia política substantiva, e requer-se uma teoria do justo e da justiça para tratar dela.” RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martin Fontes, 2000, pp. 218 - 219.

⁵⁶ ZIPPELIUS, Reinhold. *Linha direito comparado: teoria geral do Estado*. Série IDP. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 479

⁵⁷ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 25.

⁵⁸ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 21.

⁵⁹ FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 96 - 97.

⁶⁰ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Série IDP. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 38.

Na segunda fase, observa-se a confrontação entre a “*tutela dos direitos própria da Idade Média e do Estado estamental e à tutela dos direitos própria do Estado moderno*”⁶¹.

Neste período os direitos eram dos indivíduos como pertencentes a determinados estamentos, com caráter especialmente institucional⁶². O Estado absoluto⁶³ sobreveio ao Estado estamental, e aí então todos os homens seriam iguais perante o Rei. Esta transição é marcante, pois, a partir do Estado absoluto torna-se cognoscível a indicação de direitos fundamentais como gerais e universais, ocasionando, aliás, a luta pela liberdade, tendo em vista que as atitudes do Poder soberano se tornam inadmissíveis⁶⁴.

Para construção da concepção de direitos fundamentais, as vertentes mais relevantes seriam a tradição inglesa de limitação do poder e a visão jusnaturalista iluminista das Revoluções francesa e norte-americana⁶⁵.

A *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* de 1789 - esta que foi resposta ao regime do absolutismo monárquico, arrojada à Revolução francesa - é

⁶¹ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 20.

⁶² MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 25.

⁶³ “...apareceu mais tarde uma outra que é de essencial importância para a compreensão dos direitos fundamentais em sentido moderno. Surgiu um novo conceito de Estado e de poder estatal. Do Estado feudal da Idade Média nasceu o moderno Estado territorial. O poder de autoridade converteu-se em ampla soberania. Este novo conceito de Estado, do qual a soberania era um atributo essencial, impôs-se não só na literatura mas também, durante o absolutismo, na realidade do Estado. Mas foi precisamente o surgimento de um amplo poder de Estado que, como antítese, deu origem à exigência de uma limitação por princípio deste poder do Estado, a observar em face de todos os seres humanos.” ZIPPELIUS, Reinhold. *Linha direito comparado: teoria geral do Estado*. Série IDP. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 479

⁶⁴ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 26.

⁶⁵ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 27.

símbolo importante⁶⁶, insígnia do reconhecimento dos direitos fundamentais⁶⁷, e demonstra nitidamente a sua aceção e sua relevância jurídico-política^{68 69}.

A distinção entre liberdades, garantias e direitos sociais marca o terceiro período, num Estado liberal⁷⁰ homogêneo, em contrapartida, de um Estado social com sistemas díspares⁷¹. Por muito tempo (séculos XVIII e XIX) pensava-se somente na concepção liberal de direitos fundamentais, sendo certo que esta imperava nas leis maiores dos Estados⁷². Nos séculos seguintes, vê-se a transição para o Estado social. No delinear desta mudança, verifica-se um estado intervencionista, incitando novos direitos baseados na vida digna dos homens e na igualdade de oportunidades (“solidariedade social”⁷³)⁷⁴.

Encerra-se a discussão, com a passagem da forma representativa clássica de governo, para a democracia representativa⁷⁵. Logo, para um Estado social a liberdade

⁶⁶ Sua importância “Decorre de ter sido por um século e meio o modelo por excelência das declarações, e ainda hoje merece o respeito e a reverência dos que se preocupam com a liberdade e os direitos do Homem.” FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 35.

⁶⁷ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Série IDP. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39.

⁶⁸ FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 97.

⁶⁹ NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. In: Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 739.

⁷⁰ “Tal como o conceito de Constituição, o conceito de direitos fundamentais surge indissociável da ideia de Direito Liberal. Daí que se carregue duas características identificadoras da ordem liberal: a postura individualista abstrata de (no dizer de RADBRUCH) um «indivíduo sem individualidade»; e o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão.” MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 30.

⁷¹ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 21.

⁷² MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 33.

⁷³ DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel. Théorie générale de l'État. Le Droit et l'État -Les Libertés publiques; L'organisation politique de la France*. Paris: E. de Boccard, 1923, pp. 210 - 215.

⁷⁴ FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 99.

⁷⁵ MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1976: formação, estrutura, princípios fundamentais*. Lisboa: Petrony, 1978, pp. 359 - 364.

de hoje não deve ser renunciada em favor de objetivos futuros, sendo esta igual para todos, edificada a partir da reparação das desigualdades existentes^{76 77}.

A Carta Política mexicana de 1917 possui grande importância histórica, por ser a pioneira a conferir direitos trabalhistas como direitos fundamentais, em conjunto com direitos políticos e liberdades individuais⁷⁸. Não se pode negar a importância das Constituições francesa (1848) e mexicana (1917), que trazem igualmente direitos sociais.

A Constituição de Weimar⁷⁹ estabeleceu a primeira República Alemã e o Estado da democracia social, influenciando grandemente o desenvolvimento das instituições políticas ocidentais⁸⁰. Ela foi símbolo, até o fim do século XX, da defesa da dignidade da pessoa humana, trazendo direitos econômicos e sociais, além dos civis e políticos⁸¹. Ela possui duas partes, contendo a primeira a organização do Estado, e a segunda as declarações dos direitos e deveres fundamentais, como dito, ampliando seu rol com os direitos de caráter social, proclamando um plano de uma república democrática de Estado de Direito e de Estado social⁸².

Esta nova perspectiva apresentada impõe uma atividade do Estado, tendo em vista que a efetivação destes direitos depende de alguma conduta Estatal (realização de políticas públicas, por exemplo)⁸³. A intervenção Estatal é imperativa neste cenário, portanto.

Por fim, tem-se o período da diferenciação entre proteção interna e proteção internacional de direitos humanos, sendo que antes apenas quem poderia garantir os

⁷⁶ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, pp. 34 - 35.

⁷⁷ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 78.

⁷⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 190.

⁷⁹ FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 99 - 100.

⁸⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 201 e 205.

⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 205

⁸² PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Série IDP. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

⁸³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 206

direitos fundamentais era o próprio Estado, e desde há setenta anos, estes podem ser ainda amparados por órgãos internacionais^{84 85}. As Nações Unidas desempenham papel de destaque com relação a este período, bem como a OIT, a UNESCO, a FAO, a OMS e a UNICEF⁸⁶.

Exemplo desta fase, há a adesão pela União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que contém garantias de direitos fundamentais, sendo estes considerados princípios constitucionais comuns aos Estados-membros⁸⁷. Encontra-se, ainda, no âmbito europeu, a Carta de Direitos Fundamentais, que reflete a proteção internacional dos direitos fundamentais⁸⁸.

Outros documentos que merecem destaque neste período são a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948); os Pactos Internacionais de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e de Direitos Cíveis e Políticos (1966); e a Declaração de Viena (1993)⁸⁹.

Verifica-se, portanto, identidade entre os âmbitos interno e internacional para proteção e criação de direitos, ampliando, desta forma, a esfera de tutela destes. Como será verificado neste trabalho, há casos de proteção de direitos humanos fundamentais violados na Corte Internacional de Justiça, onde apenas Estados podem figurar como parte.

Fez-se possível verificar, em linhas gerais, o intrincado diálogo existente ao longo da história entre a evolução dos direitos humanos fundamentais e as respectivas funções do Estado, e a invocação da proteção destes internacionalmente.

⁸⁴ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 21.

⁸⁵ "(...) quando o Estado, não raramente, rompe as barreiras jurídicas de limitação e se converte em fim de si mesmo e quando a soberania entra em crise perante a multiplicação das interdependências e das formas de institucionalização da comunidade internacional, torna-se possível reforçar e, se necessário, substituir, em parte, o sistema de proteção interna por vários sistemas de proteção internacional dos direitos do homem." MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 44.

⁸⁶ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 46.

⁸⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. *Linha direito comparado: teoria geral do Estado*. Série IDP. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 495

⁸⁸ "Para o efeito, é necessário, conferindo-lhes maior visibilidade por meio de uma Carta, reforçar a protecção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica." Trecho do Preâmbulo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

⁸⁹ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 46.

1.4. Compreensão dos direitos fundamentais e o Estado de Direitos Humanos

Com raízes no modelo libertário dos EUA e na Revolução Francesa, sob os preceitos básicos da liberdade e igualdade como foi visto, foram colhidos os direitos fundamentais, sendo estes públicos e subjetivos oponíveis ao Estado.

O desenvolvimento econômico e a realidade social evidenciaram a desorientação de uma sociedade que supostamente deveria trazer oportunidades e direitos iguais para todos. Ainda, com a Revolução Industrial, as noções de individualismo se fortificam, se sobrepondo por vezes sobre os interesses coletivos. Entretanto, os direitos políticos e sociais são positivados nas constituições, e o centro passa a ser o social, impondo ao Estado, obrigações perante os cidadãos⁹⁰.

Evolutivamente os direitos fundamentais podem ser compreendidos de duas maneiras, portanto, quais sejam: como direitos dos indivíduos anteriores ao Estado, sendo que a liberdade e igualdade seriam requisitos para o próprio reconhecimento do Estado, limitando aqueles, o exercício do poder; ou, ainda, como direitos do indivíduo na qualidade de membro do Estado – tópico que será devidamente explorado -, sendo estes direitos posteriores à existência deste⁹¹.

Atualmente, tem-se que os direitos fundamentais estão registrados em dispositivos constitucionais, e assumem a qualidade de direitos público-subjetivos de pessoas, que, de modo geral, objetivam a limitação do exercício do poder do Estado⁹² em contrapartida da liberdade individual⁹³. No último capítulo estes serão explicitados nas constituições do Brasil e de Portugal.

⁹⁰ TÁCITO, Caio. *Proteção dos Direitos Fundamentais*. Conferência no Conselho Técnico ou no C.N.C., em 18 de novembro de 1993. In: Revista de Direito Administrativo 194:1-5. Rio de Janeiro, out/dez 1993., pp. 1 – 2.

⁹¹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Série IDP. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48.

⁹² LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1982, pp. 390 - 392.

⁹³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

Na mesma linha, os direitos fundamentais são direitos ou posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, postos na constituição. Isto importa em pressupostos, que são pertinentes para ressaltar a relevância desta dissertação.⁹⁴

Primeiramente, não há que se falar em direitos fundamentais sem aceitar que as pessoas possuem autonomia, e, ainda, que estes só existem a partir da relação imediata entre o poder político e as pessoas⁹⁵. Isto é, não existem direitos fundamentais sem o Estado, sem que haja um Estado que os respeite ou que os proteja⁹⁶. Proteção esta, dá-se ênfase neste trabalho, interna e internacional de direitos humanos. Aliás, não existem direitos fundamentais sem constituição moderna⁹⁷, pois possuem uma posição no sistema jurídico, sendo a de supremacia constitucional^{98 99}.

Destarte, tem-se que os direitos fundamentais são aqueles jurídico-positivados vigentes em determinada ordem constitucional, sendo que a positivação deve ser entendida como a integração de direitos tidos como naturais ou inalienáveis de uma pessoa numa ordem jurídica¹⁰⁰.

Com relação à imposição ao Estado de obrigações perante os cidadãos, cabe aqui uma observação sobre os deveres fundamentais.

No que se referem aos deveres fundamentais, estes compõem uma categoria constitucional própria, sendo uma manifestação imediata ou direta de interesses divergentes da comunidade contrapostos aos interesses individuais consubstanciados

⁹⁴ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 12.

⁹⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

⁹⁶ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 12.

⁹⁷ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 12.

⁹⁸ “A posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico define-se com base na fundamentalidade formal. Um direito é fundamental se e somente (condição necessária) for garantido mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional.” DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

⁹⁹ Artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

¹⁰⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 11 reimp. Coimbra: Edições Almedina, 1941, p. 377.

nos direitos fundamentais¹⁰¹. Em vista disso, constituem categoria autônoma¹⁰². Os deveres fundamentais ocupam posição oposta aos direitos fundamentais, tendo em vista que sua disposição é passiva, constatando a dependência dos indivíduos perante o Estado - aqui percebe-se a relação jurídica fundamental entre as pessoas e o Estado^{103 104}. Relação esta, relevante para entendermos este trabalho não só de uma perspectiva de Direito Internacional, mas também de direitos fundamentais.

De maneira geral, os deveres fundamentais são a face oposta, o lado passivo, os direitos correlativos dos direitos fundamentais^{105 106}. Isto se pode concluir a partir da equação de que para cada direito, existe uma multiplicidade de deveres fundamentais¹⁰⁷.

Os deveres fundamentais são tidos como expressão da soberania do Estado.

A partir destas ideias, os deveres constituem requisito para o funcionamento do próprio Estado, pois não há sociedade que resista apenas com direitos, sem existir qualquer contrapartida dos cidadãos¹⁰⁸.

Portanto, deveres fundamentais são deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, tem especial significado para a comunidade e podem por esta serem exigidos¹⁰⁹. Constata-se que, por esta

¹⁰¹ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 251 - 252.

¹⁰² NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. In: Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 741 - 742.

¹⁰³ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 251 - 252.

¹⁰⁴ “Pois os deveres fundamentais são expressão da soberania do estado, mas de um estado assente na primazia da pessoa humana. O que significa que o estado, e naturalmente a soberania do povo que suporta a sua organização política, tem por base a dignidade da pessoa humana” NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. In: Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 743.

¹⁰⁵ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais I*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, pp. 537 - 538.

¹⁰⁶ NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. In: Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 745.

¹⁰⁷ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais I*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 538.

¹⁰⁸ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais I*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 538.

¹⁰⁹ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 13.

razão não se pode falar em deveres fundamentais do Estado. Jorge Miranda explica que

os fins do Estado, a organização do Estado, o exercício do poder, a limitação do poder são função do modo de encarar a pessoa, a sua liberdade, as suas necessidades¹¹⁰

Apenas pode-se falar em direitos e deveres fundamentais quando da contraposição ou distinção do Estado e da pessoa, e da autoridade e da liberdade¹¹¹.

Outra relação importante entre o Estado e os direitos e deveres fundamentais, é de que os últimos protegem uma esfera da liberdade individual em face da interferência do poder Estatal e sua dilatação totalitária¹¹².

Logo, percebe-se que ainda que se possa ver que os direitos fundamentais não seriam simplesmente uma técnica de limitação do poder político, entretanto, igualmente retratam verdadeiras estruturas políticas do Estado-coletividade¹¹³.

As constituições de cada país – como será detalhado no último capítulo deste trabalho – preveem em sua dinâmica de execução instrumentos que buscam garantir e assegurar esses direitos.

A expressão de um Estado de Direito é, dentre outras coisas, de direitos fundamentais. Sendo assim, há uma vinculação necessária entre eles¹¹⁴, conforme explicitado¹¹⁵. O Estado de direitos fundamentais é pautado em sua concretização, tendo como pilares o ser humano e suas liberdades, prezando pela dignidade da pessoa humana e sua inviolabilidade¹¹⁶. O Estado de direitos humanos, por sua vez,

¹¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 19.

¹¹¹ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 18.

¹¹² ZIPPELIUS, Reinhold. *Linha direito comparado: teoria geral do Estado*. Série IDP. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 478.

¹¹³ SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Direito Constitucional. I- Introdução à Teoria da Constituição*. Braga: Livraria Cruz, 1979, p.156.

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 281.

¹¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 83.

¹¹⁶ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais I*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 525.

pretende incisivamente destacar o ser humano como o foco do Estado, englobando o Estado de direitos fundamentais¹¹⁷.

Essas noções são dadas, pois foi a partir do ser humano que a sociedade se organizou e o Estado se legitimou, sendo que a expressão Estado de direitos humanos seria a mais radical com relação à garantia dos direitos¹¹⁸.

De forma mais simples, os direitos fundamentais são direitos do homem positivados no plano interno, na constituição ou na legislação infraconstitucional de cada Estado. Os direitos humanos são os direitos do homem positivados no plano internacional, provenientes de tratados, acordos ou convenções internacionais. Essa diferença pode ser considerada meramente didática, tendo em vista que inegável a relação de reciprocidade entre direitos fundamentais e direitos humanos, pois não são categorias exclusivas, ocorrendo, aliás, de um surgir a partir do outro. Introduzidos nas constituições, os direitos humanos se tornam direitos fundamentais com a mesma relevância que as outras normas.¹¹⁹

Contudo, apesar de louvável a consagração dos direitos fundamentais, a multiplicação destes admitidos como fundamentais pode ser um indício de ameaça à própria noção desses direitos¹²⁰. Com a dilatação da noção de “fundamentalidade” dos direitos, poderá ocorrer a ampla reconhecimento de direitos tidos como fundamentais, fragilizando, assim, sua própria concepção, causando por vezes, inclusive, a colisão¹²¹ e o conflito de direitos¹²².

Esta ampliação, há quem defenda, deve-se, dentre outras coisas - por exemplo, à resposta a regimes totalitários -, a mudança da teoria do Estado. Nos

¹¹⁷ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais I*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, pp. 525 - 526.

¹¹⁸ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais I*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, pp. 526 - 527.

¹¹⁹ SILVA, Cristian Kiefer da; SOARES Júnior, Luiz Antônio; PEGO, Anne Vieira Teodorak. *Os quarenta anos da constituição portuguesa e os direitos humanos fundamentais no Brasil e em Portugal: um panorama*. In: Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS. Edição Digital. Volume XIII. Número 2. Porto Alegre: 2018, p. 174

¹²⁰ FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 103.

¹²¹ ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 17, 1999, pp. 267 – 279.

¹²² OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais I*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 528.

séculos XIX e XX tinha-se a noção de que o cidadão com recursos não precisaria da interferência do Estado, por ter sua liberdade em face deste, sendo que a sociedade era, de certo modo, autônoma. No pós-guerra, fica claro que os indivíduos são dependentes de algumas ações do Estado para a garantia de sua liberdade, devendo este intervir para salvaguardar os direitos do ser humano.¹²³

A partir do momento em que uma pluralidade de direitos forem considerados fundamentais sem o mínimo amparo jurídico para isso, haverá uma ampliação consequente das tarefas que deverão ser desenvolvidas pelo Estado, para garantia e efetivação destes, tirando espaço, por vezes, da efetivação de direitos anteriores e genuinamente fundamentais. Poderá ocorrer ainda a colisão¹²⁴ ou confusão das posições entre deveres, direitos e tarefas fundamentais pela própria erosão do termo “fundamentalidade”¹²⁵.

Dessa forma, vê-se que um Estado de direitos humanos, apesar de englobar a questão dos direitos fundamentais é mais rígido para com os direitos admitidos como essenciais, combatendo a situação atual do alargamento do conceito deste último, tendo em vista, igualmente, que não seria a lei ou a constituição a impor parâmetros para o reconhecimento destes direitos, mas a orientação estaria sempre na pessoa humana¹²⁶.

Inclusive, houve o esvaziamento do conceito de Estado de direitos fundamentais em razão dessa questão, e ainda que, num “cenário de completa subversão de valores”, o Estado tenha seus direitos qualificados, por ele mesmo, como fundamentais, desfrutando assim de um poder ilimitado para o reconhecimento de novos direitos, debilitando os anteriormente reconhecidos, e sem que seja, necessariamente, em serviço da pessoa humana¹²⁷.

¹²³ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Série IDP. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 68 - 69

¹²⁴ ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 17, 1999, pp. 267 – 279.

¹²⁵ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais I*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, pp. 528 - 529

¹²⁶ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais I*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 532.

¹²⁷ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais I*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, pp. 533 - 534.

Desta feita, hoje vive-se num Estado voltado para o ser humano, e percebe-se o grande alargamento dos direitos tidos como fundamentais, bem como a ampliação da gama de funções que devem ser desempenhadas pelo Estado, não somente em sentido jurídico, mas englobando diversas tarefas de cunho social, cultural, político e econômico.

O Estado de Direitos Humanos, se configura, portanto, sendo mais rigoroso com o enquadramento dos direitos, prezando sempre a pessoa humana e sua dignidade inviolável, buscando a instauração dos direitos fundamentais¹²⁸.

¹²⁸ “(...) trata-se de um modelo de sociedade política fundado no respeito pela dignidade da pessoa humana, na garantia e defesa da cultura da vida e na vinculação internacional à tutela dos direitos fundamentais, possuindo normas constitucionais dotadas de eficácia reformada, um poder político democrático e uma ordem jurídica axiologicamente justa.” OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais I*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, pp. 541 - 542.

2. Proteção internacional dos direitos humanos

A fim de garantir a efetivação desses direitos tão importantes às pessoas, foram criados órgãos, mecanismos e normas internacionais. Nas últimas décadas observou-se um grande avanço em relação à proteção internacional dos direitos humanos.

Neste capítulo será explorada o funcionamento e escopo da Corte Internacional de Justiça, o direito fundamental de acesso à justiça e como se dá o acesso a esta Corte nos casos de violações desses direitos.

Com a crescente nos casos de descumprimento desses direitos que instigam os Estados a demandarem perante à CIJ, bem como o aumento nos tratados multilaterais com essa temática prevendo a competência da CIJ para dirimir conflitos, faz-se imperiosa a análise da proteção destes perante esta Corte. Daí se depreende a relevância deste exame para esta dissertação.

Como será observado, a partir de meados de 2008, a CIJ vem se consolidando na área de Direitos Humanos, comprovando o alargamento desta matéria no que se refere ao Direito Internacional. O Direito Internacional dos Direitos Humanos, aliás, confere a importância destes na esfera internacional, legitimando, inclusive, a atuação desta Corte nestas questões.

Com relação ao acesso à justiça, tem-se que negar este direito seria retirar várias outras garantias da pessoa humana. Não se pode falar em efetivação de direitos, sem lembrar dos instrumentos e mecanismos que estão disponíveis aos indivíduos para sua garantia. O acesso à justiça mostra-se, portanto, como requisito fundamental para a construção de um regime igualitário que tenha como objetivo a garantia dos direitos fundamentais.

Ainda, será explorada a responsabilidade internacional dos Estados no caso de violação de direitos e o instituto de proteção diplomática, instrumento valioso no que se refere à atuação dos Estados na CIJ para persecução da salvaguarda de direitos individuais de seus nacionais.

2.1. Escopo e características da Corte Internacional de Justiça

A Corte Internacional de Justiça (CIJ) surgiu em resposta a uma necessidade social e normativa, tendo em vista as diferentes aplicações do Direito pelo mundo¹²⁹. Foi criada em 1945 e tem como sua sede o Palácio da Paz em Haia - Países Baixos (único órgão da ONU não sediado em Nova Iorque - EUA), substituindo a Corte Permanente de Justiça Internacional, tendo em vista o fim da Segunda Grande Guerra mundial e a progressiva importância do Direito Internacional. É o braço judicial da Organização das Nações Unidas (ONU)^{130 131}.

A Corte possui competência¹³² contenciosa e consultiva para todos os litígios submetidos pelas partes, principalmente no que se refere aos tópicos incluídos em convenções internacionais em vigência e na Carta das Nações Unidas. À vista disso, a CIJ tem duas funções, qual seja a solução de conflitos entre Estados, aplicando, consequentemente, o Direito Internacional¹³³, e ainda, a função consultiva, onde atua emitindo pareceres para órgãos internacionais sobre quaisquer questões jurídicas^{134 135}.

Com relação à matéria contenciosa temos os Estados como sujeitos, isto é deduzido por se tratar de um Tribunal fundamentado do Direito Internacional¹³⁶. Não há, portanto, liberdade de acesso¹³⁷. Subsidiariamente a Corte pode decidir com base

¹²⁹ VIEIRA, Daniela Rodrigues; BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça: o papel e perspectivas atuais*. In: Cadernos Adenauer IX, nº 3: Governança Global. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, p. 141.

¹³⁰ Artigo 92 e seguintes da Carta da Organização das Nações Unidas.

¹³¹ ROSENNE, Shabtai. *The World Court: what it is and how it works*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 21 - 35

¹³² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.172.

¹³³ Artigo 38, parágrafo 1º, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

¹³⁴ Artigo 65, nº 1, do ECIJ.

¹³⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.173.

¹³⁶ Artigo 34 do ECIJ.

¹³⁷ Os indivíduos não possuem acesso direto à CIJ, e o acesso indireto se dá apenas se um Estado incorporar seus anseios e prestar queixa à Corte.

em regras do direito, também equidade e boa-fé (*ex aequo et bono*), com o consentimento dos Estados-partes.

A competência decisória reflete o Poder Público-Internacional, demonstrando uma função judicial acolhida pelo Direito Internacional^{138 139}. No que diz respeito a esta dissertação, o foco será na jurisdição contenciosa da CIJ.

Para um procedimento contencioso de rito normal a CIJ é composta por quinze juízes¹⁴⁰ permanentes, que possuem um mandato de nove anos reelegíveis, eleitos pela maioria absoluta de votos na Assembleia Geral e no Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas¹⁴¹. Não é permitida a participação de dois juízes de mesma nacionalidade, e estes têm total independência para não representarem os países de origem em suas decisões (inclusive, são dotados de imunidades para assegurar sua imparcialidade).

Somente os entes estatais que deram seu consentimento anterior, ou seja, os que assentiram expressamente a jurisdição da Corte estão sujeitos a ela, sendo esta aceitação facultativa^{142 143}, e os Estados-partes que a ela consentem admitem obrigatória a jurisdição da CIJ no caso de litígio^{144 145}.

¹³⁸ GOUVEIA, Jorge Barcelar. *Manual de Direito Internacional. Introdução, fontes, relevância, sujeitos, domínio, garantia*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 615.

¹³⁹ SHELTON, Dinah L. *Form, Function, and the Powers of International Courts*. 9 Chi. J. Int'l L. 537 (2009). Disponível em <http://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications>. Acesso em 20 de set. de 2020.

¹⁴⁰ "The Court shall be composed of a body of independent judges, elected regardless of their nationality from among persons of high moral character, who possess the qualifications required in their respective countries for appointment to the highest judicial offices, or are jurisconsults of recognized competence in international law." AZNAR-GÓMEZ, Mariano J. *Organization of the Court. Article 2*. In: ZIMMERMANN, Andreas; [et. Al.], edited. *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 205.

¹⁴¹ Segundo os artigos 35 e 37 do Regulamento da Corte, no caso de um Estado-parte da disputa não ter um juiz de sua nacionalidade, este poderá escolher um juiz *ad hoc*.

¹⁴² "Jurisdiction based upon consent, and the binding nature and finality of the decision, are thus the two basic principles underlying international adjudication in the Charter of the United Nations." ROSENNE, Shabtai. *The World Court: what it is and how it works*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 82.

¹⁴³ VIEIRA, Daniela Rodrigues; BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça: o papel e perspectivas atuais*. In: Cadernos Adenauer IX, nº 3: Governança Global. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, p. 142.

¹⁴⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.176.

¹⁴⁵ Artigo 36, parágrafo 2º, do ECIJ.

Esta aquiescência pode ser feita de quatro formas pelos Estados¹⁴⁶: (i). acordo especial; (ii) *forum prorogatum*¹⁴⁷, que consiste na observação de comportamentos que indicam um consentimento tácito¹⁴⁸; (iii) cláusula jurisdicional de um tratado estabelecendo a competência da CIJ; (iv) encaminhamento à CIJ da celebração pelas partes da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória.

Destaca-se que qualquer Estado - e somente Estados ¹⁴⁹ ¹⁵⁰ - que aceitou a jurisdição da CIJ poderá se valer dela para pleitear a tutela de um direito violado, independentemente da matéria de Direito Internacional (*ratione materiae*¹⁵¹).

Tem-se, ainda, a partir da leitura do Artigo 36 (6) do ECIJ a “*competência da competência*” onde a Corte faz seu juízo de admissibilidade da disputa a partir da sua sabida capacidade de jurisdição¹⁵².

No que se refere ao regime processual da CIJ, verificam-se três instâncias decisórias – o plenário, que desempenha o papel principal dentro da estrutura, a

¹⁴⁶ VIEIRA, Daniela Rodrigues; BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça: o papel e perspectivas atuais*. In: Cadernos Adenauer IX, nº 3: Governança Global. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, p. 142.

¹⁴⁷ O caso pioneiro a tratar deste tema foi o do Estreito de Corfu de 1948, e apenas em 2007 a CIJ reconheceu uma demanda fundamentada no *forum prorogatum* no caso da França vs. Djibouti.

¹⁴⁸ BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional*. 1ª ed. Belo Horizonte: CEDIM, 2005, pp. 238 - 245.

¹⁴⁹ Artigo 34, parágrafo 1º e 36, parágrafo 6º do ECIJ.

¹⁵⁰ “Processualmente, as objecções dirigidas pelo Estado arguido à jurisdição do Tribunal exprimem-se pela via de *excepções preliminares* relevando sobre a *incompetência do juiz* e sobre a *inadmissibilidade do processo*.” DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 792.

¹⁵¹ Capítulo II do ECIJ.

¹⁵² Neste sentido, “Razões cogentes que poderiam fazer com que a Corte declarasse a si mesma incompetente englobam, por exemplo, vícios dentro de sua jurisdição *ratione personae*, como um consentimento ineficaz de um Estado-parte. Hoje, é pacífico na doutrina e na jurisprudência a discussão sobre a natureza das questões debatidas na CIJ, e se aceita que este tribunal julgue demandas independente de seu caráter político ou jurídico, justamente devido à impossibilidade real de essas esferas serem separadas. Veja o caso das Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua, CIJ, Rec. 1984.” VIEIRA, Daniela Rodrigues; BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça: o papel e perspectivas atuais*. In: Cadernos Adenauer IX, nº 3: Governança Global. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, p. 143.

câmara e o Presidente¹⁵³ -, sendo o processo compreendido em duas fases¹⁵⁴: debates orais e instrução escrita^{155 156}.

A execução de sentença é responsabilidade do Conselho de Segurança da ONU¹⁵⁷, há quem diga que isto pode ser considerado uma falha na marcha processual da CIJ.

Notam-se dois aspectos frágeis no que se refere ao trâmite processual, quais sejam, a falta da previsão de recursos, e a inexistência de uma fase própria para a execução de sentença¹⁵⁸.

Com o tempo os Estados passaram a ter mais confiança nas decisões da CIJ, apesar de não se encontrar em nenhum Estatuto as medidas necessárias à execução das sentenças por ela prolatadas¹⁵⁹. A comunidade internacional é descentralizada, não tendo desenvolvido instrumentos para coerção para que as decisões fossem realmente cumpridas. Mas, pode-se pensar que devido a maior confiança depositada nesta Corte, maior segurança os Estados teriam que cumprir as decisões. Tema que será melhor explorado no último capítulo deste trabalho.

A despeito disso, a sentença da CIJ é obrigatória e definitiva¹⁶⁰ para os Estados, sendo possível apenas o pedido de esclarecimento, para que haja a interpretação

¹⁵³ GOUVEIA, Jorge Barcelar. *Manual de Direito Internacional. Introdução, fontes, relevância, sujeitos, domínio, garantia*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 615.

¹⁵⁴ Artigo 43 do ECIJ.

¹⁵⁵ Segundo Jorge Barcelar Gouveia, o processo da CIJ pode ser compreendido em três fases, quais sejam: a fase dos articulados, onde há a delimitação das partes, do objeto, do pedido e da causa de pedir do processo; a fase do julgamento, que seria a apreciação do plenário; e, na fase da sentença, profere-se a decisão do litígio. GOUVEIA, Jorge Barcelar. *Manual de Direito Internacional. Introdução, fontes, relevância, sujeitos, domínio, garantia*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 616.

¹⁵⁶ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 791.

¹⁵⁷ Artigo 94, nº 2 da CONU.

¹⁵⁸ A revisão de sentença pode ser feita, em caráter excepcional, nos termos do Artigo 61 do ECIJ.

¹⁵⁹ VIEIRA, Daniela Rodrigues; BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça: o papel e perspectivas atuais*. In: Cadernos Adenauer IX, nº 3: Governança Global. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, p. 149.

¹⁶⁰ Artigo 94, § 1º, da CONU e artigo 60, primeira parte, do ECIJ.

de algum ponto não cognoscível¹⁶¹. Assim, existe a impossibilidade jurídica de trazer questões já decididas a título irrevogável¹⁶².

Vale destacar que a CIJ vem sofrendo várias transformações, tanto no aspecto processual quanto nos fundamentos de suas decisões. Isto se deve principalmente pelo aumento de demandas submetidas à Corte. Outro ponto que ganhou muita relevância são as medidas cautelares na Corte, que alcançaram o patamar de decisões vinculantes em 2001¹⁶³.

Apesar de no ano de sua criação a CIJ ser o único órgão internacional em atividade, a criação de outros tribunais não atrapalhou ou mudou seu papel com o passar do tempo¹⁶⁴. A relação entre esses tribunais é cooperativa, como com o Tribunal Penal Internacional^{165 166}.

A competência consultiva da CIJ não será aqui explorada, por não ser objeto desta dissertação.

Esta Corte com o passar do tempo assumiu um papel importante na manutenção da paz e segurança internacional¹⁶⁷.

¹⁶¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.177

¹⁶² Artigos 59 e 60 do ECIJ. O artigo 59 pode ser visto como a base para o provérbio *res inter alios neque nocet prodest*, pois quando um Estado não é parte da disputa, a decisão jurisdicional não existe para ele.

¹⁶³ Caso LaGrand para com a interpretação do artigo 41 do ECIJ.

¹⁶⁴ VIEIRA, Daniela Rodrigues; BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça: o papel e perspectivas atuais*. In: Cadernos Adenauer IX, nº 3: Governança Global. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, p. 154.

¹⁶⁵ O Tribunal Penal Internacional é a primeira Corte Penal Internacional permanente. Está localizado em Haia desde 2002, conforme Artigo 3º do Estatuto de Roma.

¹⁶⁶ VIEIRA, Daniela Rodrigues; BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça: o papel e perspectivas atuais*. In: Cadernos Adenauer IX, nº 3: Governança Global. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, p. 154.

¹⁶⁷ VIEIRA, Daniela Rodrigues; BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça: o papel e perspectivas atuais*. In: Cadernos Adenauer IX, nº 3: Governança Global. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, p. 141.

2.2. A evolução da Corte Internacional de Justiça em relação aos direitos humanos

Os temas apreciados na CIJ são diversos^{168 169}. Os mais clássicos são os debates por fronteiras marítimas e territoriais. O direito humanitário, o genocídio, o meio ambiente e os direitos humanos também são objeto de apreciação por esta Corte, e vem ganhado seu espaço.

Nas últimas décadas ocorreu um grande avanço em relação a proteção internacional dos direitos humanos^{170 171}. Assim, pode-se notar que o número de casos de violação desses direitos que fazem os Estados acionarem a CIJ aumentou. Crescente, aliás, foi o número de tratados bilaterais e/ou multilaterais tendo como temática os direitos humanos que com a cláusula compromissória preveem a competência da CIJ para resolução de litígios¹⁷².

A agenda de proteção de direitos humanos fundamentais está mais do que nunca em voga.

A própria Corte Permanente de Justiça Internacional, tribunal anterior à CIJ, já havia tratado de algumas questões referentes a direitos humanos, mesmo que de

¹⁶⁸ SCHWEBEL, Stephen M. *Human Rights in the World Court*. In: PATHAK, R. S.; DHOKALIA, R. P. *Essays in Memory of Judge Nagendra Singh*. Dordrecht: Martin Nijhoff Publishers, 1992.

¹⁶⁹ RIETER, Eva R.. *International Human Rights Law and the International Court of Justice*. Radboud University Nijmegen - Faculty of Law, January 18, 2014. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2393651>>. Acesso em 04 de abr. de 2020.

¹⁷⁰ Direitos Humanos, em rápida síntese, são aqueles gravados em tratados ou advindos de costumes internacionais, e possuem características próprias que os diferenciam dos demais direitos, tais como a universalidade, a irrenunciabilidade, a vedação ao retrocesso e a inexauribilidade. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 896 - 901.

¹⁷¹ “Os direitos humanos são hoje uma categoria jurídica. Cada direito humano constitui um determinado tipo de *standard* normativo e implica uma relação de Direito Público entre seres humanos e autoridades públicas com vista a prosseguir os valores humanos fundamentais e a proteger as necessidades contra a interferência das autoridades públicas. (...). As normas de direitos humanos criam e regulam uma relação de Direito Público não individualizada bilateralmente, uma relação jurídica que reconhece direitos e impõem obrigações.” MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Edições Almedina, 2012, pp. 83 - 84.

¹⁷² THOMAS, Letícia Borges. *A possibilidade de adoção, pela Corte Internacional de Justiça, de uma abordagem mais humanista quanto à sua jurisdição nos casos que envolvam normas peremptórias e jus cogens*. In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 14, p. 197, dez. 2014. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/271>>. Acesso em: 18 de abr. de 2020.

forma indireta. Por exemplo o caso de seu parecer sobre a jurisdição dos Tribunais de Danzig¹⁷³, onde houve o reconhecimento da possibilidade de tratados internacionais estabelecerem diretamente direitos aos indivíduos^{174 175}.

De modo a corroborar com a afirmação de que os direitos humanos ganharam espaço na CIJ, a narrativa a seguir passará por alguns casos que comprovam isto.

O caso do estreito de Corfu¹⁷⁶ é um exemplo da evolução da discussão de casos de violação de direitos humanos na CIJ. Considerado um dos incidentes iniciais da Guerra Fria, em outubro de 1946, dois navios do Reino Unido - sem prévia notificação - adentraram o território Albanês. Um dos navios colidiu com uma mina e ficou danificado. Um segundo navio enviado para auxiliar o primeiro igualmente encontrou uma mina, e além de sofrer danos, perdeu 45 marinheiros ingleses.

Em maio de 1947, a Albânia interceptou dois navios britânicos e disparou contra eles. A justificativa da Albânia foi a de que o Reino Unido entrou em seu território sem avisá-la previamente, e, em contrapartida, este Estado defendeu que a passagem fosse garantida internacionalmente. Após o ocorrido, o Reino Unido enviou uma nota à Albânia avisando que iria desativar as minas do Canal, e mesmo sem autorização, ele realizou a operação. Para a Albânia esta atitude violou a soberania de seu país. O Reino Unido apresentou queixa à CIJ, acusando a República Popular da Albânia de ter permitido ou, até mesmo, colocado minas, mesmo após uma operação que teria ocorrido para retirá-las.

Este caso gerou três acórdãos, sendo que em um deles a Corte declarou que a Albânia era responsável pelos danos ocorridos, mesmo afastando a questão de que este Estado teria colocado ou permitido a implantação das minas. A CIJ resolveu que a Albânia deveria necessariamente notificar os navios da existência de minas em suas águas, obrigação esta decorrente dos princípios de Direito Internacional. Desse modo, a Albânia foi declarada culpada pelas explosões, devendo indenizar o Reino Unido

¹⁷³ Jurisdiction of the Courts of Danzig, Advisory Opinion, 1928 P.C.I.J. (ser. B) No. 15 (Mar. 3). Disponível em <http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1928.03.03_danzig.htm>. Acesso em 04 de abr. de 2020.

¹⁷⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 104.

¹⁷⁵ Destaca-se que este exemplo é importante no que diz respeito ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois concede a proteção internacional aos indivíduos.

¹⁷⁶ Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), International Court of Justice. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/en/case/1/judgments>>. Acesso em 04 de abr. de 2020.

pela reparação e pelas mortes dos marinheiros ingleses. Por outro lado, o Reino Unido também foi considerado culpado por invasão ao território Albanês, mas não sofreu nenhuma penalidade pelo desrespeito à soberania do outro Estado.

O caso do estreito de Corfu foi o primeiro a ser levado à CIJ que resultou na reparação de danos de um Estado para outro.

O Parecer Consultivo de 1951 da CIJ¹⁷⁷ a respeito da Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio da mesma forma é ponto fundamental para o DIDH, pois determinou que os princípios de proteção insertos nesta convenção são reconhecidos pela sociedade internacional, mesmo sem que haja obrigação proveniente desta Convenção¹⁷⁸. O seu caráter e suas propostas devem ser sempre levados em consideração.

Dentre vários outros casos que passaram pela CIJ com o viés temático de direitos humanos, o caso da equipe diplomática dos Estados Unidos no Teerã – que será pormenorizado em outro capítulo -, onde aconteceu a privação de liberdade dos indivíduos^{179 180 181}, se mostra também importante tendo em vista que não ocorreu apenas a constatação da violação de direitos humanos, mas ainda o reconhecimento de direitos de indivíduos no caso concreto.

A questão sobre o muro construído em território Palestino por Israel¹⁸², mais recentemente, desencadeou do mesmo modo grande debate sobre a matéria de Direitos Humanos perante a CIJ. E este foi um dos pareceres consultivos mais importantes dados por esta Corte.

Notório que as disputas nesses territórios são antigas, e têm aspectos religiosos, culturais e históricos. Depois de anos de ataques recíprocos, Israel

¹⁷⁷ Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 28 May 1951, International Court of Justice. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/en/case/12>>. Acesso em 04 de abr. de 2020.

¹⁷⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 105.

¹⁷⁹ United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), International Court of Justice, International Court of Justice. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/en/case/64>>. Acesso em 04 de abr. de 2020.

¹⁸⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77.

¹⁸¹ CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 140 - 141.

¹⁸² Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, International Court of Justice. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/en/case/131>>. Acesso em 04 de abr. de 2020.

construiu muros de separação entre Judeus e Árabes, sustentando que serviriam para sua própria proteção. Ainda neste contexto, a recomendação da ONU de 1947 de repartição do território da Cisjordânia entre eles não tinha sido cumprida, bem como o não levantamento de muros. A Corte entendeu que ocorreu violação destes direitos, declarando ilegal a construção do muro na Cisjordânia, em razão do desrespeito à liberdade de circulação, ao direito à saúde, educação e trabalho (descumprimento de Leis Humanitárias e Internacionais, além da Quarta Convenção de Genebra sobre a Proteção de Civis em tempo de guerra). A Corte determinou que Israel parasse a construção dos muros em territórios Palestinos, e destruísse os que já tinha levantado¹⁸³.

Merece destaque, ainda, o caso Bósnia e Herzegovina vs. Sérvia e Montenegro¹⁸⁴ que foi julgado pela CIJ em 2007. A Bósnia apresentou queixa em face da Sérvia alegando violação da Convenção pela Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, e a CIJ não reconheceu que a Sérvia teria responsabilidade direta no genocídio de muçulmanos Bósnios (massacre de Srebrenica), mas condenou este Estado por não prevenir o referido crime¹⁸⁵. A CIJ afirmou que a Sérvia poderia ter utilizado sua influência para ter impedido as mortes.

Passando por estes e outros casos, percebe-se que a partir de meados de 2008, a CIJ vem se consolidando na área de Direitos Humanos, demonstrando o alargamento desta matéria no que se refere ao Direito Internacional, com destaque à jurisprudência após a integração à Corte do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade¹⁸⁶. Ele foi reconduzido em 2018 para continuar como membro da Corte. Por ser um autor de diversas obras jurídicas voltadas para os Direitos Humanos no cenário internacional, este juiz exerce forte influência nessa área à CIJ, sempre refletindo em suas decisões esta temática.

¹⁸³ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 108.

¹⁸⁴ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina vs. Serbia and Montenegro), International Court of Justice. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/en/case/91/judgments>>. Acesso em 04 de abr. de 2020.

¹⁸⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 108.

¹⁸⁶ Por exemplo, ver Parecer Consultivo sobre a declaração de independência do Kosovo, onde Cançado avalia não apenas temas de Direito Internacional Geral, mas questões relacionadas à Direitos Humanos (incorporação do “*status conscientiae*”). Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina vs. Uruguay), International Court of Justice.

Como foi visto, portanto, a CIJ vem se posicionando em muitos casos de violação de direitos humanos, levando em consideração inclusive direitos individuais.

A sentença proferida em 2012 sobre o caso da Bélgica vs. Senegal¹⁸⁷, mais recentemente, da mesma forma, demonstrou uma preocupação da Corte com relação às massivas violações de direitos Humanos – massacres, execuções sumárias, detenções, perseguições – ocorridas durante o regime de Habré no Chade.

Hissène Habré foi presidente do Chade entre 1982 e 1990, e nesse período instituiu uma ditadura repleta de violações de direitos humanos, torturando e executando as pessoas que se opusessem ao seu regime. Logo após ser deposto, recebeu asilo político no Senegal, e este Estado por ser signatário da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU, tinha a obrigação de instaurar uma demanda no caso de Habré. Apesar desse dever, Senegal afirmou que não possuía competência para julgar chefes de Estado por situações que tivessem acontecido durante seu mandato. A Bélgica entrou no caso quando vítimas com dupla cidadania acionaram a Justiça belga. Em 2005, com o pedido de extradição negado, a Bélgica acionou a CIJ para ter o caso de Habré apreciado. A Corte determinou que o Senegal julgasse o ex-presidente ou o extraditasse para um país que tivesse competência para fazê-lo¹⁸⁸ (obrigação *aut dedere aut judicare*), pois não o fazendo estava descumprindo uma obrigação internacional.

Em maio de 2016 Habré foi condenado à prisão perpétua por crimes contra a humanidade pelo Tribunal Penal Especial - Câmaras Africanas Extraordinárias criado no Senegal, com ajuda financeira dos EUA e da União Europeia. Este caso demonstra como a Corte tem poder internacional para assegurar a defesa de direitos humanos, e reafirmou o dever internacional de persecução criminal nos casos de punição de infrações penais graves. Ademais, expôs a importância dos tribunais nacionais, inclusive com a reorganização do Sistema Africano de Direitos Humanos nesta ocasião.

¹⁸⁷ Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), International Court of Justice. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/case/144>>. Acesso em 20 de abr. de 2020.

¹⁸⁸ Pela Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, da Organização das Nações Unidas, um país é competente para exercer a jurisdição nesses casos quando: (i) o crime foi cometido em seu território; (ii) a nacionalidade do acusado ou da vítima é deste Estado; e/ou (iii) o acusado é encontrado circulando pelo país.

Nota-se, portanto, que a CIJ por vezes extrapola o clássico enfoque interestatal, e coloca os indivíduos que tiveram seus direitos violados como ponto central, e não necessariamente seus Estados, preconizando uma justiça universal independente do tempo e do território.

2.3. O acesso

Neste tópico, será explorado o direito fundamental ao acesso à justiça, como premissa de um Estado justo; a inserção do indivíduo no Direito Internacional, explicitando qual a sua posição perante órgãos internacionais e disputas entre Estados; e, por fim, qual a relação entre o indivíduo e seu acesso à Corte Internacional de Justiça. Esse acesso é garantido, tendo em vista que esta Corte é destinada a Estados?

2.3.1. O direito fundamental de acesso à justiça

Atualmente grande parte das normas internacionais dizem respeito à promoção e à proteção dos direitos humanos, tendo como objetivo salvaguardar os direitos da pessoa humana independente de qualquer situação¹⁸⁹.

Mas nem sempre foi assim.

A partir da Segunda Grande Guerra Mundial os olhares se voltaram para os direitos do homem, e sua proteção começou a ser pensada inclusive além das fronteiras do Estado. Identificamos algumas importantes expressões anteriores, como

¹⁸⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 895.

a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão e o Pacto das Nações Unidas^{190 191}.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos^{192 193 194} nasce em razão da constante violação dos direitos humanos, mormente no período pós-guerra, a partir do afunilamento das relações internacionais entre países, tendo em vista a globalização e os seus objetivos em comum¹⁹⁵.

O indivíduo já era visto como um detentor de direitos e deveres, mas não havia a pertinente tutela destes num cenário internacional, como já visto no capítulo anterior na evolução dos direitos fundamentais. Com o passar do tempo o indivíduo torna-se central nos fins do Estado, conquistando, então, seu espaço, tornando imperiosa, hodiernamente, a análise de seu ato de vontade com relação à defesa de seus direitos frente à apreciação de um Tribunal Internacional.

O reconhecimento da existência do aspecto dos Direitos Humanos inserido no Direito Internacional já se demonstrou importante, pois a partir disto se percebe a caracterização do indivíduo como sujeito deste, não apenas como elemento passivo, mas igualmente como indivíduo ativo para demandar perante Cortes Internacionais.

¹⁹⁰ MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Edições Almedina, 2012, pp. 100 - 109.

¹⁹¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 13 - 82.

¹⁹² Frisa-se, contudo “que o DIDH vai construir seus alicerces com base em princípios distintos dos que imperam no Direito Internacional clássico, o que se vai repercutir na sua autonomia dogmática.” MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Edições Almedina, 2012, p. 87.

¹⁹³ Em suma, o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem como objetivo a tutela de todos os indivíduos, sem exceções, através de uma sistemática internacional de preservação, onde se possibilita a responsabilização dos Estados. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pp. 907 - 908

¹⁹⁴ “É o conjunto de regras jurídicas internacionais, quaisquer que seja a fonte de onde emanam, que reconhecem, sem discriminação, aos indivíduos direitos e faculdades que asseguram a liberdade e a dignidade da pessoa humana e que beneficiam de garantias institucionais. (...) O DIDH está, portanto, intimamente associado à afirmação da subjectividade internacional do indivíduo.” MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Edições Almedina, 2012, p. 82.

¹⁹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 904.

Vê-se a proteção interna e internacional de Direitos Humanos^{196 197}, assim como já demonstrado em alguns casos na Corte. Cabe desse modo dar atenção à questão do direito fundamental ao acesso à justiça^{198 199}, antes de propriamente falar em acesso à CIJ.

O conceito é recente, principalmente no que diz respeito ao acesso a uma ordem jurídica justa. Essa temática é importante tanto para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, como para o Direito Processual de cada Estado, sendo, pois, um instrumento para a efetivação da justiça^{200 201}. Com o avanço desta esfera, há sempre a busca pelos Direitos Humanos, reformulando-se a ideia de que o processo seria apenas um instrumento do direito material²⁰².

A noção de acesso à justiça se modificou com o tempo, e pode-se verificar uma multiplicidade conceitual do termo²⁰³. Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth,

a expressão 'acesso à Justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser

¹⁹⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 895.

¹⁹⁷ SHELTON, Dinah L. *Protecting Human Rights in a Globalized World*. 25 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 273 (2002). Disponível em <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol25/iss2/7>>. Acesso em 20 de abr. de 2020

¹⁹⁸ FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 108 - 109.

¹⁹⁹ Vide, inclusive, a definição do Artigo 1 da Resolução AG/RES. 2656 (XLI-0/11) da Organização dos Estados Americanos.

²⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 13.

²⁰¹ COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar Soc. Anôn. Editores, 1978, p. 194.

²⁰² "... o processo se traduz em instrumento da proteção judicial, com o acesso à ordem jurídica justa e se coloca como uma das bases da organização das sociedades modernas, alçada em nível de direito fundamental, e passa a ser objeto das mais importantes Declarações de Direito baseada no respeito aos Direitos" SOUSA, Aiston Henrique de. *A garantia do acesso à justiça na Corte Interamericana de Justiça no Tribunal Europeu de Direitos Humanos*. Relatório de doutoramento para a cadeira de Direitos Fundamentais apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Orientador Professor Doutor José Manuel Ribeiro Sérulo Correia, Lisboa: [s.n.], 2006, p. 22.

²⁰³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 6

igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos.²⁰⁴

O acesso à justiça não é meramente o acesso aos tribunais. Este pode até englobar aquele, mas igualmente a concepção se refere ao direito do indivíduo de propor e responder um processo, a proteção judicial, bem como exigir uma ordem jurídica justa como pilar de um Estado de Direito²⁰⁵. Aliás, os mecanismos que facilitam o ingresso ao Poder Judiciário também fazem parte desta concepção, bem como o caminho justo por todo o procedimento, incluindo a execução judicial. Este termo abarca ainda o acesso às diretrizes e informações de cunho jurídico a todas as pessoas, de forma que conheçam seus direitos e deveres.

De maneira ampla, é um direito fundamental de tutela jurisdicional justa e efetiva, por meio da qual o cidadão pode buscar a proteção de seus direitos violados. Este se relaciona com múltiplos direitos inerentes ao homem, como a isonomia entre as partes e o devido processo legal, sendo que o seu desrespeito implica, da mesma forma, o desrespeito à diversos direitos do homem.

Aliás, denegar o acesso à justiça a qualquer indivíduo seria retirar diversas outras garantias do próprio ser humano²⁰⁶ e um desrespeito ao Estado democrático de direito ²⁰⁷.

Nos séculos XVIII e XIX entendia-se que a proteção judicial era um direito natural, sendo apenas um direito do ofendido a demandar ou responder uma ação, e, sendo assim, seria dispensável a intervenção Estatal. Com os direitos humanos em

²⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 9.

²⁰⁵ SOUSA, Aiston Henrique de. *A garantia do acesso à justiça na Corte Interamericana de Justiça no Tribunal Europeu de Direitos Humanos*. Relatório de doutoramento para a cadeira de Direitos Fundamentais apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Orientador Professor Doutor José Manuel Ribeiro Sêrvulo Correia, Lisboa: [s.n.], 2006, pp. 21 - 22

²⁰⁶ DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: contributo para um fundamento constitucional no processo civil*. Tese de mestrado em Ciências Jurídicas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Orientador Professor Doutor Paulo Otero, Lisboa: [s.n.], 2002, pp. 18 - 21.

²⁰⁷ “Na persecução dos fins do Estado, notadamente da justiça, estão envolvidas todas as suas funções, inclusivamente a jurisdicional, as quais devem atuar de maneira harmonicamente concertada. Aquele fim (justiça) se realiza, especialmente, por intermédio de um processo substancialmente justo, à medida que o procedimento pode condicionar o resultado”. DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: contributo para um fundamento constitucional no processo civil*. Tese de mestrado em Ciências Jurídicas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Orientador Professor Doutor Paulo Otero, Lisboa: [s.n.], 2002, p. 73

destaque, o Estado passa a desempenhar papel mais ativo na proteção destes. A partir disso o direito ao acesso efetivo à justiça ganha relevância, e atualmente é visto como premissa fundamental de um sistema jurídico moderno na tutela de direitos.

A propósito, apenas depois da solidificação de um Estado de Direito é que se percebe o acesso à justiça como um direito do indivíduo, este que, por sua vez, possui perspectivas na prestação do Estado.

Neste aspecto, destaca-se que grande parte dos Estados são dotados de soberania internacional, sendo iguais, tendo liberdade e, ao mesmo tempo, direitos e deveres^{208 209 210}. Não obstante, com a crescente preocupação com os direitos humanos no âmbito internacional a teoria da soberania estatal absoluta perde força, sendo limitada pela tutela destes direitos²¹¹.

Na esfera internacional²¹² este conceito é encontrado principalmente relacionado a um ato de vontade do indivíduo e, em contrapartida, uma apreciação de

²⁰⁸ “A soberania internacional dos Estados acarreta consigo um feixe de situações jurídicas que importa enumerar: - direitos: a não sujeição orgânica dos Estados a outros sujeitos; a presunção de regularidade dos respectivos actos; a sua autonomia constitucional na respectiva organização política; - deveres: o respeito pelo Direito Internacional; a proibição de ingerência em assuntos internos; a proibição do uso da força, salvo em legítima defesa; o dever de cooperação internacional.” GOUVEIA, Jorge Barcelar. *Manual de Direito Internacional Público*. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 519.

²⁰⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 452.

²¹⁰ PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. Lisboa: Almedina, 2011, pp. 327 - 346.

²¹¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 908.

²¹² Para análise de alguns dispositivos sobre o tema: artigos 8º e 10 da Declaração Universal de Direitos Humanos; artigo 14, parágrafo 1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; artigos 6 e 13 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; artigos 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Resolução AG/RES. 2656 (XLI-0/11) da OEA; artigo 13 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; artigo 37, “d” da Convenção sobre os Direitos das Crianças; artigo VI da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação.

um tribunal, mesmo que não haja um impulso direto dele, ou seja, há uma garantia judicial^{213 214}.

O acesso à justiça é requisito fundamental para a construção de um regime jurídico igualitário que tenha como escopo a garantia dos direitos fundamentais. Nota-se, portanto, a sua importância, devendo mesmo ser homenageado em diversos documentos internacionais, e observada por todos os Estados.

2.3.2. O indivíduo como sujeito do Direito Internacional

Em sua obra, Jorge Miranda explica que

o Direito Internacional nunca deixou de se ocupar dos indivíduos, das pessoas singulares, pelo menos quando inseridos em certas situações²¹⁵

Enumera exemplos dessa preocupação com os indivíduos como a

proteção diplomática, as imunidades diplomáticas, o estatuto dos Chefes de Estado e de Governo e dos Ministros dos Negócios Estrangeiros, o regime

²¹³ Nesta perspectiva, ilustra-se com o caso *Golder vs. Reino Unido* (CEDH, *Golder vs. Reino Unido*, parágrafos 26-40, Plenary, JD 21.02.1975), onde a Corte reconheceu que o acesso ao judiciário é um direito tácito contido no Direito Processual de sua Convenção (artigo 6º), sendo basilar a sua observação para existência das próprias regras da Corte (“*right of access to a court*”). Nesse sentido, “the overriding function of this Convention is to protect the rights of the individual and not to lay down as between States mutual obligations which are to be restrictively interpreted having regard to the sovereignty of these States. On the contrary, the role of the Convention and the function of its interpretation is to make the protection of the individual effective. It is true that it represents only the ‘first steps’ for the enforcement of human rights as the Preamble says. But this fact cannot be relied upon to justify restrictive interpretations running contrary to its overall purpose.” European Commission of Human Rights, Application no. 4451/70, *Golder vs. The United Kingdom*, Report of the Commission, p. 31. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 27 de abr. de 2020.

²¹⁴ “Refusal of access to the tribunals of a country is considered a primary manifestation of the concept of denial of justice. Most legal systems today recognize the importance of safeguarding the right of access to independent bodies that can afford a fair hearing to claimants who assert an arguable claim that their rights have been infringed” SHELTON, Dinah L. *Remedies in International Human Rights*. GW Law School Public Law and Legal Theory Paper No. 2013-56. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2235195>>. Acesso em 20 de abr. de 2020.

²¹⁵ MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 174.

de cidadania e de estrangeira, determinadas regras de Direito da Guerra e, mais recentemente, e sobretudo, a proteção internacional dos direitos do homem²¹⁶

Notória é, portanto, a preocupação do Direito Internacional não só com os Estados.

Contudo, esta seara - que nasce a partir do intento dos Estados – trouxe o afastamento do indivíduo como sujeito direto do sistema internacional²¹⁷. O indivíduo possui relevância jurídica, o que é diferente de personalidade jurídica. O tratamento da pessoa como tal ou enquanto investido de determinada função não corresponde automaticamente a consideração desta como sujeito no sentido firme do termo²¹⁸.

Os Estados são, portanto, os principais sujeitos de Direito Internacional, operando estes dentro de limites para que se mantenha a ordem internacional²¹⁹. O indivíduo é sujeito de obrigações e direitos internacionalmente, mas não pode ser considerado como sujeito esta esfera por não ter capacidade na celebração de tratados internacionais²²⁰, por exemplo.

O reconhecimento da personalidade jurídica internacional do indivíduo, em que pese todo o desenvolvimento do Direito Internacional em relação ao acesso às Cortes, é limitado e precário. Limitado, pois na maioria dos sistemas os indivíduos não possuem o acesso direto às Cortes, mas sim a organismos internacionais quase judiciais que decidem se irão prestar queixa ou não; e precário visto que a capacidade de agir individual é, via de regra, de adesão facultativa nos diversos Tratados, sem falar que os Estados podem revogar expressamente tal possibilidade²²¹.

²¹⁶ MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 174.

²¹⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 343

²¹⁸ MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 174.

²¹⁹ CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional no tempo clássico*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 384.

²²⁰ PETIOT, Patrick. *A Responsabilidade Internacional do Estado Brasileiro por Violação de Direitos Humanos: o Pagamento de Reparações*. In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. nº 7, dez. 2006, p. 132. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/98>>. Acesso em: 06 de abr. de 2020

²²¹ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 345

No que diz respeito a esta dissertação vale mencionar que os Estados têm aceitado modificações evolutivas dos mecanismos coletivos de julgamentos internacionais de Estados por violações de direitos humanos visando aumentar a sua proteção²²², e admitindo-se que as violações mais graves demonstraram a necessidade de reorganização de alguns aspectos do ordenamento internacional.

Exemplo disso, importante a análise do acesso individual à Corte Interamericana de Direitos Humanos e à Corte Europeia de Direitos Humanos, proporcionando uma visão mais ampla deste tema.

Sem se ater à história e pormenores da Corte Europeia de Direitos Humanos, entre os sistemas regionais de proteção de direitos humanos este é o mais consolidado, e é natural que influencie os demais²²³.

Na concepção da primeira Convenção Europeia, o acesso à CEDH se limitava aos Estados-partes e à Comissão Europeia. O indivíduo que se considerasse vítima de alguma ofensa por alguma das Partes Contratantes deveria formalizar uma queixa perante o Secretário-Geral do Conselho da Europa. A Comissão detinha a competência para conhecer deste requerimento, desde que a parte contratante tivesse reconhecido expressamente a competência da Comissão para tanto.

Vê-se um Tribunal de Estados, portanto.

O juiz Cançado Trindade ressalta que desde os primeiros casos contenciosos a CEDH já se discutia a artificialidade desse sistema de intervenção da Comissão²²⁴, e nesse sentido têm-se os casos *Lawless vs. Irlanda* (1957 - 1961)²²⁵ e *Vagrancy vs. Bélgica* (1970)²²⁶. Apesar de o indivíduo não poder demandar diretamente a esta

²²² “Logo, tendo em vista que o agir do indivíduo perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos favorece uma maior proteção desses direitos, não há por que negar a personalidade jurídica internacional do indivíduo” RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 346

²²³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 73.

²²⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade Quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional*. In: *Direito internacional dos direitos humanos II*. Org. CONPEDI/UFMG/FUMEC. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 284.

²²⁵ Neste caso foi proferida a primeira decisão envolvendo a interpretação de direitos humanos, em face de um Estado. A Corte passou a receber, por meio dos delegados da Comissão Europeia, argumentos escritos dos próprios demandantes. *Case of Lawless vs. Ireland*. European Court of Human Rights, 1961.

²²⁶ A CEDH aceitou a solicitação da Comissão para dar a palavra a um advogado dos três demandantes, que apresentou críticas à opinião dada pela Comissão no relatório ofertado à Corte.

Corte, ele possuía o direito de estar em juízo e de ser parte no processo, prerrogativa alcançada com uma reforma no Regulamento em 1982.

Finalmente, passando pelo Protocolo nº 9 de 1990, já com avanços ao acesso individual, em 1998 entrou em vigor o Protocolo nº 11 da CEDH, que possibilitou ao indivíduo demandar em nome próprio na esfera internacional²²⁷. Esta foi uma conquista importante no que diz respeito ao acesso e notadamente à proteção de direitos humanos.

Registre-se que não somente se permitiu o acesso individual por este protocolo, mas consagrou-se uma nova sistemática que fortificou a justicialização do sistema europeu: à Comissão e a Corte sobreveio a nova CEDH, que possui competência para realizar juízo de admissibilidade e de mérito de todos os casos que a elas são submetidos.²²⁸

O Protocolo também retirou a cláusula voluntária de jurisdição, passando a imperar a cláusula obrigatória com aplicação automática. É inegável o benefício trazido, embora do mesmo modo tenha representado um grande desafio à CEDH. Na sistemática anterior, nem todos os casos eram submetidos à análise da Corte. Na década de 1960, por exemplo, apenas dez decisões foram proferidas, subindo para 26 na década de 1970, 169 na década de 1980 e, então, 800 na década de 1990²²⁹.

Em virtude do aumento vertiginoso de casos submetidos à CEDH, chegando a 143.000 no ano de 2012, foi adotado já em 2010 o Protocolo nº 14 que trouxe novos critérios de admissibilidade das petições²³⁰, a fim de assegurar maior seletividade e propiciar maior eficiência às decisões proferidas.

²²⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 343.

²²⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 77.

²²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 78.

²³⁰ “Os motivos da inadmissibilidade são os seguintes: 1) ausência de esgotamento dos recursos internos; 2) perda do prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva para peticionar à Corte EDH; 3) anonimato da petição; 4) coisa julgada, caso a petição seja essencial, idêntica a uma petição anteriormente examinada pela Corte ou já submetida a outra instância internacional de direitos humanos sem qualquer fato novo; 5) teor incompatível com o disposto na Convenção ou manifestamente mal fundada ou com caráter abusivo; e, finalmente, 6) não ocorrência de qualquer prejuízo significativo ou matéria de grave indagação, salvo se o respeito pelos direitos exigir uma apreciação da petição.” RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 180.

Tem-se o notável avanço com relação ao acesso do indivíduo à CEDH, em contrapartida surgiram questões que acabam por criar outros tipos de problemas, como o excesso de processos e o aumento considerável dos requisitos para admissibilidade de queixas.

Já com relação à Corte Interamericana de Direitos Humanos, observa-se uma situação um pouco diferente.

Nota-se que a região latino-americana, sobre a qual se expande a Convenção Americana de Direitos Humanos - também designado Pacto de San José da Costa Rica, ratificada por 25 membros da Organização dos Estados Americanos -, possui seus próprios desafios, como o de romper com o legado da cultura autoritária ditatorial e consolidar o regime democrático, com o pleno respeito aos direitos humanos²³¹.

Isso demonstra que as bases lançadas para um Direito Internacional possuem suas próprias peculiaridades, o que impede uma comparação imediatamente idêntica com o sistema Europeu, todavia não afasta o problema intrínseco da evolução deste ramo no que tange à exclusão da participação direta do indivíduo nos processos das Cortes correspondentes.

De modo similar ao que se vê na CIJ, apenas os Estados que reconheçam a jurisdição da CIDH e da Comissão podem demandar em face de outros Estados, e dessa forma, os indivíduos dependem dos Estados ou da Comissão para alcançar esta Corte²³².

Os indivíduos ou grupos de indivíduos, ou ainda entidades não governamentais podem fazer comunicações à Comissão, que detém competência para analisá-las, atribuição esta reconhecida pelos Estados a se tornarem partes. Por outro lado, das conclusões da Comissão pela deflagração de processo perante a CIDH apenas se sujeitará o Estado que reconhecer, mediante declaração expressa e específica, a competência da Corte no tocante à análise do caso em face da Convenção²³³.

²³¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 87.

²³² RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 288.

²³³ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 288.

A CIDH já superou a fase de domínio integral sobre o ingresso da causa e as necessidades de sua instrução, mas estacionou no estágio visto na CEDH (1982) do *locus standi in judicio*, quer dizer, o direito de estar em juízo.

Precedentes históricos como o caso já citado de Velásquez Rodríguez vs. Honduras²³⁴, no qual a Corte verificou que escritos dos familiares e advogados das vítimas, já indicavam o alcance desse marco na CIDH. O juiz Cançado Trindade sustenta que o caso El Amparo vs. Venezuela²³⁵ marcou em definitivo esse direito, uma vez que um dos magistrados passou a dirigir perguntas aos representantes das vítimas e não aos delegados da Comissão ou aos representantes do governo²³⁶.

Deste ponto em diante, atravessando o Regulamento adotado em 1997 até a reforma do mesmo em 2001, nota-se que ainda que indivíduos ou organizações não governamentais não possam acessar diretamente a CIDH, caso a Comissão submeta algum caso a ela, tais figuras, as vítimas, seus parentes ou representantes poderão apresentar de forma independente seus argumentos, escritos e, ainda, provas.

Porém, a CIDH não desenvolveu a questão de permitir o acesso individualizado direto aos seus procedimentos.

Ainda que a questão não seja mansa e pacífica, o atual estado da CIDH recebe críticas da doutrina especializada, como fazem os autores Flávia Piovesan e Cançado Trindade. Para eles, a faculdade de se submeter à jurisdição da CIDH pelos Estados-partes demonstra um anacronismo histórico, que deve ser superado a fim de que se consagre o automatismo da jurisdição obrigatória da CIDH para todos os

²³⁴ Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=189&lang=e>. Acesso em 18 de abr. de 2020.

²³⁵ El Amparo Vs. Venezuela, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=en&nId_Ficha=271>. Acesso em 18 de abr. de 2020.

²³⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade Quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional*. In: *Direito internacional dos direitos humanos II*. Org. CONPEDI/UFMG/FUMEC. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 284.

Estados-partes da Convenção; bem como, a permissão deste acesso direto individual, representaria maior democratização do sistema^{237 238}.

Por fim, destaca-se que como consequência da incompatibilidade da teoria de responsabilidade internacional dos Estados – esta que será explicitada mais à frente - com o fundamento dos Direitos Humanos onde o indivíduo é central, a responsabilidade internacional deve ser voltada especificamente para a violação de direitos humanos²³⁹, e isto é possível inclusive com a criação destes sistemas regionais de proteção. E nada deve impedir esta salvaguarda, notadamente, nem mesmo a restrição do acesso às Cortes.

Mesmo com a criação de novos tribunais regionais para garantia e proteção de direitos humanos, a esfera de atuação da CIJ não se modificou, principalmente porque a sua competência é restrita à decisão de litígios entre Estados, sem jurisdição para intervir em questões de indivíduos diretamente²⁴⁰.

Dessa forma, já não é possível defender o monopólio estatal de titularidades de Direitos Internacionais, devendo-se reconhecer a obrigação de colocar o ser humano como centro do direito interno e do direito internacional^{241 242}.

²³⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 93.

²³⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade Quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional*. In: *Direito internacional dos direitos humanos II*. Org. CONPEDI/UFGM/FUMEC. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

²³⁹ PETIOT, Patrick. *A Responsabilidade Internacional do Estado Brasileiro por Violação de Direitos Humanos: o Pagamento de Reparações*. In: *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Nº 7, dez. 2006, p. 129. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/98>>. Acesso em: 06 de abr. de 2020.

²⁴⁰ VIEIRA, Daniela Rodrigues; BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça: o papel e perspectivas atuais*. In: *Cadernos Adenauer IX*, nº 3: Governança Global. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, p. 154.

²⁴¹ ALMEIDA, Daniela Lima de. *O acesso do indivíduo à jurisdição internacional de direitos humanos: reflexões sobre a relativização do conceito de soberania estatal*, pp. 6 – 9. Disponível on-line. Acesso em 06 de abr. de 2020.

²⁴² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del ser humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*. Disponível em <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em 06 de abr. de 2020.

2.3.3. O indivíduo e a Corte Internacional de Justiça

O fato de existirem limitações com relação ao acesso à CIJ para que haja a efetiva proteção dos direitos humanos está claro. A questão da legitimidade ativa e passiva para o alcance da Corte - a possibilidade apenas dos Estados figurarem como Parte - é, por exemplo, uma delas²⁴³.

Aliás, como já explicitado, não é qualquer Estado que é legítimo para apresentar queixa em face de outro. Caso um Estado queira demandar perante a CIJ, ambos Estados devem estar sob a sua jurisdição.

O caráter facultativo da adesão da jurisdição da CIJ²⁴⁴, bem como a impossibilidade da participação dos indivíduos diretamente nas ações, são temas que igualmente limitam à correta tutela dos direitos humanos²⁴⁵. Estes e outros são os entraves que afetam a esfera judicial desses direitos, tendo em vista que o acesso direto dos indivíduos é vital para que ocorra sua proteção²⁴⁶.

Porém, conforme os casos trazidos, fica claro que as demandas igualmente abrangem indivíduos, considerando inclusive que o Estado é constituído por pessoas²⁴⁷. Deve-se ter em consideração que o foco do Estado é a pessoa humana²⁴⁸, e dessa forma, os pleitos por ele propostos.

²⁴³ Também neste sentido, FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 111 - 112.

²⁴⁴ “A tarefa de construção de uma democracia mundial completar-se-á, necessariamente, com a organização de um Poder Judiciário forte e autônomo. Nesse sentido, é indispensável abolir a cláusula de reconhecimento facultativo da jurisdição da Corte Internacional de Justiça, nos moldes do disposto no Protocolo n. 11 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, no tocante ao Tribunal de Estrasburgo. A nenhum membro das Nações Unidas deve ser lícito subtrair-se à jurisdição da Corte, de modo a sobrepor o seu interesse próprio à realização da justiça no plano internacional.” COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 157.

²⁴⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 102 e 111.

²⁴⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 101.

²⁴⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 109.

²⁴⁸ OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais I*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, pp. 526 - 527

O Direito Internacional em sua formação e evolução encontrou na doutrina vozes que sustentavam que apenas os Estados eram sujeitos de direitos. Contudo, repisa-se que não se deve esquecer que o Estado foi criado pelos seres humanos e por eles é composto, de tal sorte que se indaga: em casos de violação aos direitos do homem, justificar-se-ia o acesso direto do indivíduo à jurisdição internacional para proteção de seus direitos, ainda que contra o próprio Estado?²⁴⁹

Pelo Direito Internacional tem-se que os Estados se obrigam a reparação de danos que eventualmente causem a outros. Como é sabido, o indivíduo²⁵⁰ possui uma posição secundária no que diz respeito à teoria da responsabilidade internacional do Estado, existindo, portanto, várias questões a respeito de sua relação com o DIDH. Quando analisada a filosofia dos direitos humanos onde o indivíduo é central, fica claro que esta teoria de responsabilidade internacional não atende este fundamento²⁵¹.

No que diz respeito à CIJ, com os Acordos Internacionais de Direitos Humanos que a colocam como competente para dirimir eventuais conflitos, a atuação desta aumentou consideravelmente, sendo que a sua participação na tutela da proteção dos direitos humanos é relevante, porém restrita como já explorado.

A questão do acesso do indivíduo à CIJ – no que se refere a questões de violação de direitos humanos -, é importante, pois a limitação deste acesso fragiliza a

²⁴⁹ NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro; NASCIMENTO, Germana Aguiar Ribeiro. *O Acesso do Indivíduo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: Direito internacional dos direitos humanos II. Org. CONPEDI/UFMG/FUMEC. Florianópolis: CONPEDI, 2015, pp. 275 - 291.

²⁵⁰ “Neste contexto, (...) o indivíduo seria política e juridicamente alocado em e/ou identificado com um local próprio: o espaço-tempo doméstico ou nacional. Seria dentro do espaço-tempo moderno do Estado-nação soberano que o indivíduo significaria sua vida política e juridicamente: seria ali que o indivíduo ser humano (o universal) se constituiria como, e confundir-se-ia com, o indivíduo cidadão (o particular). E, tal como observado por Martin Wight naquela passagem, esta seria uma das regras fundamentais da estrutura constitucional da sociedade internacional moderna “[d]esde o século dezesseis”: os indivíduos não são e nem devem ser membros da sociedade internacional, mas, sim, “sujeitos ou cidadãos de Estados soberanos”. YAMATO, Roberto Vilchez. *Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000 (República Democrática do Congo Vs. Bélgica) (14 de Fevereiro de 2002)*. In: O direito internacional em movimento: jurisprudência internacional comentada: Corte Internacional de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Org. João Henrique Ribeiro Roriz e Alberto do Amaral Júnior. 1. ed. Brasília: IBDC, 2016, p. 116.

²⁵¹ PETIOT, Patrick. *A Responsabilidade Internacional do Estado Brasileiro por Violação de Direitos Humanos: o Pagamento de Reparações*. In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Nº 7, dez. 2006, p. 129. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/98>>. Acesso em: 06 de abr. de 2020.

proteção destes. O indivíduo depende do impulso inicial de um Estado para ver sua pretensão apreciada pela Corte, bem como, deve esperar que os Estados conduzam todo o processo de acordo com os seus interesses.

Verificam-se diversas situações na condução da ação que não demonstram maiores preocupações com a proteção destes direitos, explicitando mais obstáculos à efetivação dos direitos humanos.

O abandono da causa pelos Estados configura um exemplo de barreira encontrada. No caso *Breard*²⁵², por exemplo, nítida é a preeminência dos interesses dos Estados²⁵³. O cidadão paraguaio Sr. Ángel Francisco Breard foi preso no Estado da Virgínia e condenado à morte pela prática de homicídio em 1992, sem que fosse informado de seu direito à assistência consular previsto no Artigo 36, I da Convenção de Viena sobre Relações Consulares pelos Estados Unidos da América. Sendo assim, o Estado do Paraguai prestou queixa em face dos EUA pela violação da CVRC, sendo deferida a medida cautelar requerida suspendendo a execução da pena. Contudo, o estado da Virgínia executou o Sr. Breard, em claro desrespeito à ordem da CIJ, e o caso foi arquivado por solicitação do Paraguai, pois não possuía interesse em seguir com o processo em face dos Estados Unidos.

Este foi o primeiro caso onde houve a manifestação da CIJ a respeito de violação ao direito de assistência consular²⁵⁴. Claro está que a reparação por violação de Direitos Humanos não foi feita em razão de falta de interesse estatal, ficando, os indivíduos à deriva. Não houve nenhuma reparação por violação de direitos.

Os Estados exercem o controle enquanto Partes nos procedimentos da CIJ, sendo que os direitos individuais figuram apenas como objetos da lide. Caso um indivíduo queira ver sua pretensão apreciada por esta Corte, é imperioso que seu Estado abrace sua causa e inicie uma demanda.

A possibilidade de se propor demandas pelos indivíduos já foi aprovada por esta Corte, principalmente quando da preparação de seu primeiro Estatuto, porém a

²⁵² Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay vs. United States of America), International Court of Justice. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/en/case/99>>. Acesso em 16 de abr. de 2020.

²⁵³ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 103.

²⁵⁴ HENRIQUES, Fabricio da Silva. *O desenvolvimento da proteção diplomática e da assistência consular e a contribuição da Corte Internacional de Justiça: uma análise dos casos LaGrand, Avena e Diallo*. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Brasília. Brasília, 2016, p. 70.

maioria dos membros do comitê de elaboração não foram favoráveis à implementação de ações individuais em face de outros Estados.

Aqui observa-se novamente a questão de se considerar o indivíduo como um sujeito de Direito Internacional, não apenas os Estados dotados de capacidade processual perante a CIJ.

Sendo assim, tendo em vista (i) a legitimidade restrita para o acesso à Corte; (ii) a questão de os Estados terem total controle sobre as demandas - e por vezes, como visto, sacrificam a própria luta pela violação de direitos humanos -, bem como (iii) os indivíduos não poderem fazer parte das demandas, nota-se que o acesso à justiça do indivíduo à CIJ é restrito, e se ocorre, é de forma indireta.

Apesar de se observar o crescimento da preocupação com a proteção dos direitos humanos nesta Corte, o acesso ainda é restrito. Os indivíduos não são membros da sociedade internacional, mas sujeitos ou cidadãos de Estados soberanos²⁵⁵.

2.4. Instrumento não convencional de proteção internacional dos direitos humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos não explicita meios técnicos para que a pessoa possa garantir seus direitos na prática, apenas os que devem ser garantidos pelos Estados. Em razão disso, discutiu-se em várias oportunidades a eficácia dessas normas. Neste cenário, a ONU buscou firmar convenções e pactos internacionais com o fim de tentar garantir a proteção dos direitos contidos na DUDH, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e o Pacto Internacional

²⁵⁵ YAMATO, Roberto Vilchez. *Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000 (República Democrática do Congo Vs. Bélgica) (14 de Fevereiro de 2002)*. In: O direito internacional em movimento: jurisprudência internacional comentada: Corte Internacional de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Org. João Henrique Ribeiro Roriz e Alberto do Amaral Júnior. 1. ed. Brasília: IBDC, 2016, p. 116.

dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²⁵⁶, conferindo a dimensão técnico-jurídica à Declaração.²⁵⁷

Atualmente esses tratados internacionais são a base normativa do sistema global de proteção de direitos humanos, e partir deles, observam-se os mecanismos de monitoramento desses direitos pela ONU – como os *reports*, onde os Estados relatam como estão implementando esses direitos em seu país²⁵⁸.

Além desse monitoramento (comunicações interestatais, petições individuais, entre outros), existe o monitoramento não convencional de direitos humanos, que estão fora de qualquer tratado internacional, se sustentado apenas sobre a CONU²⁵⁹.

Tendo tudo isso em vista, deve-se ficar atento a outros instrumentos de proteção internacional de direitos humanos, e, o que interessa a esta dissertação, a proteção diplomática.

Há, portanto, um espaço legal onde um indivíduo consiga chegar, mesmo que indiretamente, à Corte Internacional de Justiça.

Todo sujeito deve respeitar as regras do Direito Internacional, sejam seus nacionais ou agentes. As pessoas particulares, como já visto, não possuem personalidade jurídica internacional, não sendo titulares de direitos e obrigações nesta

²⁵⁶ “Certa corrente doutrinária, que ficou vencida à época, sustentava a confecção de um único instrumento, inclusive como meio de demonstrar a unicidade de propósitos de ambas as categorias de direitos, bem como a indivisibilidade dos direitos humanos contemporâneos. Contudo, em 1952, a Assembleia Geral da ONU decidiu pela elaboração de dois tratados, abertos simultaneamente à assinatura dos Estados, e que versassem, respectivamente, as duas categorias de direitos impressas na Declaração: os “direitos civis e políticos” e os “direitos econômicos, sociais e culturais”. A decisão contrária à elaboração de um instrumento único, segundo Lindgren Alves, “insistia nas características diferentes dessas duas categorias de direitos”, e tais seriam os principais argumentos: os direitos civis e políticos seriam jurisdicionados (positivados nas jurisdições nacionais e exigíveis em juízo), de realização imediata, dependentes apenas de abstenção ou da “prestação negativa” do Estado e passíveis de monitoramento; enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais seriam não jurisdicionáveis (não podendo ser objeto de ação judicial imediata), de realização progressiva (conforme os meios postos à disposição do Estado), dependentes de prestação positiva pelo Estado (devendo ser implementados por políticas públicas estatais) e de difícil monitoramento, sobretudo em sua dimensão individual.” MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014, p. 102.

²⁵⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014, pp. 101 - 102.

²⁵⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014, p. 103.

²⁵⁹ Existem comitês formados a partir de tratados - Comitê dos Direitos Humanos; o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial; o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; entre outros – que instituem mecanismos extraconvencionais de monitoramento da garantia de direitos humanos. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014, p. 120.

esfera de direitos, e então não há reconhecimento de dano causado a eles internacionalmente²⁶⁰.

Desse modo, para que não ocorram situações onde a justiça é denegada, criou-se uma ficção jurídica para solucionar esta questão.

O instituto da proteção diplomática caracteriza-se quando um Estado, tendo um de seus cidadãos suportado dano por outro Estado, reputa este dano como sendo seu e reclama em face do Estado que o lesionou^{261 262}. Há o endosso de uma demanda individual que se transforma em uma relação jurídica estatal. Os Estados substituem processualmente as pessoas, possibilitando que estas estejam indiretamente na Corte.

Quando este instituto foi criado, era visto como o mecanismo de defesa por excelência dos nacionais perante o Estado no estrangeiro, tendo em vista que um ataque ao nacional era visto como uma investida direta ao Estado²⁶³. Isso mudou após 1945, por tratados humanitários, principalmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo em vista que no período anterior à Segunda Grande Guerra Mundial os indivíduos não possuíam direitos na esfera internacional. Por não serem detentores desses direitos, o Estado os representava e garantia seus direitos²⁶⁴.

²⁶⁰ VIEIRA, Daniela Rodrigues; BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça: o papel e perspectivas atuais*. In: Cadernos Adenauer IX, nº 3: Governança Global. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, p. 154.

²⁶¹ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 78.

²⁶² “Na prática, o instituto da Proteção Diplomática é o endosso que um Estado concede a um seu nacional que lhe propõe que uma reclamação sua contra um terceiro Estado, e para a qual não encontra satisfação adequada, seja endossada por aquele. O litígio deixa de ser entre um indivíduo contra um Estado estrangeiro para ser entre dois Estados soberanos, sempre que o Estado do nacional aceitar tal incumbência. Pode-se dizer, então, que a Proteção Diplomática é um direito do súdito, mas, de outro lado, uma faculdade do Estado.” MARTINS, Rui Decio; MARTINS, Clara Magalhães. *Proteção Diplomática e Assistência Consular como Direitos Fundamentais*. In: Direito internacional dos direitos humanos III. Organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG, 2016, p. 116.

²⁶³ “Whoever ill-treats a citizen indirectly injures the State, which must protect that citizen”. VATTTEL, Emmerich de. *The Law of Nations, or the Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*. Philadelphia: T. & J. W. Johnson, Law Booksellers, 1844. Disponível em: <https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Lieber_Collection/pdf/DeVattel_LawOfNations.pdf>. Acesso em: 29 de dez. de 2020.

²⁶⁴ NUNES, Bartira Magalhães Filgueiras; FONTOURA, Thalita Christine de Mendonça. *O instituto da proteção diplomática: uma breve análise do caso avena e outros nacionais mexicanos perante a Corte Internacional de Justiça*. In: Revista do CEPEJ (Centro de Estudos de Pesquisas Jurídicas), n. XIX – Edição Especial de Direito Internacional. Salvador: 2016, pp. 52 - 53. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/22040>>. Acesso em: 29 de dez. de 2020.

A partir desse momento, os indivíduos passam a ter outros mecanismos de proteção. Entretanto, atualmente esse instituto é reconhecido como um direito inerente ao Estado de defender um particular em face de um dano causado por um Estado estrangeiro. Esta é uma demonstração do avanço do Direito Internacional para proteção de direitos individuais violados.

Então, a proteção diplomática pode ser vista também como uma forma de o indivíduo alcançar as Cortes. Aliás, os Estados que realmente prezam pelos Direitos Humanos exercem todos os direitos de proteção consular corretamente, pretendendo que o direito do Estado se torne um direito do indivíduo²⁶⁵. Nota-se, apenas, que a proteção diplomática não constitui direito do indivíduo, pois o Estado permanece soberano em decidir se intercederá por este particular²⁶⁶.

Com relação aos requisitos para que a intercessão do Estado ocorra, tem-se: (i) é necessária a presença de violação de direitos e a configuração de dano; (ii) a comprovação do vínculo de nacionalidade do indivíduo com o Estado que demandará em juízo; (iii) a demonstração da possibilidade jurídica de imputar o ato à algum Estado; e (iv) o esgotamento das vias internas que estão disponíveis ao indivíduo que sofreu a violação de direitos^{267 268 269}.

A Convenção de Viena sobre Relações Consulares do mesmo modo possui disposições no sentido de proteção aos nacionais, como se extrai do Artigo 5º, “a”, onde se observa dentre as funções consulares a de

²⁶⁵ RIETER, Eva R.. *International Human Rights Law and the International Court of Justice*. Radboud University Nijmegen - Faculty of Law, January 18, 2014. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2393651>>. Acesso em 04 de abr. de 2020.

²⁶⁶ PETIOT, Patrick. *A Responsabilidade Internacional do Estado Brasileiro por Violação de Direitos Humanos: o Pagamento de Reparações*. In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Nº 7, dez. 2006, p. 131. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/98>>. Acesso em 06 de abr. de 2020.

²⁶⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 78.

²⁶⁸ MARTINS, Rui Decio; MARTINS, Clara Magalhães. *Proteção Diplomática e Assistência Consular como Direitos Fundamentais*. In: Direito internacional dos direitos humanos III. Organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG, 2016, p. 116.

²⁶⁹ BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4ª ed. Oxford: Oxford University, 1990, p. 402.

proteger, no Estado receptor, os interesses do Estado que envia e de seus nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, dentro dos limites permitidos pelo direito internacional²⁷⁰

E ainda no mesmo Artigo, “e” comanda

prestar ajuda e assistência aos nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, do Estado que envia²⁷¹

Registra-se que as previsões lançadas neste texto devem sempre ser interpretadas pressupondo mútuo acordo, ou seja, as relações consulares estabelecidas não só partem do respeito às regras pelo Estado que as envia, mas igualmente, e principalmente, pelo Estado que recebe e concordou com os termos dispostos na Convenção.

Deste modo, mormente no caso do Sr. Diallo, que será visto a seguir, é de se extrair a importância do Artigo 36 da CVRC, que preceitua a comunicação com os nacionais do Estado que envia, especialmente no item 1, “b”, do mencionado Artigo que prevê

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.²⁷²

Cumprido destacar, ainda, que a proteção diplomática possui ligação com duas outras atividades realizadas pelo Estado no que tange ao relacionamento internacional, quais sejam a atividade diplomática e a assistência consular²⁷³.

²⁷⁰ Artigo 5º, “a”, da CVRC.

²⁷¹ Artigo 5º, “e”, da CVRC.

²⁷² Artigo 36, item 1, “b”, da CVRC.

²⁷³ NUNES, Bartira Magalhães Filgueiras; FONTOURA, Thalita Christine de Mendonça. *O instituto da proteção diplomática: uma breve análise do caso Avena e outros nacionais mexicanos perante a Corte Internacional de Justiça*. In: Revista do CEPEJ (Centro de Estudos de Pesquisas Jurídicas), n. XIX – Edição Especial de Direito Internacional. Salvador: 2016, p. 49. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/22040>>. Acesso em: 29 de dez. de 2020.

Observa-se que a noção de representação do Estado está contida nos três institutos, todavia cada uma possui suas particularidades.

Em suma, a atividade diplomática é a forma dos Estados estabelecerem relações mútuas de comunicação, ou acordo de cunho cultural, econômico e político. A esfera do Direito Internacional dedicada a isso é o Direito Diplomático, estabelecendo normas específicas aceitas nesse âmbito entre as Organizações e Estados.²⁷⁴ A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961) é a formalização das regras já praticadas nesta área, e é tida como um dos tratados internacionais de maior sucesso das Nações Unidas.

Nota-se, que a diplomacia é mais geral e abrangente no que se refere ao relacionamento entre os Estados, e que a proteção diplomática possui escopo mais limitado.

A assistência consular é regida por regras próprias e diz respeito principalmente ao âmbito administrativo e de promoção comercial²⁷⁵. Outrossim, um Estado pode romper relações diplomáticas com outro, por exemplo, porém manter as relações consulares. A Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963) contém as orientações para este instituto.

A proteção diplomática e a assistência consular estão ligadas, tendo em vista que nas duas, percebe-se uma postura mais ativa do Estado em defesa de seus nacionais. A exemplo, dispõe o Artigo 5º, “a” da CVRC, acima exposto, onde estabelece que a repartição consular deve assistir os interesses dos nacionais no estrangeiro. Na prática, inclusive, pode ser difícil diferenciar as ações de cada instituto. A proteção diplomática não se caracteriza apenas quando observados procedimentos judiciais, segundo a Comissão de Direito Internacional, mas deve-se verificar o caráter reparativo. A assistência consular porta uma atuação preventiva na defesa dos direitos de seu nacionais, enquanto a proteção diplomática remedia os efeitos provocados por atos internacionalmente ilícitos cometidos contra eles²⁷⁶.

²⁷⁴ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 337 - 380.

²⁷⁵ NUNES, Bartira Magalhães Filgueiras; FONTOURA, Thalita Christine de Mendonça. *O instituto da proteção diplomática: uma breve análise do caso avena e outros nacionais mexicanos perante a Corte Internacional de Justiça*. In: Revista do CEPEJ (Centro de Estudos de Pesquisas Jurídicas), n. XIX – Edição Especial de Direito Internacional. Salvador: 2016, p. 51. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/22040>>. Acesso em: 29 de dez. de 2020.

²⁷⁶ NUNES, Bartira Magalhães Filgueiras; FONTOURA, Thalita Christine de Mendonça. *O instituto da proteção diplomática: uma breve análise do caso avena e outros nacionais mexicanos perante a Corte*

Conclui-se que a proteção diplomática é um mecanismo precário de proteção do indivíduo, não alcançando o nacional em seu próprio país e o estrangeiro em outro²⁷⁷.

2.5. Responsabilidade internacional dos Estados

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos geram obrigações que, em geral são efetivadas por um sistema de garantia coletiva que torna, necessariamente, os Estados responsáveis pela observância dos Direitos Humanos perante a comunidade internacional^{278 279}.

Sobre isso, a análise do regime jurídico da responsabilidade internacional do Estado é imperiosa.

Em 2001 a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas terminou o projeto referente à responsabilização internacional do Estado, tema há muito tempo discutido e colocado em pauta, o que demonstra a sua complexidade.

Segundo este projeto o Estado deve reparar danos causados por seus órgãos à comunidade internacional²⁸⁰, de acordo com o conceito *alterum non laedere*²⁸¹.

Internacional de Justiça. In: Revista do CEPEJ (Centro de Estudos de Pesquisas Jurídicas), n. XIX – Edição Especial de Direito Internacional. Salvador: 2016, pp. 51 - 52. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/22040>>. Acesso em: 29 de dez. de 2020.

²⁷⁷ PETIOT, Patrick. *A Responsabilidade Internacional do Estado Brasileiro por Violação de Direitos Humanos: o Pagamento de Reparações*. In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Nº 7, dez. 2006, p. 131. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/98>>. Acesso em 06 de abr. de 2020.

²⁷⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos*. In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Nº 113-118. Brasília: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1998, p. 58.

²⁷⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, pp. 47 - 53.

²⁸⁰ DIPLA, Haritini. *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme: problèmes d'imputation*. Paris: A. Pedone, 1994, pp. 16 - 19.

²⁸¹ “A imputação do Estado deriva do exercício das funções legislativa, executiva ou judiciária por qualquer órgão estatal responsável por um ato ilícito internacional. Pessoas e entidades que tenham a natureza de órgão ou que exerçam atividades delegadas também podem gerar a imputação do Estado. Independente do ordenamento interno, a responsabilidade internacional do Estado é disciplinada e sancionada pelo Direito Internacional como decorrência da igualdade soberana dos países” PETIOT,

A conclusão da CDINU é bem similar ao que pode ser observado em matéria de responsabilidade civil nos sistemas jurídicos ocidentais. Pode-se extrair, portanto, que^{282 283}:

- a. O descumprimento de qualquer regra internacional – quando o Estado-Parte aderiu a este compromisso – constitui ato ilícito, com responsabilidade Estatal;
- b. Sempre há o dever de reparar e de fazer cessar um ato ilícito, independentemente de sua origem;
- c. O Estado só se liberta desta obrigação nos casos de (i) consentimento do Estado lesado; (ii) força maior; (iii) estado de perigo; (iv) contramedidas; (v) autodefesa de acordo com a CONU; e (vi) necessidade;
- d. A reparação ao Estado lesado segundo a CDINU deve ser plena por indenização²⁸⁴ e/ou satisfação²⁸⁵, sendo ideal a restituição integral – restabelecimento do *status quo*.

No contexto desta dissertação, a Teoria de Responsabilidade Internacional do Estado com relação aos indivíduos mais uma vez os aprecia indiretamente pela proteção diplomática.

No que tange aos direitos humanos, a proteção é diferente. O Estado é obrigado a respeitar os direitos fundamentais de todos os indivíduos, distinto do que ocorre na aderência necessária segundo a reciprocidade existente nos Tratados

Patrick. *A Responsabilidade Internacional do Estado Brasileiro por Violação de Direitos Humanos: o Pagamento de Reparações*. In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Nº 7, dez. 2006, p. 130. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/98>>. Acesso em: 06 de abr. de 2020.

²⁸² PETIOT, Patrick. *A Responsabilidade Internacional do Estado Brasileiro por Violação de Direitos Humanos: o Pagamento de Reparações*. In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Nº 7, dez. 2006, pp. 130-131. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/98>>. Acesso em: 06 de abr. de 2020.

²⁸³ BROWNIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4ª ed. Oxford: Oxford University, 1990, p. 434, ver também: Warbrick, Colin. *Brownlie's Principles of Public International Law: An Assessment*. IN: EJIL, Vol.11, nº 3 (2000), pp. 621 - 636.

²⁸⁴ Quando o dano é economicamente mensurável.

²⁸⁵ Quando o dano não é economicamente mensurável, mas que são considerados uma afronta a outro Estado.

Internacionais²⁸⁶. No DIDH o ser humano é central, e o é, portanto, também no que diz respeito à proteção jurídica.

O indivíduo não possui capacidade processual para se defender perante órgãos internacionais, assunto já detalhado. Alguns veem a complementaridade entre a proteção diplomática e a proteção de direitos humanos, e outros consideram estes contrários²⁸⁷.

De qualquer modo, no que se refere ao acesso, a proteção de direitos humanos em instâncias internacionais tem mais abrangência do que a utilização do instrumento de proteção diplomática.

A inovação do DIDH em relação à Teoria de Responsabilidade Internacional do Estado está principalmente no que se refere ao fato de os indivíduos poderem buscar reparação no caso de violação de seus direitos humanos fundamentais em face de seu próprio Estado, exercício improvável de ocorrer com a proteção diplomática²⁸⁸.

Para Cançado Trindade o acesso à justiça internacional pelo indivíduo é cláusula pétrea de proteção internacional de Direitos Humanos, advinda de uma revolução jurídica promovida pelo DIDH²⁸⁹. Esse direito de petição individual é um

²⁸⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *The consolidation of the procedural capacity of individuals in the evolution of the international protection of human beings: present state and perspectives at the turn of the century*. Vol. 30. Nº. 1. Nova York: Columbia Human Rights Law Review, 1998, pp. 4 - 6.

²⁸⁷ PETIOT, Patrick. *A Responsabilidade Internacional do Estado Brasileiro por Violação de Direitos Humanos: o Pagamento de Reparações*. In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Nº 7, dez. 2006, p. 131. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/98>>. Acesso em: 06 de abr. de 2020.

²⁸⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *The consolidation of the procedural capacity of individuals in the evolution of the international protection of human beings: present state and perspectives at the turn of the century*. Vol. 30. Nº. 1. Nova York: Columbia Human Rights Law Review, 1998, p. 16.

²⁸⁹ “En el umbral del siglo XXI, ya no puede haber duda de que el derecho de petición individual a los tribunales internacionales de derechos humanos y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de éstos, necesariamente conjugados, constituyen – como siempre hemos sostenido – verdaderas *cláusulas pétreas* de la protección internacional de los derechos humanos. Son ellas que hacen viable el acceso de los individuos a la justicia a nivel internacional, el cual representa una verdadera *revolución jurídica*, quizás el más importante legado que nos deja la ciencia jurídica del siglo XX. A ellas se suman el deber de fiel cumplimiento, por los Estados Partes en los tratados de derechos humanos, de las decisiones de aquellos tribunales, así como el ejercicio de la *garantía colectiva* por los Estados Partes. Estos son, en última instancia, los pilares básicos sobre los cuales se erige el mecanismo de emancipación del ser humano *vis-à-vis* su propio Estado, como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotado de plena capacidad jurídica internacional. Dicho mecanismo, a su vez, corresponde, en el plano procesal, al reconocimiento, en el plano conceptual, de la existencia de derechos inherentes al ser humano, por definición, anteriores y superiores al Estado, cuya protección no se agota – no puede agotarse – en la acción del Estado.” TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales*

grande passo em face da prevalência da soberania Estatal, pois agora o particular pode se queixar contra seu próprio Estado em instâncias internacionais.

Desta forma, tem-se que a reparação no caso de violação de direitos humanos possui guarida nos instrumentos regionais e internacionais de proteção de direitos humanos. A reparação está prevista em vários dispositivos internacionais, como no Artigo 41 da Convenção Europeia de Direitos Humanos²⁹⁰, o Artigo 63.1 da Convenção Americana²⁹¹. E, igualmente, no que se refere ao pedido de reparação em face do seu próprio Estado.

internacionales de derechos humanos. In: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos: 2001, pp. 5 - 6.

²⁹⁰ “Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário.”

²⁹¹ “Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegido 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.”

3. Estudo de casos relevantes da Corte Internacional de Justiça sobre a proteção de direitos individuais

Quando o tema é paz internacional o papel da ONU é sempre lembrado.

Com a globalização, as relações internacionais foram acentuadas, gerando, inclusive, novas formas de conflitos. Outra consequência foi a intensificação das desigualdades e injustiças já existentes, sendo imprescindível a atuação da CIJ e de outros órgãos internacionais para que ocorresse a efetiva manutenção da paz²⁹².

Conforme já revelado, a noção de que todo sujeito – principalmente o Estado – tem a prerrogativa de ver respeitado o Direito Internacional de seus nacionais é clássica. Nada obstante, pela inexistência de personalidade jurídica dos particulares, logo não podendo estes serem portadores de obrigações e direitos nesta esfera, nota-se a impossibilidade de reconhecer algum dano sofrido internacionalmente. Com a criação de uma ficção jurídica - a proteção diplomática analisada anteriormente nesta dissertação -, encontrou-se uma forma de se endossar uma demanda particular, transformando-a em relação interestatal²⁹³.

A CIJ por vezes foi chamada a decidir sobre casos onde foi usado este instituto jurídico, como em *Ambatielos (Grécia vs. Reino Unido)*²⁹⁴, *Nottebohm (Liechtenstein vs. Guatemala)*²⁹⁵, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica vs. Espanha)*²⁹⁶, entre outros. Nestes exemplos, o exercício do direito

²⁹² SOARES, Hugo Henry Martins de Assis. *Regime Internacional de Paz: A Corte Internacional de Justiça enquanto solucionadora de conflitos internacionais*. In: Revista Pensamento Jurídico. Vol. 9. nº 1. São Paulo: FADISP, 2016, pp. 100 – 118.

²⁹³ VIEIRA, Daniela Rodrigues; BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça: o papel e perspectivas atuais*. In: Cadernos Adenauer IX, nº 3: Governança Global. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, pp. 155 - 156.

²⁹⁴ Nicolas Ambatielos, um cidadão grego proprietário de navios, fez um contrato de compra de navios com o Governo do Reino Unido. O Estado Grego assumiu o caso pelo seu nacional quando este alegou ter sofrido danos por descumprimentos do contrato, envolvendo inclusive violações de direitos internacionais. Disponível em <<https://www.icj-cij.org/en/case/15>>. Acesso em 20 de jul. de 2020.

²⁹⁵ Liechtenstein reivindicou a restituição e compensação do Governo da Guatemala, alegando que este agira de maneira contrária ao Direito Internacional em relação a Friedrich Nottebohm, cidadão de Liechtenstein. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/case/18>>. Acesso em 20 de jul. de 2020.

²⁹⁶ A Bélgica demandou na CIJ uma indenização pelos danos supostamente causados a seus nacionais, acionistas da Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd., como resultado de atos contrários ao Direito Internacional que foram alegadamente cometidos por órgãos do Governo Espanhol. Disponível em <<https://www.icj-cij.org/en/case/50>>. Acesso em 20 de jul. de 2020.

é feito a partir da proteção diplomática, sendo que se percebe a substituição processual dos indivíduos pelo Estado, possibilitando o acesso destes indiretamente.

Esses casos trouxeram um desenvolvimento no que se refere a jurisprudência para exercício deste direito, responsabilizando internacionalmente Estados em situação de violação individual de direitos.

Além desses, nota-se alguns outros que serão trazidos com um pouco mais de atenção para se entender o acesso do indivíduo a esta Corte nos casos de violações de direitos humanos.

3.1. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America vs. Iran)*

No que se refere aos fatos deste caso^{297 298}, em novembro de 1979, durante um ato de apoio à Revolução Iraniana, pessoas pertencentes a um grupo de estudantes muçulmanos da Linha do Imam, em frente à Embaixada dos EUA em Teerã, atacaram suas instalações, sem que, supostamente, nenhuma força de segurança do Estado Iraniano intervisse ou fosse enviada para aliviar a situação, apesar dos repetidos pedidos de ajuda da embaixada às autoridades iranianas. Todas as instalações da Embaixada foram invadidas. As pessoas que estavam no local no momento - inclusive funcionários consulares, não americanos e visitantes - foram apreendidos pelos militantes. Pouco depois, segundo os EUA, seus consulados nas cidades de Tabriz e Shiraz, que haviam sido atacados no início de 1979, igualmente foram apreendidos sem que nenhuma ação fosse tomada para impedi-los.

Os militantes que invadiram a embaixada supostamente saquearam arquivos e documentos da missão diplomática e da seção consular, enquanto as pessoas que ali estavam no momento da invasão foram mantidas como reféns, com exceção de 13

²⁹⁷ Disponível em <<https://www.icj-cij.org/en/case/64>>. Acesso em 20 de set. de 2020.

²⁹⁸ International Court of Justice, Reports of judgments, advisory opinions and orders case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America vs. Iran) request for the indication of provisional measures order of 15 December 1979, paragraph 34.

peessoas que foram libertadas em 18 e 20 de novembro de 1979. Os estudantes exigiam o cumprimento pelos EUA de várias demandas para que os reféns fossem soltos. Os reféns afirmaram que foram amarrados, vendados e submetidos a grande desconforto, isolamento completo e ameaças de serem julgados ou mesmo condenados à morte. Dentre eles, pelo menos 28 pessoas tinham a condição devidamente reconhecida pelo Estado Iraniano de membro do pessoal diplomático de acordo com a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, 20 pessoas com o Estatuto, do mesmo modo reconhecidos como membros do pessoal administrativo e técnico na mesma Convenção, e duas outras pessoas norte-americanas, sem condição diplomática ou consular.

Além dos reféns na Embaixada de Teerã, o *Charge d'Affaires* dos EUA no Irã e dois outros agentes diplomáticos deste país foram detidos nas instalações do Ministério das Relações Exteriores iraniano, envolvendo aparentemente restrição à sua liberdade de movimento e uma ameaça à sua inviolabilidade como diplomatas.

Essas pessoas foram mantidas como reféns por 444 dias, até 20 de janeiro de 1981. Uma parte dos reféns foram libertados antes, mas 52 foram mantidos até o fim.

Os EUA apresentaram à Corte requerimento logo após a ocupação de sua embaixada em novembro de 1979. Em sede de pedido de medidas provisórias, a Corte considerou que não existia pré-requisito mais fundamental para as relações entre os Estados do que a inviolabilidade dos enviados diplomáticos e embaixadas, e indicou medidas provisórias para assegurar a restauração imediata aos EUA das instalações de sua Embaixada, bem como a libertação imediata pelo Governo da República Islâmica do Irã dos nacionais norte-americanos. Determinou, ainda, o reconhecimento por parte do Irã de que os reféns tinham direito à proteção plena, imunidade e benefícios segundo o Direito Internacional, de modo que ambos os Estados não praticassem nenhuma ação que agravasse a tensão entre eles.

Esse foi o primeiro caso na história da CIJ em que medidas positivas foram concedidas em sede provisional, de modo que a Corte não se limitou a manter o *status quo*, mas determinou que fosse restabelecida uma situação anterior às condutas dos militantes²⁹⁹.

²⁹⁹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira; FELIX, Loussia Penha Musse. *Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerã (Estados Unidos vs. Irã) (24 de Maio de 1980)*. In: O direito

Em defesa, o Estado Iraniano apresentou apenas duas cartas à CIJ - uma em 1979 e outra em 1980 -, não se manifestando em sede de memoriais, nem participando das audiências do caso. A Corte considerou estas manifestações em sua decisão, que, em síntese, sustentavam que o regime diplomático era autossuficiente, ponto este que não vale ser aprofundado neste trabalho.

A competência da Corte foi afirmada com base na CVRD, na CVRC e no Tratado de Amizade, Relações Econômicas e Direitos Consulares de 1955 entre o Irã e os EUA.

A CIJ, na decisão de mérito proferida em maio de 1980 – enquanto a situação descrita pelos EUA ainda persistia em sua Embaixada no Irã –, entendeu que existiam violações de obrigações pelo Irã de Convenções em vigor entre os dois países e regras do Direito Internacional geral. O Estado Iraniano teria a obrigação de garantir a libertação imediata dos reféns, restaurar as instalações da Embaixada e fazer a reparação pelos danos causados aos EUA³⁰⁰. A Corte reafirmou a importância fundamental dos princípios do Direito Internacional que regem as relações diplomáticas e consulares, bem como a sua incompatibilidade com os princípios da Carta das Nações Unidas sobre Direitos Humanos³⁰¹. Nesta toada, entendeu-se que o Irã tinha conhecimento de seus deveres internacionais com os EUA, em razão de Convenções em vigor, contudo não os cumpriu.

A Corte entendeu que apesar da conduta dos militantes não pudesse ser atribuída diretamente ao Estado Iraniano, ele nada fez para impedir o ataque, ou detê-los antes que chegassem, ou até obrigar os militantes a se retirarem das instalações para libertação dos reféns. A CIJ notou, inclusive, que a partir de novembro de 1979 alguns órgãos do Estado Iraniano tinham endossado os atos denunciados e decidido

internacional em movimento: jurisprudência internacional comentada: Corte Internacional de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Org. João Henrique Ribeiro Roriz e Alberto do Amaral Júnior. 1ª ed. Brasília: IBDC, 2016, pp. 81 - 82.

³⁰⁰ International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America vs. Iran), Judgment of 24 May 1980, p. 9.

³⁰¹ “Wrongfully to deprive human beings of their freedom and to subject them to physical constraint in conditions of hardship is in itself manifestly incompatible with the principles of the Charter of the United Nations, as well as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights.” International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America vs. Iran), Judgment of 24 May 1980, paragraph 91.

perpetuá-los, de modo que essa conduta poderia ser entendida então como atos do Estado Iraniano.

Dessa forma, a Corte responsabilizou o Irã pelo ocorrido, tentando prestigiar a solução pacífica de conflitos.

Vê-se um Estado demandando em favor de seus nacionais, com base na CVRC³⁰². Virão outros julgamentos nesse sentido, que indiretamente defenderão seus nacionais. Tanto é assim, que a própria Corte afirma que retirar a liberdade de pessoas e sujeitá-las a constrangimentos físicos é incompatível com os princípios da Carta das Nações Unidas e os princípios fundamentais enunciados na DUDH.

A Corte neste caso exalta a importância do cumprimento dos princípios do Direito Internacional para o bem-estar internacional, e como as implicações de seu descumprimento podem atingir tanto indivíduos quanto Estados³⁰³.

A situação com os reféns foi resolvida, principalmente em razão de esforços diplomáticos, mas o papel da CIJ foi muito importante no deslinde da questão. Inclusive, após quase quatro décadas, os reféns desse episódio foram reparados financeiramente nos EUA, com uma lei de gastos publicada em 2015.

Dentre outros casos que passaram pela CIJ com a temática de direitos humanos, este se mostra relevante tendo em vista que não ocorreu apenas a constatação da violação de direitos humanos, mas ainda o reconhecimento de direitos individuais no caso concreto.

³⁰² “In so far as its claims relate to two private individuals held hostage in the Embassy, the situation of these individuals falls under the provisions of the Vienna Convention of 1961 guaranteeing the inviolability of the premises of embassies, and of Article 5 of the 1963 Convention concerning the consular functions of assisting nationals and protecting and safeguarding their interests. By their very nature all these claims concern the interpretation or application of one or other of the two Vienna Conventions.” International Court of Justice. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America vs. Iran), Judgment of 24 May 1980, paragraph 46.

³⁰³ “The frequency with which at the present time the principles of international law governing diplomatic and consular relations are set at naught by individuals or groups of individuals is already deplorable. But this case is unique and of very particular gravity because here it is not only private individuals or groups of individuals that have disregarded and set at naught the inviolability of a foreign embassy, but the government of the receiving State itself.” International Court of Justice. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America vs. Iran), Judgment of 24 May 1980, paragraph 92.

3.2. Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo vs. Belgium)

A questão que ecoa neste caso é o equilíbrio entre regras fundamentais da estrutura constitucional da sociedade internacional no que se refere a jurisdição e imunidade³⁰⁴. Trata-se de imunidade de um indivíduo à jurisdição de outro Estado soberano, e por isso a relevância, entre outros pontos que serão trazidos, para a presente dissertação.

A República Democrática do Congo em outubro de 2020 demandou perante a CIJ em face do Estado Belga³⁰⁵, em razão de um mandado de prisão internacional emitido por um juiz de nacionalidade belga contra o Ministro de Relações Exteriores Congolês em exercício, Sr. Abdoulaye Yerodia Ndombasi, requerendo sua detenção e extradição para a Bélgica. Supostamente o Sr. Yerodia foi autor e coautor de crimes graves que constituíam violações de Direito Internacional Humanitário, no que se refere às Convenções de Genebra de 1949 e seus protocolos adicionais. No momento da emissão do mandado, o Sr. Yerodia não estava em território belga.

Neste caso, o Estado Congolês alegou, em breve síntese, que a Bélgica tinha violado o princípio pelo qual um Estado soberano não deve exercer sua autoridade no território de outro; descumprindo o princípio de igualdade soberana entre todos os Estados Membros da ONU³⁰⁶; e, ainda, que havia violado a imunidade diplomática de um Ministro de Relações Exteriores de outro Estado soberano³⁰⁷.

A RDC fez um pedido de quitação do mandado de prisão em sede de medidas provisórias, e a Bélgica, em seu turno, requereu que esse pedido fosse rejeitado e que o processo fosse retirado da lista da CIJ. Uma das objeções do Estado Belga³⁰⁸ foi

³⁰⁴ YAMATO, Roberto Vilchez. *Mandado de Prisão de 11 de Abril de 2000 (República Democrática do Congo vs. Bélgica) (14 de Fevereiro de 2002)*. In: O direito internacional em movimento: jurisprudência internacional comentada: Corte Internacional de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Org. João Henrique Ribeiro Roriz e Alberto do Amaral Júnior. 1ª ed. Brasília: IBDC, 2016, p. 117.

³⁰⁵ Disponível em <<https://www.icj-cij.org/en/case/121>>. Acesso em 20 de set. de 2020.

³⁰⁶ Artigo 2, 1 da CONU.

³⁰⁷ Artigo 41, 2 da CVRD.

³⁰⁸ “in the light of the new circumstances concerning Mr Yerodia Ndombasi, that the case has assumed the character of an action of diplomatic protection but one in which the individual being protected has failed to exhaust local remedies, and that the Court accordingly lacks jurisdiction in the case and/or that

que em razão destas novas circunstâncias relacionadas ao agora ex-Ministro congolês, o caso adquiriu caráter de proteção diplomática, o que significava que o Sr. Yerodia deveria ter esgotado todos os mecanismos e procedimentos locais antes de acessar a CIJ. Apesar disso, a Corte rejeitou o pedido belga, afirmando que poderiam exigir a competência desta em razão do artigo 41 da ECIJ³⁰⁹.

A Corte observou em sua decisão que o Ministro de Relações Exteriores ocupa uma posição que pode ser reconhecida como de representante de um Estado pelo Direito Internacional apenas pela sua função³¹⁰.

Nas audiências públicas o Estado Congolês requereu à Corte que declarasse que a Bélgica violou a regra do Direito Internacional consuetudinário sobre a inviolabilidade e imunidade do processo penal de Ministros estrangeiros em exercício e que deveria ser obrigada a revogar o mandado de prisão em apreensão, fornecendo inclusive reparação pelo dano moral à RDC. A Bélgica levantou objeções relacionadas à jurisdição, irrelevância e admissibilidade.

A CIJ em sua decisão prolatada em fevereiro de 2002, rejeitou as objeções da Bélgica, declarando-se competente para apreciar a demanda. Sobre o mérito, em suma, observou que o caso se referia apenas a questões de imunidade de jurisdição penal e inviolabilidade de um Ministro das Relações Exteriores e deveria considerar o Direito Internacional consuetudinário. Contudo, baseando-se neste direito, as imunidades atribuídas aos Ministros das Relações Exteriores não são para seu benefício pessoal, mas para assegurar o efetivo desempenho de suas funções em nome de seus respectivos Estados. Na medida em que o objetivo dessa imunidade e inviolabilidade era impedir que outro Estado barrasse o Ministro no desempenho de suas funções, nenhuma distinção poderia ser feita entre os atos praticados por este

the application is inadmissible." International Court of Justice, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo vs. Belgium), Counter Memorial of the Kingdom of Belgium, 28 September 2001, p. 7.

³⁰⁹ Artigo 41 do ECIJ: "A Corte terá a faculdade de indicar, se julgar que as circunstâncias o exigem, quaisquer medidas provisórias que devam ser tomadas para preservar os direitos de cada parte. Antes que a sentença seja proferida, as partes e o Conselho de Segurança deverão ser informados imediatamente das medidas sugeridas."

³¹⁰ "The Court further observes that a Minister for Foreign Affairs, responsible for the conduct of his or her State's relations with all other States, occupied: a position such that, like the Head of State or the Head of Government, he or she is recognized under international law as representative of the State solely by virtue of his or her office." International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Others, case concerning The Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo vs. Belgium), judgment of 14 February 2002, p. 23.

na qualidade de oficial e aqueles que se alega terem sido praticados em caráter privado ou, nesse caso, entre atos praticados antes da posse do Ministro e atos praticados durante a gestão.

A CIJ enfatizou ainda, que a imunidade de jurisdição de que gozam os atuais Ministros das Relações Exteriores não se sobrepõe a quaisquer crimes que possam ter cometido, independentemente de sua gravidade - ela possui natureza processual enquanto a responsabilidade criminal é questão de direito substantivo.

Com a análise dos termos, a Corte concluiu que a emissão do mandado de prisão contestado representava um ato das autoridades judiciais belgas com a intenção de permitir a prisão em território belga do Ministro e dada a sua natureza, constituiu uma violação de uma obrigação da Bélgica para com a RDC, na medida em que não respeitou a imunidade do Sr. Yerodia. Além disso, a Corte considerou que as suas conclusões constituíam uma forma de satisfação que compensaria o dano moral denunciado pela RDC, determinando que a Bélgica devia cancelar o mandado em questão.

Vê-se neste caso, portanto, um desafio da Corte no âmbito do Direito Internacional contemporâneo, pois deveria estabilizar as relações e comunicações internacionais, garantindo que fossem efetivas, e, ao mesmo tempo respeitar os direitos humanos³¹¹. Ou seja, não deixar impunes os responsáveis por violações desses direitos, e também atender o esperado nas relações internacionais. O equilíbrio entre a soberania do Estado e os Direitos Humanos³¹².

Desse modo, esta demanda apresenta os dualismos do sistema internacional - a soberania e os direitos humanos, o Estado e o indivíduo, a sociedade internacional e o Estado, jurisdição universal sobre graves crimes internacionais e imunidade de representantes de Estados soberanos -, e igualmente o alcance da proteção dos direitos humanos dentro da CIJ.

³¹¹ International Court of Justice. Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, paragraph. 64. Disponível em <<http://www.icjciij.org/docket/files/121/8126.pdf>>. Acesso em: 30 de dez. de 2020.

³¹² YAMATO, Roberto Vilchez. *Mandado de Prisão de 11 de Abril de 2000 (República Democrática do Congo vs. Bélgica) (14 de Fevereiro de 2002)*. In: O direito internacional em movimento: jurisprudência internacional comentada: Corte Internacional de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Org. João Henrique Ribeiro Roriz e Alberto do Amaral Júnior. 1ª ed. Brasília: IBDC, 2016, p. 131.

3.3. *LaGrand (Germany vs. United States of America)*

Este caso é emblemático, pois é o primeiro que teve uma sentença de mérito da CIJ em situação de direito à assistência consular. Primeiramente, imperiosa a narrativa que desencadeou as decisões a serem expostas.

Faticamente³¹³, em 1999 a Alemanha fez um pedido para instauração de um processo em face dos Estados Unidos da América, alegando violações da CVRC. Este pedido diz respeito aos cidadãos alemães Walter e Karl LaGrand. Os irmãos LaGrand supostamente se envolveram em um roubo a banco em 1982 no Estado do Arizona, e deste incidente resultou uma morte, e outra pessoa ficou gravemente ferida. Eles foram condenados à pena de morte por estes acontecimentos em 1984, e recorreram nas instâncias disponíveis no sistema federal estadual dos EUA. Ocorre que apenas em 1992 eles souberam, por meios não oficiais, que tinham direito à assistência consular por serem cidadãos alemães, e também da notificação à repartição consular alemã. Conforme se depreende da sentença do julgamento da CIJ de junho de 2001, apenas em 1998 os EUA notificaram os irmãos de que tinham esse direito.

Assim que souberam, a argumentação da violação do Artigo 36, parágrafo 1, alínea “b” da CVRC³¹⁴ começou a ser usada nos Tribunais dos EUA, contudo não foi admitida em razão do instituto do *procedural default*^{315 316}. Após frustrados todos os recursos, a Suprema Corte do Arizona determinou a data para execução dos irmãos.

³¹³ Disponível em <<https://www.icj-cij.org/en/case/104>>. Acesso em 10 de ago. de 2020.

³¹⁴ Artigo 36, caput e alínea “b” da CVRC: “1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia: (...) b) Se o interessado assim o solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar o posto consular competente quando, na sua área de jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada ao posto consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado dos seus direitos, nos termos da presente alínea;”

³¹⁵ “A federal court will not grant *habeas corpus* relief to a state prisoner who has not exhausted his/her available state court remedies. Procedural default rules are designed to encourage parties to raise their claims promptly and to vindicate the law's important interest in the finality of judgments.” Sanchez-Llamas vs. Oregon, 548 U.S. 331, 356 (U.S. 2006).

³¹⁶ Este é um conceito utilizado nas Cortes Federais dos EUA, que impede que fatos não alegados em instâncias inferiores sejam apreciados em instâncias superiores.

As autoridades alemãs tentaram diversas negociações diplomáticas, mobilizando inclusive o Presidente e o Primeiro-Ministro, enviando cartas, o que foi em vão.

A Alemanha alegou que, as autoridades do Estado do Arizona sentenciaram à morte os dois cidadãos alemães sem que tenham sido efetivamente informados de seus direitos, conforme o que dita o artigo já mencionado da CVRC, violando também o Artigo 31, 1, alíneas “a” e “c” da CVRC. Assim, argumenta, que foi impossibilitado à Alemanha proteger o interesse dos seus nacionais (Artigos 5 e 36 da CVRC).

Além de outras questões referentes ao mérito da demanda, após a execução de Karl, um dia antes da data estipulada para a morte de seu irmão, a Alemanha requereu uma medida provisória de urgência à CIJ, para determinar que os EUA não executassem Walter LaGrand.

Pela primeira vez na história a CIJ recebeu um pedido de medidas provisórias, onde iria decidir sem ouvir a outra parte da demanda. Apesar desta modalidade existir em seu Estatuto³¹⁷, a realização de uma audiência prévia para oitiva das partes era importante para tomada de decisões. Dado o tempo e urgência, a Corte se declarou competente para apreciação do caso e, em unanimidade, concedeu a medida provisória de modo a garantir que Walter LaGrand não fosse executado até a decisão final da CIJ sobre o caso. Nesta decisão a Corte deixou claro que não funcionava como tribunal de apelação criminal – assim como a Alemanha arguiu³¹⁸ - e alguns juízes até fundamentaram tal decisão com base em razões humanitárias³¹⁹.

³¹⁷ Artigo 41 do ECIJ: “A Corte terá a faculdade de indicar, se julgar que as circunstâncias o exigem, quaisquer medidas provisórias que devam ser tomadas para preservar os direitos de cada parte. Antes que a sentença seja proferida, as partes e o Conselho de Segurança deverão ser informados imediatamente das medidas sugeridas.”

³¹⁸ “Germany denies that it requests the Court to act as an appellate criminal court, or that Germany's requests are in any way aimed at interfering with the administration of justice within the United States judicial system. It maintains that it is merely asking the Court to adjudge and declare that the conduct of the United States was inconsistent with its international legal obligations towards Germany under the Vienna Convention, and to draw from this failure certain legal consequences provided for in the international law of state responsibility.” International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, LaGrand case (Germany vs. United States of America), judgment of 27 June 2001, p. 23.

³¹⁹ HENRIQUES, Fabricio da Silva. *O desenvolvimento da proteção diplomática e da assistência consular e a contribuição da Corte Internacional de Justiça: uma análise dos casos LaGrand, Avena e Diallo*. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Brasília. Brasília, 2016, p. 74.

Apesar de a CIJ ter enviado uma ordem de acordo com o pedido da Alemanha, o Governo do Arizona também executou Walter LaGrand na data previamente estipulada.

Ponto importante ainda da decisão é que esta reconheceu que a ordem expedida pela Corte a pedido da Alemanha, e com base no Artigo 41 do ECIJ³²⁰, tinha efeito vinculante, e criava uma obrigação legal para os EUA. A ordem não era mera exortação, e deveria ter sido seguida por este Estado.

Os EUA apesar de reconhecerem a violação trazida pela Alemanha, e não contestarem a jurisdição da Corte em relação a isso, expuseram a diferença entre jurisdição sobre tratados vs. jurisdição sobre direito costumeiro³²¹. Ou seja, a demanda do Estado Alemão diz respeito à proteção diplomática, então sua sustentação com base no Protocolo Adicional I da CVRC não teria amparo. Esse tópico é importante, pois a resposta da Corte aproxima o exercício da proteção diplomática à proteção de direitos individuais³²².

A CIJ afirma que a questão da proteção dos direitos individuais não está fora de sua jurisdição, pois a proteção diplomática é um conceito de direito consuetudinário

³²⁰ Artigo 41 da ECIJ: "A Corte terá a faculdade de indicar, se julgar que as circunstâncias o exigem, quaisquer medidas provisórias que devam ser tomadas para preservar os direitos de cada parte. Antes que a sentença seja proferida, as partes e o Conselho de Segurança deverão ser informados imediatamente das medidas sugeridas."

³²¹ "the Vienna Convention deals with consular assistance... it does not deal with diplomatic protection. Legally, a world of difference exists between the right of the consul to assist an incarcerated national of his country, and the wholly different question whether the State can espouse the claims of its national through diplomatic protection. The former is within the jurisdiction of the Court under the Optional Protocol; the latter is not... Germany based its right of diplomatic protection on customary law [This case comes before this Court not under Article 36, paragraph 2, of its Statute, but under Article 36, paragraph 1. Is it not obvious... that whatever rights Germany has under customary law, they do not fall within the jurisdiction of this Court under the Optional Protocol?" International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, LaGrand case (Germany vs. United States of America), judgment of 27 June 2001, p. 20.

³²² "The dispute between the Parties as to whether Article 36, paragraph 1 (u) and (c), of the Vienna Convention have been violated in this case in consequence of the breach of paragraph 1 (b) does relate to the interpretation and application of the Convention. This is also true of the dispute as to whether paragraph 1 (h) creates individual rights and whether Germany has standing to assert those rights on behalf of its nationals. These are consequently disputes within the meaning of Article 1 of the Optional Protocol. **Moreover, the Court cannot accept the contention of the United States that Germany's claim based on the individual rights of the LaGrand brothers is beyond the Court's jurisdiction because diplomatic protection is a concept of customary international law.** This fact does not prevent a State party to a treaty, which creates individual rights, from taking up the case of one of its nationals and instituting international judicial proceedings on behalf of that national, on the basis of a general jurisdiction clause in such a treaty. Therefore the Court concludes that it has jurisdiction with respect to the whole of Germany's first submission." – *grifos nossos*. International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, LaGrand case (Germany vs. United States of America), judgment of 27 June 2001, pp. 20 - 21.

internacional. Desse modo, pode-se entender que a CIJ coloca o exercício da proteção diplomática como instrumento legítimo para responsabilização do Estado quando há violação de direitos individuais de outro Estado.

Vê-se a possibilidade, em uma Corte de Estados, da utilização deste instituto para reivindicação de uma responsabilidade internacional de um Estado por violação de direitos individuais.

Na decisão, a Corte se posiciona sobre estrangeiros em situação de detenção ou prisão³²³ no que diz respeito às alíneas do Artigo 36, 1 da CVRC afirmando que há um duplo dever Estatal para com este indivíduo, seja o de informar o seu direito à assistência consular, como o dever de notificação às autoridades consulares do Estado do estrangeiro³²⁴.

Além de todos os pontos levantados, que demonstram a importância deste caso para o presente trabalho, há também a questão arguida pela Alemanha, requerendo que a Corte se posicionasse sobre a natureza do direito à assistência consular, ou seja, se o Artigo 36, parágrafo 1, alínea “b” da CVRC conferia direitos humanos individuais³²⁵. A Corte se manifestou no sentido de que claro está que o indivíduo possui o direito, se quiser, de que as autoridades de seu Estado sejam notificadas. Há o reconhecimento de um direito humano individual pela CIJ^{326 327}.

Logo, nesta decisão vê-se efetivamente o reconhecimento pela CIJ de direitos individuais como objeto de proteção diplomática, e conseqüentemente, legitima um Estado a pleitear demandas ligadas diretamente às pessoas que têm seus direitos violados.

³²³ HENRIQUES, Fabricio da Silva. *O desenvolvimento da proteção diplomática e da assistência consular e a contribuição da Corte Internacional de Justiça: uma análise dos casos LaGrand, Avena e Diallo*. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Brasília. Brasília, 2016, p. 80

³²⁴ International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, LaGrand case (Germany vs. United States of America), judgment of 27 June 2001, p. 30.

³²⁵ International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, LaGrand case (Germany vs. United States of America), judgment of 27 June 2001, pp. 31 e 32.

³²⁶ Given the foregoing ruling by the Court regarding the obligation of the United States under certain circumstances to review and reconsider convictions and sentences, the Court need not examine Germany's further argument which seeks to found a like obligation on the contention that the right of a detained person to be informed without delay pursuant to Article 36, paragraph 1, of the Vienna Convention **is not only an individual right but has today assumed the character of a human right.** – *grifos nossos*. International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, LaGrand case (Germany vs. United States of America), judgment of 27 June 2001, p. 52

³²⁷ Apesar de já reconhecido na Opinião Consultiva OC nº 16/99 da CIDH.

O caso LaGrand demonstra a violação de direitos individuais por um Estado, e a intervenção de outro para pleitear o cumprimento de uma convenção, tendo como principal intenção a proteção de direitos humanos do cidadão. Indiretamente, a demanda preza pela garantia de direitos da pessoa, ou seja, a Alemanha, através da proteção diplomática, exerce igualmente a proteção de direitos humanos fundamentais dos indivíduos perante a CIJ³²⁸.

Em julgamento, além da Corte se declarar competente para apreciar o caso, declarou que houve violação do Artigo 36, parágrafo 1, alíneas “a”, “b” e “c” da CVRC. Ademais, a CIJ afirmou que não ocorreu apenas a violação de obrigações com outro Estado, a Alemanha, mas, do mesmo modo, sucedeu a violação de direitos individuais dos irmãos, cujos direitos poderiam ser invocados perante o Tribunal por seu Estado nacional.

Assim, claro está que a falta de comunicação pelos EUA à Alemanha da prisão dos irmãos e sua condenação à morte, implicou à CIJ uma violação individual de direitos humanos dos condenados, pois não houve um processo justo segundo o que prega a CVRC. Comprovado está, que a proteção diplomática incorpora elementos de amparo aos Direitos Humanos³²⁹.

De modo geral, este caso foi importante, principalmente no que se refere ao acesso do indivíduo à CIJ, em termos de proteção diplomática como um remédio³³⁰

331 332.

³²⁸ RIETER, Eva R.. *International Human Rights Law and the International Court of Justice*. Radboud University Nijmegen - Faculty of Law, January 18, 2014. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2393651>>. Acesso em 04 de abr. de 2020.

³²⁹ PINTO, Mónica. *De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme*. t. 106, n. 3. Paris: Revue générale de droit international public, 2002.

³³⁰ RIETER, Eva R.. *International Human Rights Law and the International Court of Justice*. Radboud University Nijmegen - Faculty of Law, January 18, 2014. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2393651>>. Acesso em 04 de abr. de 2020.

³³¹ SHELTON, Dinah L. *Advanced Introduction to International Human Rights Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2014, pp. 179 - 187.

³³² “The word ‘remedies’ contains two separate concepts, the first being procedural and the second substantive. In the first sense, remedies are the processes by which arguable claims of human rights violations are heard and decided, whether by courts, administrative agencies, or other competent bodies. The second notion of remedies refers to the outcome of the proceedings, the relief afforded the successful claimant.” SHELTON, Dinah L. *Remedies in International Human Rights*. GW Law School Public Law and Legal Theory Paper No. 2013-56. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2235195>>. Acesso em 14 de ago. de 2020.

3.4. Avena and other Mexican Nationals (Mexico vs. United States of America)

Como ponto de partida, o Estado do México solicitou perante a CIDH a OC 16/99, que versava sobre o direito de assistência consular. Considerando-se que o outro Estado que aqui litiga, EUA, não se submete à jurisdição da CIDH, o México buscou então a responsabilização internacional dos EUA pela violação dos direitos neste tema por outro meio.

Faticamente, no início do ano de 2003, o Estado do México demandou em face dos EUA alegando suposta violação dos Artigos 5 e 36 da CVRC. Esta ação adveio a Corte em relação a 54 cidadãos mexicanos que estavam no corredor da morte em alguns estados dos EUA³³³.

O Estado Mexicano alegou que persistia o descumprimento dos EUA da aplicação do *procedural default*. Ademais, requereram a responsabilização dos EUA por violação do direito à vida com base no Artigo 6 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos³³⁴.

Por parte do México houve um pedido de indicação de medidas provisórias para que nenhum de seus nacionais fossem executados até que fosse proferida qualquer decisão de mérito da Corte sobre o caso. A CIJ proferiu decisão determinando que os EUA tomassem as medidas necessárias para que os cidadãos mexicanos Srs. Cesar Roberto Fierro Reyna, Roberto Moreno Ramos e Osvaldo Torres Aguilera não fossem executados até os julgamentos finais, devendo inclusive informar a Corte das medidas tomadas para implementação desta decisão. Esta foi a primeira determinação, depois da Corte confirmar sua jurisdição, pois estes cidadãos já tinham suas execuções marcadas para os meses seguintes.

³³³ Disponível em <<https://www.icj-cij.org/en/case/128>>. Acesso em 14 de ago. de 2020.

³³⁴ “(...) International law recognizes the sanctity of human life. Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, to which the United States is a State Party, establishes that every human being has an inherent right to life and mandates that States protect that right by law.” International Court of Justice. request for the indication of Provisional Measures of protection submitted by the government of the United Mexican States, case concerning the Vienna Convention on Consular Relations (United Mexican States vs. United States of America), 9 January 2003, p. 3.

Diferente do caso LaGrand, os cidadãos mexicanos indicados nas medidas provisórias não foram executados até a Corte proferir sua sentença de mérito em março de 2004.

A reivindicação inicial foi com relação a estes nacionais, mas o Estado do México a alterou durante o processo, totalizando uma demanda com 54 cidadãos mexicanos, sendo que dois destes foram retirados posteriormente³³⁵.

Primeiro, a Corte analisou se todos os cidadãos eram mexicanos, e se assim fossem, existiria a obrigação por parte dos EUA de oferecimento de informações consulares (Artigo 36, 1, “b” da CVRC). Com exceção de um indivíduo, a CIJ concluiu que os EUA violaram esse artigo, além de descumprir a obrigação de permitir que os funcionários consulares mexicanos se comunicassem, tivessem acesso e visitassem seus nacionais e, em alguns casos, providenciassem sua representação legal. Constatadas estas violações, e os pedidos feitos pelo Estado Mexicano (anulação parcial ou integral das condenações e sentenças), a CIJ se manifestou no sentido de que o Direito Internacional requer uma reparação adequada, e que neste caso concreto deveria ser a revisão e reconsideração pelos tribunais dos EUA das decisões proferidas nas demandas de cada cidadão mexicano. Esta revisão deveria ser feita, segundo determinação, levando em consideração a violação dos direitos da CVRC.

Interessante destacar que a Corte entendeu que apesar deste caso ser sobre cidadãos mexicanos, as conclusões serviam para outros estrangeiros que estivessem em situações semelhantes nos EUA. Isto vale ser pontuado levando em conta também que, por ser uma demanda mista (verificam-se violações diretas, como o fornecimento de proteção e assistência consular a seus nacionais, e indiretas, como violação de proteção diplomática, de um Estado e, condenações em casos individuais), a CIJ teve que fazer uma análise pormenorizada de cada situação. A Corte aplicou a cada uma dessas circunstâncias o Artigo 36 da CVRC em apenas uma sentença, desenvolvendo várias interpretações sobre cada fato de aplicação da assistência consular, demonstrando a relevância deste julgamento³³⁶.

³³⁵ Um por quê possuía dupla nacionalidade, e outro pois segundo entendimento do Juiz Parra-Aranguren seus direitos teriam sido observados pelos EUA.

³³⁶ HENRIQUES, Fabricio da Silva. *O desenvolvimento da proteção diplomática e da assistência consular e a contribuição da Corte Internacional de Justiça: uma análise dos casos LaGrand, Avena e Diallo*. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Brasília. Brasília, 2016, p. 86.

Vale mais uma observação sobre a sentença de mérito proferida em março de 2004. Os Tribunais norte-americanos não reconheciam o Artigo 36 da CVRC como criador de direitos individuais, e a CIJ determinou o contrário em sua decisão³³⁷, trazendo um entendimento diferente sobre o esgotamento de instâncias debatido no caso LaGrand. Como a demanda tinha uma questão de interdependência entre direitos do Estado e direitos individuais, este esgotamento não se aplicaria, interpretação diversa do caso anterior (o que trouxe votos separados e não consensuais por parte dos juízes), distanciando-se da jurisprudência existente da própria Corte.

O Estado do México ainda fez o pedido para que a CIJ se manifestasse no sentido de que a notificação e a comunicação consulares fossem considerados direitos humanos fundamentais, de modo que fossem garantidos nos territórios das partes da CVRC. Contudo, a Corte foi sucinta, e não acolheu este argumento alegando que nem o texto da Convenção, nem os trabalhos preparatórios sugerem essa conclusão³³⁸. Com isso, a CIJ cria um precedente, ainda que usadas poucas palavras,

³³⁷ "The Court would first observe that the individual rights of Mexican nationals under paragraph I (b) of Article 36 or the Vienna Convention are rights which are to be asserted, at any rate in the first place, within the domestic legal system of the United States. Only when that process is completed and local remedies are exhausted would Mexico be entitled to espouse the individual claims of its nationals through the procedure of diplomatic protection. In the present case Mexico does not, however, claim to be acting solely on that basis. It also asserts its own claims, basing them on the injury which it contends that it has itself suffered, directly and through its nationals, as a result of the violation by the United States of the obligations incumbent upon it under Article 36, paragraph 1 (a), (b) and (c). The Court would recall that, in the LaGrand case, it recognized that "Article 36, paragraph 1 [of the Vienna Convention], creates individual rights [for the national concerned], which . . . may be invoked in this Court by the national State or the detained person" (I. C. J. Reports 2001, p. 494, para. 77). It would further observe that violations of the rights of the individual under Article 36 may entail a violation of the rights of the sending State, and that violations of the rights of the latter may entail a violation of the rights of the individual. In these special circumstances of interdependence of the rights of the State: and of individual rights, Mexico may, in submitting a claim in its own name, request the Court to rule on the violation of rights which it claims to have suffered both directly and through the violation of individual rights conferred on Mexican nationals under Article 36, paragraph 1 (b). The duty to exhaust local remedies does not apply to such a request. Further, for reasons just explained, the Court does not find it necessary to deal with Mexico's claims of violation under a distinct heading of diplomatic protection. Without needing to pronounce at this juncture on the issues raised by the procedural default rule, as explained by Mexico in paragraph 39 above, the Court accordingly finds that the second objection by the United States to admissibility cannot be upheld." International Court of Justice. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, case concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico vs. United States of America), judgment of 31 March 2004, p. 27 – 28.

³³⁸ "Mexico has further contended that the right to consular notification and consular communication under the Vienna Convention is a fundamental human right that constitutes part of due process in criminal proceedings and should be guaranteed in the territory of each of the Contracting Parties to the Vienna Convention ; according to Mexico, this right, as such, is so fundamental that its infringement will *ipso facto* produce the effect of vitiating the entire process of the criminal proceedings conducted in violation of this fundamental right. Whether or not the Vienna Convention rights are human rights is not a matter that this Court need decide. **The Court would, however, observe that neither the text nor**

contra a afirmação de um instituto, que poderia ser entendido como um direito humano individual.

Vê-se, portanto, mais uma vez a apreciação por parte da Corte de casos individuais – constata-se a análise de cada situação dos cidadãos mexicanos – através da intervenção de um Estado. Vê-se o acesso de forma indireta, e decisões da CIJ impactando a vida dos indivíduos diretamente.

3.5. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea vs. Democratic Republic of the Congo)*

Caso de importância para esta dissertação, pois se trata de uma discussão avançada sobre a proteção diplomática e sua relação com os Direitos Humanos, e o direito à assistência consular consolidada como direito individual.

O Sr. Ahmadou Sadio Diallo é a figura central, cujas violações de direitos levaram a República da Guiné a demandar na CIJ³³⁹. Ele nasceu neste país, mas mudou-se para RDC, então Zaire, em 1964. Em 1974 o Sr. Diallo fundou a empresa Africom-Zaire de sociedade privada de responsabilidade limitada, e em 1979, em conjunto com parceiros privados fundou outra empresa, a Africontainers-Zaire. Em meados da década de 1980, ocorreu uma reformulação do quadro societário e o capital da Africontainers-Zaire estava dividido entre Africom-zaire (60%) e o restante com o próprio Sr. Diallo.

Ocorre que, com o desenvolvimento da empresa, os credores foram crescendo, tendo entre eles inclusive o próprio Governo Congolês, implicando diversas ações judiciais exigindo o pagamento das dívidas. E sob alegação de que o Sr. Diallo violava a ordem pública nas áreas econômica e financeira, o Primeiro-

the object and purpose of the Convention, nor any indication in the *travaux préparatoires*, support the conclusion that Mexico draws from its contention in that regard.” – *grifos nossos*. International Court of Justice. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, case concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico vs. United States of America), judgment of 31 March 2004, p. 25.

³³⁹ Disponível em <<https://www.icj-cij.org/en/case/103>>. Acesso em 20 de jul. de 2020.

Ministro do Zaire ordenou a sua expulsão do país em outubro de 1995. Em janeiro do ano seguinte, ele foi expulso do país por meio de recusa de entrada por residência ilegal. O Sr. Diallo ficou sob custódia do Estado Congolês, em detenção por um período.

Em dezembro de 1998 a Guiné, demandou em face da República Democrática do Congo alegando que supostamente ocorreram violações graves de Direito Internacional contra o Sr. Diallo. A invocação da CIJ pela Guiné têm como base a declaração de reconhecimento da jurisdição obrigatória desta Corte³⁴⁰, bem como fundamentação da proteção diplomática de seu nacional, buscando a responsabilização internacional por violação de direitos individuais.

A Guiné alegou que o Sr. Diallo fora preso de forma injusta pelas autoridades da RDC, lá residindo por trinta e dois anos, sendo despojado de seus investimentos e negócios. E que ele havia sido expulso quando buscava pela recuperação de suas dívidas a Africom-Zaire e Africontainers-Zaire.

Este caso é composto por três julgamentos, e serão trazidas algumas questões no que se refere a cada uma dessas decisões proferidas pela CIJ. O primeiro julgamento ocorreu em 2007, tratando das objeções preliminares, o segundo é a sentença de mérito prolatada em 2010, e a terceira decisão foi dada em 2012 sobre as reparações definidas na sentença de mérito.

Em suma, a República da Guiné buscava a responsabilização da RDC por violação dos direitos do Sr. Diallo enquanto indivíduo, sócio das empresas e também no que se refere aos direitos das próprias empresas pela proteção diplomática por substituição³⁴¹. Apesar de o Estado Congolês levantar objeções preliminares a respeito da admissibilidade do requerimento da Guiné, a CIJ, em maio de 2007, declarou a demanda da Guiné admissível, pois se tratava de ação que buscava proteger os direitos do Sr. Diallo como um indivíduo, na medida em que diz respeito à proteção dos seus direitos como associado no Africom-Zaire e Africontainers-Zaire³⁴².

³⁴⁰ Artigo 36, parágrafo 2 da ECIJ.

³⁴¹ HENRIQUES, Fabricio da Silva. *O desenvolvimento da proteção diplomática e da assistência consular e a contribuição da Corte Internacional de Justiça: uma análise dos casos LaGrand, Avena e Diallo*. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Brasília. Brasília, 2016, p. 103.

³⁴² "The Court will first address the question of the admissibility of Guinea's Application in so far as it concerns protection of Mr. Diallo's rights as an individual." International Court of Justice, Reports of

Destaca-se que esta decisão das exceções preliminares se relaciona com o exercício da proteção diplomática como um instrumento necessário para que as violações alegadamente ocorridas em face dos direitos individuais do Sr. Diallo fossem efetivamente analisadas³⁴³.

Em novembro de 2010, a CIJ proferiu decisão propriamente sobre o mérito do caso, considerando que, em relação às circunstâncias nas quais o Sr. Diallo foi expulso em janeiro de 1996, o Estado Congolês violou o Artigo 13 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos³⁴⁴ e o Artigo 12, parágrafo 4, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos³⁴⁵. Além disso, no que se refere às circunstâncias em que o Sr. Diallo havia sido detido em 1995 a 1996 com vistas à sua expulsão, a RDC violou o Artigo 9, parágrafos 1 e 2, do Pacto³⁴⁶ e o Artigo 6 da Carta Africana³⁴⁷.

Nesta decisão a CIJ determinou que o Estado Congolês deveria reparar adequadamente, na forma de indenização, a Guiné, em razão da prisão e expulsão do Sr. Diallo. Ademais, considerou que ocorreram violações de direitos do Sr. Diallo, com base no Artigo 36, parágrafo 1, “b” da CVRC, contudo não estipulou indenizações por essa infração; e ainda concluiu que a RDC não violou os direitos diretos do Sr. Diallo como associado nas empresas Africom-Zaire e Africontainers-Zaire.

Judgments, Advisory Opinions and Orders, case concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea vs. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, judgment of 24 May 2007, p. 19 e 39

³⁴³ HENRIQUES, Fabricio da Silva. *O desenvolvimento da proteção diplomática e da assistência consular e a contribuição da Corte Internacional de Justiça: uma análise dos casos LaGrand, Avena e Diallo*. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Brasília. Brasília, 2016, p. 103.

³⁴⁴ Artigo 13 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “Um estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte do presente Pacto só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei e, a menos que razões imperativas de segurança nacional a isso se oponham, terá a possibilidade de expor as razões que militem contra sua expulsão e de ter seu caso reexaminado pelas autoridades competentes, ou por uma ou várias pessoas especialmente designadas pelas referidas autoridades, e de fazer-se representar com esse objetivo.

³⁴⁵ Artigo 12, parágrafo 4, da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos: “O estrangeiro legalmente admitido no território de um Estado Parte na presente Carta só poderá ser expulso em virtude de uma decisão legal.”

³⁴⁶ Artigo 9, parágrafos 1 e 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “1. 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. 2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.”

³⁴⁷ Artigo 6 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos: “Todo indivíduo tem direito à liberdade e à segurança da sua pessoa. Ninguém pode ser privado da sua liberdade salvo por motivos e nas condições previamente determinados pela lei. Em particular, ninguém pode ser preso ou detido arbitrariamente.”

Sobre a compensação devida pela RDC à Guiné, na falta de acordo entre as partes em seis meses, seria resolvida pela Corte. E assim o foi, passados os seis meses sem acordo, coube à CIJ determinar o montante da indenização a ser concedida à Guiné em consequência das prisões, detenções e expulsão ilegais do Sr. Diallo pela RDC. A CIJ proferiu o seu acórdão em junho de 2012. Em relação aos danos não materiais, a CIJ entendeu que faticamente ocorreu a detenção e então a expulsão do Sr. Diallo do Estado Congolês, gerando sofrimento psicológico e perda de sua reputação construída ao longo de 32 anos nos quais residiu neste país. A Guiné avaliou o dano moral sofrido pelo Sr. Diallo em US \$250.000 e a Corte considerou vários fatores em sua avaliação deste dano, notadamente a natureza arbitrária das prisões do Sr. Diallo, o período injustificadamente longo de sua detenção, as acusações infundadas de que foi vítima, sua expulsão indevida de um país onde residiu por muitos anos e onde exerceu atividades comerciais significativas e a ligação entre a sua expulsão e o fato de ter tentado se recuperar. Contudo, não existiam provas de que o Sr. Diallo tenha sido maltratado. Levando todos esses pontos em consideração, bem como o razoável exercício de sua autoridade judicial, a Corte determinou que o montante de US \$85.000 proporcionaria uma compensação adequada pelo dano moral sofrido.

Importante tal fato porque a CIJ concede uma compensação pela primeira vez desde o caso do Canal de Corfu^{348 349}.

Ainda em seu memorial, a Guiné avaliou a perda de rendimentos sofrida pelo Sr. Diallo durante sua detenção ilegal e após sua expulsão ilegal em quase US \$ 6,5 milhões, porém a Corte entendeu que a Guiné não conseguiu provar a existência de tais perdas, não concedendo, portanto, qualquer compensação por isso.

A Corte afirmou expressamente que o destinatário final dos valores das reparações seria a vítima que viu seus direitos humanos violados, neste caso o Sr. Diallo, e não a Guiné, que demandou em favor do seu nacional³⁵⁰. O juiz Greenwood

³⁴⁸ International Court of Justice, Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland vs. Albania), disponível em <<http://www.icj-cij.org/en/case/1/judgments>>. Acesso em 20 de jul. de 2020.

³⁴⁹ RIETER, Eva R.. *International Human Rights Law and the International Court of Justice*. Radboud University Nijmegen - Faculty of Law, January 18, 2014. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2393651>>. Acesso em 04 de abr. de 2020.

³⁵⁰ "The Court recalls that the sum awarded to Guinea in the exercise of diplomatic protection of Mr. Diallo is intended to provide reparation for the latter's injury." International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, case concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea

se manifestou, inclusive, afirmando que embora a Guiné através do mecanismo da proteção diplomática tenha trazido o caso do Sr. Diallo, o cerne da questão se trata dos direitos humanos desta pessoa³⁵¹. Outro juiz *ad-hoc* Mampuya, afirmou que embora tenham analisado aspectos de Direitos Humanos, o caso se referia a proteção diplomática, e que a CIJ não tinha se transformado num Tribunal de Direitos Humanos³⁵².

O juiz Cançado Trindade, além de destacar que a titularidade das reparações eram individuais³⁵³, explicitou o papel da CIJ, que embora seja uma Corte com participação apenas de Estados, seus julgados ampliam este escopo para defesa de direitos individuais³⁵⁴. Este ponto merece muito destaque neste trabalho. Cançado Trindade considera o caso em comento como emblemático, pois a Corte considerou

vs. Democratic Republic of The Congo), compensation owed by The Democratic Republic of The Congo to The Republic of Guinea, judgment of 19 June 2012, paragraph 57.

³⁵¹ “Although Guinea has brought this case in the exercise of its right of diplomatic protection, the case is in substance about the human rights of Mr. Diallo. The damages which the Court has ordered the Democratic Republic of the Congo (“the DRC”) to pay to Guinea are calculated by reference to the loss suffered by Mr. Diallo and are intended for his benefit, not that of the State. As the Court held in its 2010 Judgment, (Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Report 2010 (II), p. 692), the DRC committed serious violations of Mr. Diallo’s human rights. He was unlawfully and arbitrarily detained and expelled from the country in which he had long been resident without any semblance of due process and without being given the opportunity to wind up his affairs before he was forced out of the country. In accordance with long-established legal principle, there can thus be no doubt that the DRC must compensate for the loss and damage which those unlawful acts caused Mr. Diallo.” International Court of Justice, Declaration of Judge Greenwood in Judgment of 19 June 2012, compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea, paragraph 1.

³⁵² “In reality, even though this Court has had cause to address certain aspects relating to human rights in the present case, it remains a case of diplomatic protection between States, and the Court has not become a human rights court.” International Court of Justice, Separate Opinion of Judge Ad Hoc Mampuya, in Judgment of 19 June 2012, compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea, paragraph 32.

³⁵³ “In the present Judgment, in determining the reparations due ultimately to Mr. A. S. Diallo, as a result of the damages he suffered (para. 57), the ICJ has rightly taken into account the experience of other contemporary international tribunals in the matter of reparations for damages.” International Court of Justice, separate Opinion of Judge Cançado Trindade, in Judgment of 19 June 2012, compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea, paragraph 1.

³⁵⁴ “The fact that the mechanism for dispute-settlement by the ICJ is, as disclosed by its *interna corporis*, an inter-State one, does not mean that the Court’s findings, and its corresponding reasoning, ought to be invariably limited to a strict inter-State approach. Not at all; in their contents, cases vary considerably, and, throughout the last decades, some of them have directly concerned the condition of individuals.” International Court of Justice, separate Opinion of Judge Cançado Trindade, in Judgment of 19 June 2012, compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea, paragraph 9.

como direito aplicável o DIDH, além disso, é um caso de reafirmação de um processo histórico de humanização do Direito Internacional^{355 356}.

Tendo este panorama geral, das questões fáticas e das decisões, é importante ainda observar algumas outras implicações desse caso.

No que se refere à proteção do Sr. Diallo como indivíduo, a análise deste caso pela CIJ mudou um pouco sua postura em relação aos outros casos vistos aqui, LaGrand e Avena, pois o instituto da proteção diplomática passou a ser visto de acordo com o Artigo 1º do Projeto de Artigos da Comissão de Direito Internacional sobre Proteção Diplomática, e também reflete o costume internacional³⁵⁷. Na leitura dessa decisão, nota-se que a Corte entendeu que a dimensão material do instituto da proteção diplomática tem sido ampliada abarcando os Direitos Humanos internacionalmente reconhecidos.

Neste caso, a CIJ baseou seu julgamento nos Direitos Humanos, o que reflete na análise de que os Estados reclamam a proteção diplomática e, enquanto requerente, tal Estado se compromete também a respeitar os Direitos Humanos estabelecidos na convenção aplicável na espécie, motivo pelo qual se deve ter em

³⁵⁵ HENRIQUES, Fabricio da Silva. *O desenvolvimento da proteção diplomática e da assistência consular e a contribuição da Corte Internacional de Justiça: uma análise dos casos LaGrand, Avena e Diallo*. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Brasília. Brasília, 2016, p. 117.

³⁵⁶ “As disclosed by the present Diallo case, one is, in sum, faced with a damage done to an individual. He (and not his State of origin) is the subject of the rights breached, he suffered unlawful detention and arbitrary expulsion (from the State of residence), he is the subject of the corresponding right to reparation, and the beneficiary thereof. His case was originally brought before this Court by his State of nationality (in the exercise of diplomatic protection), but, in its decision on the merits (Judgment of 30 November 2010), the Court made clear that the applicable law was the international law of human rights, concerned with the rights of human beings and not at all of States. The *cas d’espèce*, further clarified in this regard by the present Judgment on reparations, bears witness of the reassuring historical process, presently in course, of the humanization of international law — as I have been pointing out and supporting since the 1990s”. International Court of Justice, separate Opinion of Judge Cançado Trindade, in Judgment of 19 June 2012, compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea, paragraph 48.

³⁵⁷ “The Court will recall that under customary international law, as reflected in Article 1 of the draft Articles on Diplomatic Protection of the International Law Commission (hereinafter the “ILC”), “diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility” (Article 1 of the draft Articles on Diplomatic Protection adopted by the ILC at its Fifty-eighth Session (2006), ILC Report, doc. A/61/10, p. 24). Owing to the substantive development of international law over recent decades in respect of the rights it accords to individuals, the scope *ratione materiae* of diplomatic protection, originally limited to alleged violations of the minimum standard of treatment of aliens, has subsequently widened to include, inter alia, internationally guaranteed human rights.” International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, case concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea vs. Democratic Republic of The Congo), Preliminary Objections, judgment of 24 May 2007, p. 21.

conta os pontos de vista da suposta vítima no que se refere às formas de reparação e as medidas tomadas pelo órgão em outros casos pertinentes.

A afirmação dos Direitos Humanos na Corte está latente nesta decisão.

Este caso é reconhecido como o primeiro perante a CIJ que decidiu sobre violações de direitos humanos com fundamento em mecanismos regionais e globais de proteção³⁵⁸, quais sejam, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Ainda, foi o primeiro julgamento onde a CIJ citou casos de outros órgãos de proteção, como o Comitê de Direitos Humanos do PIDCP, da Comissão Africana de Direitos Humanos, e menção à jurisprudência da CEDH e da CIDH³⁵⁹.

Neste ponto específico o acórdão é bem transparente sobre os precedentes existentes sobre os direitos humanos. Além disso, isso não apenas valida a jurisprudência desenvolvida pelos órgãos regionais, mas do mesmo modo norteia a forte consciência da CIJ, de que os danos experimentados pelas vítimas também são prejudiciais aos direitos humanos individuais.

Como abordado nos outros casos, mesmo se tratando de prisão administrativa, a Corte decidiu que o disposto no Artigo 36, parágrafo 1, “b” da CVRC é aplicável a qualquer tipo de privação de liberdade, e então igualmente é aplicado ao caso do Sr. Diallo, sendo declarado que a RDC violou este artigo.

Destaca-se o voto separado do juiz Cançado Trindade, que além de votar a favor da responsabilização do Estado Congolês por violação deste artigo, fez uma análise deste artigo a luz dos Direitos Humanos, contribuindo com a “*humanization of consular law*”³⁶⁰. Cançado Trindade explicita a Opinião Consultiva nº 16 de 1999 da CIDH, afirmando que esta foi a primeira articulação do direito individual sobre assistência consular. Neste voto ele critica a decisão dada pela CIJ no caso de LaGrand, uma vez que este reconheceu os direitos individuais do Artigo 36, 1, da

³⁵⁸ HENRIQUES, Fabricio da Silva. *O desenvolvimento da proteção diplomática e da assistência consular e a contribuição da Corte Internacional de Justiça: uma análise dos casos LaGrand, Avena e Diallo*. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Brasília. Brasília, 2016, p. 109.

³⁵⁹ International Court of Justice, separate Opinion of Judge Cançado Trindade, in Judgment of 19 June 2012, compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea, paragraphs 117 – 139.

³⁶⁰ International Court of Justice, separate Opinion of Judge Cançado Trindade, in Judgment of 19 June 2012, compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea, paragraphs 163 – 166.

CVRC, mas não o introduziu na esfera dos Direitos Humanos. Em meio de várias críticas às decisões dos casos anteriores da Corte, LaGrand e Avena^{361 362}, Cançado Trindade faz observações sobre se as reparações seriam devidas à Guiné ou ao Sr. Diallo.

No que tange a este último tópico, após a Corte concluir que o Estado Congolês violou os Artigos 9 e 13 do PIDCP, 6 e 12 da CADHP e Artigo 16, 1, “b” da CVRC, dado o caráter de violação de direitos humanos, a reparação deveria ser a compensação em razão da detenção e expulsão do Sr. Diallo, ou seja, não há dever de reparar pela violação da CVRC. Embora fosse a Guiné o Estado demandante, a vítima era o indivíduo, e deste modo o titular do direito de reparação³⁶³.

Com o caso Diallo, a proteção diplomática se transformou em um mecanismo potencial para que os Estados aleguem violações de direitos humanos. Não por outra razão, em 2007 a CIJ sustentou que em virtude do desenvolvimento palpável do Direito Internacional nos últimos anos, no que tange aos direitos que concedem aos indivíduos o âmbito da aplicação da proteção diplomática, esta originalmente limitada

³⁶¹ “Yet, if the Court was not prepared to examine Mexico’s contention, and felt — for whatever reasons that escape my comprehension — that it did not need to decide on it, it should not have made such a statement without indicating on which assumptions it was based. The authority of argument is always far more persuasive than the argument of authority. The fact is that the Court’s statement is, *data venia*, without foundation. It does not resist closer examination, either in respect of the text of Article 36 (1) (b) of the 1963 Vienna Convention, or in respect of its object and purpose, or in respect of its *travaux préparatoires*.” International Court of Justice, separate Opinion of Judge Cançado Trindade, in Judgment of 19 June 2012, compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea, paragraph 172.

³⁶² “It is not for this Court to keep on cultivating, in *obiter dicta*, hesitations or ambiguities, such as those of paragraph 124 of its Avena Judgment of 2004. Furthermore, in this transparent age of internet, to attempt capriciously to overlook or to ignore the contribution of other contemporary international tribunals to the progressive development of international law — in the sense of the irreversible advance of its humanization — seems to attempt to avoid the penetrating sunlight with a fragile blindfold.” International Court of Justice, separate Opinion of Judge Cançado Trindade, in Judgment of 19 June 2012, compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea, paragraph 188.

³⁶³ “This issue takes us beyond the domain of international procedural law, into that of juridical epistemology, encompassing one’s own conception of international law in our times. Here, the Applicant State is the claimant, but the victim is the individual. The Applicant State claims for reparation, **but the titulaire of the right to reparation is the individual**, whose rights have been breached. The Applicant State suffered no damage at all, it rather incurred costs and expenses, in espousing the cause of its national abroad. The damage was suffered by the individual himself (subjected to arbitrary arrests and detention, and expulsion from the State of residence), not by his State of nationality.” – *grifos nossos*. International Court of Justice, separate Opinion of Judge Cançado Trindade, in Judgment of 19 June 2012, compensation owed by the Democratic Republic of the Congo to the Republic of Guinea, paragraph 204.

a alegadas violações de um mínimo de tratamento de estrangeiros, foram ampliados posteriormente para abarcar os Direitos Humanos garantidos internacionalmente.

Em consonância com o acatado, a proteção diplomática, então, converte-se em proteção individual dos direitos humanos.

Verifica-se, portanto, que as decisões que mostram a noção da posição do indivíduo num caso demonstram preocupação com os Direitos Humanos, ainda que a Corte, por vezes, não fale nestes direitos, mas em direitos individuais³⁶⁴. Pode-se dizer que o exercício da proteção diplomática resultou no reconhecimento de direitos individuais, incluindo, aliás, os direitos humanos fundamentais, havendo, ainda, a percepção do alargamento de sua utilização³⁶⁵.

³⁶⁴ RIETER, Eva R.. *International Human Rights Law and the International Court of Justice*. Radboud University Nijmegen - Faculty of Law, January 18, 2014. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2393651>>. Acesso em 04 de abr. de 2020.

³⁶⁵ RIETER, Eva R.. *International Human Rights Law and the International Court of Justice*. Radboud University Nijmegen - Faculty of Law, January 18, 2014. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2393651>>. Acesso em 04 de abr. de 2020.

4. A execução das decisões da CIJ e os instrumentos internos de proteção de direitos fundamentais dos Estados

Como visto, a atuação da CIJ é destinada para Estados ou Organizações Internacionais Intergovernamentais. Mas as suas decisões atingem os indivíduos indiretamente, e também são discutidas questões de direitos humanos. Apesar de não ser o escopo da Corte, constatou-se, tendo os casos trazidos neste trabalho como base, que ela tem se aproximado das questões de proteção dos direitos individuais. Reconhece, aliás, que os indivíduos possuem direitos imediatos e garantidos por Tratados Internacionais³⁶⁶, e que o Estado deve levar em conta esses direitos e garanti-los internamente. Nos casos de LaGrand e do Sr. Diallo, por exemplo, a Corte identifica disposições diretamente aplicáveis aos indivíduos³⁶⁷. Possivelmente foi a primeira vez em que a CIJ atestou a violação de direitos humanos de uma pessoa, demonstrando a viabilidade da utilização da proteção diplomática para um indivíduo.

Logo, percebe-se que, como já mencionado, a CIJ está deixando de ser apenas um Tribunal de Estados, e vem se pautando na proteção de direitos humanos. Mas como se dá, na prática, a execução de suas decisões?

Ademais, não se pode esquecer que a proteção dos direitos fundamentais igualmente deve ser feita por instrumentos no âmbito interno dos Estados. Quais são esses instrumentos, e quão ligados eles estão à esfera internacional?

Nos títulos que seguem será explicitada como se dá a execução das decisões da Corte Internacional de Justiça, e ainda, em breve análise, qual é a relação do Brasil e de Portugal com os Tratados Internacionais, com os direitos fundamentais e seus instrumentos de proteção. Em suma, neste capítulo será exposta como possivelmente se dá a aplicação das decisões da CIJ, bem como, no Brasil e em Portugal, quais são os mecanismos de proteção interna dos direitos fundamentais.

³⁶⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014, p. 71.

³⁶⁷ Em LaGrand, dispositivos da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (1961), como o direito de acesso ao Consulado do seu país originário, e em Ahmadou Sadio Diallo, no que se refere ao PIDCP e CADH como direitos pessoais, incluindo o mecanismo de proteção diplomática.

4.1. A execução das decisões da Corte Internacional de Justiça

As decisões da CIJ são definitivas e inapeláveis. Os Estados-partes por se apresentarem livremente à Corte assumem ao mesmo tempo o compromisso de respeitar as sentenças desta. E, como visto em alguns casos, quase todas as decisões da CIJ foram implementadas.

Contudo, conforme já exposto, do ECIJ não se extrai nenhum poder especial para elucidar quais seriam as medidas necessárias para execução de suas sentenças³⁶⁸.

Apesar de se ter clara a ideia da obrigatoriedade do cumprimento das decisões, sabe-se que a jurisdição internacional possui competência para dizer o direito – como é o caso da CIJ, e das Cortes Regionais de Direitos Humanos -, mas há limitações no caso da necessidade de se punir os Estados quando estes não cumprem com suas obrigações. E, infelizmente, nem sempre as decisões são cumpridas.

Como no caso da *Société Commerciale de Belgique*³⁶⁹, a falta de execução das obrigações determinadas pelas decisões da CIJ constituiu um ilícito na esfera internacional, tendo responsabilidade o Estado faltoso.

O Artigo 94 da CONU impõe a execução das decisões da CIJ³⁷⁰, mas apenas o Conselho de Segurança da ONU pode elaborar recomendações ou indicar quais medidas devem ser tomadas. Em tese, como explicitado, os Estados-membros, por terem aceitado a jurisdição da Corte, estariam se comprometendo com o cumprimento de suas decisões. Mas, no caso de violação, é o Conselho de Segurança que será acionado.

³⁶⁸ VIEIRA, Daniela Rodrigues; BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça: o papel e perspectivas atuais*. In: Cadernos Adenauer IX, nº 3: Governança Global. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, p. 149.

³⁶⁹ A CPJI assim determinou neste caso, em sentença proferida em 15 de junho de 1939.

³⁷⁰ Artigo 94 da CONU: “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.”

Essa questão de falta de legislação correspondente para a execução das decisões da CIJ apresenta vários problemas. Por exemplo, se o que está disposto na CONU vale apenas para sentenças de mérito, como deve ser feita a execução; no caso de descumprimento? O que deve ser feito; se o Direito Internacional dá aos Estados formas individuais para cobrar que essas sentenças sejam cumpridas? Dentre outras questões que ainda precisam ser respondidas.

As Nações Unidas intervieram positivamente uma única vez para verificar a execução de uma sentença da CIJ: diferença Territorial entre a Líbia e o Chade³⁷¹. Em síntese, a Líbia e o Chade fizeram um acordo sobre as modalidades práticas de execução da sentença dada pela Corte em abril de 1994. Assim sendo, a Líbia retirou suas tropas da Banda de Aouzou, tendo as Nações Unidas observado este movimento. Houve nova demarcação de fronteiras, a formação de patrulhas mistas para o controle destas, a indicação de pontos de passagem, e foi definido um procedimento para desarmar as minas, tudo de acordo com as determinações da CIJ. O Conselho de Segurança abriu, por quarenta dias, o Grupo de Observadores das Nações Unidas na Banda e Aouzou. E em maio de 1994, a administração e as forças da Líbia retiraram-se do local.

Patente é, portanto, a dependência da execução das sentenças da CIJ do Conselho de Segurança. Contudo, a relação entre estes órgãos não é clara, podendo causar o entendimento, inclusive, de uma suposta sobreposição de competência entre eles³⁷².

O Conselho de Segurança das Nações Unidas tem como objetivo zelar pela manutenção da paz e da segurança internacional. No Capítulo VI - Solução Pacífica de Controvérsias da CONU verifica-se a competência para deste órgão de

investigar sobre qualquer controvérsia ou situação suscetível de provocar atritos entre as Nações ou dar origem a uma controvérsia, a fim de determinar se a continuação de tal controvérsia ou situação pode constituir ameaça à manutenção da paz e da segurança internacionais³⁷³

³⁷¹ VIEIRA, Daniela Rodrigues; BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça: o papel e perspectivas atuais*. In: Cadernos Adenauer IX, nº 3: Governança Global. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, p. 150.

³⁷² VIEIRA, Daniela Rodrigues; BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça: o papel e perspectivas atuais*. In: Cadernos Adenauer IX, nº 3: Governança Global. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, p. 150.

³⁷³ Artigo 34 da CONU.

Com exceção das

controvérsias de caráter jurídico [que] devem, em regra geral, ser submetidas pelas partes à Corte Internacional de Justiça, de acordo com os dispositivos do Estatuto da Corte³⁷⁴

É apenas aparente, portanto, a sua competência judicial, não sendo citada a questão da sua tarefa de executoriedade.

Uma das correntes doutrinárias entende, neste sentido, que inexiste uma capacidade normativa do Conselho de Segurança tendo em vista que suas resoluções não possuem escopo de determinar a intenção de uma conduta^{375 376}. E a outra visão seria de que este órgão possui um poder “quasi-judicial”, pois tem capacidade de adjudicação de suas decisões, sendo possível daí desenvolver conflitos com a CIJ, levando em consideração que, conforme já exposto, a CONU não explica qual é a relação exata desses órgãos³⁷⁷.

Com relação ao Artigo 36, 3, da CONU ao Conselho de Segurança é facultado³⁷⁸ levar as questões judiciais à CIJ. Nota-se, desse modo, discricionariedade sobre esta competência (não há jurisdição obrigatória), ou seja, este artigo não vincula as partes.

³⁷⁴ Artigo 36, parágrafo 3 da CONU

³⁷⁵ HIGGINS, Rosalyn. *The Place of International Law in the Settlement of Disputes by the Security Council*. In: American Journal of International Law, 64 (1). Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 1 - 18.

³⁷⁶ Schachter, Oscar. *The Quasi-Judicial Role of the Security Council and the General Assembly*. In: The American Journal of International Law. Vol. 58, No. 4. Cambridge: Cambridge University Press, 1964, pp. 960 - 965.

³⁷⁷ VIEIRA, Daniela Rodrigues; BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça: o papel e perspectivas atuais*. In: Cadernos Adenauer IX, nº 3: Governança Global. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, p. 150.

³⁷⁸ “...o Conselho de Segurança deverá tomar em consideração...” Artigo 36 (3) da CONU.

Sustentado que o conflito de competência entre estes órgãos existe^{379 380}, este é um dos problemas quando se depara com a questão da execução das decisões da CIJ. Isto, pois sem a determinação de como este procedimento deve ser feito, prejudicada está a capacidade de ambos de garantir certa segurança internacional.

A coerção de suas decisões ainda deveria advir do fato de os Estados terem escolhido a CIJ como competente para dirimir os conflitos, afinal os Estados-Partes também consentiram com o ECIJ. Como já elucidado, a jurisdição da Corte é opcional, então se pelos Estados escolhida, deveria por eles ser cumprida para que a tão perquirida paz fosse mantida.

A CIJ não é um Tribunal de exceção, e existem requisitos para a proclamação de uma decisão, a exemplo do Artigo 56 do ECIJ que determina que esta deve ser fundamentada e que deverá constar os nomes dos juízes presentes, de modo que não ocorra sobreposição de interesses individuais³⁸¹.

A Corte deve fundamentar suas decisões em:

- (i) convenções internacionais que tenham regras reconhecidas pelos Estados-partes;
- (ii) costume internacional;
- (iii) princípios gerais do Direito;
- (iv) doutrinas e decisões judiciais, como auxílio para escolha das melhores regras de Direito³⁸².

³⁷⁹ Ver também o parecer consultivo sobre as Consequências Legais na Construção de um Muro no Território Ocupado da Palestina, CIJ, Rec. 2003 em conflito com a Resolução 1343 de 2001 do Conselho de Segurança dado após os ataques de 11 de setembro contra os Estados Unidos da América.

³⁸⁰ CRONIN-FURMAN, Kathleen Renée. *The International Court of Justice and the United Nations Security Council: Rethinking a Complicated Relationship*. vol. 106, n. 2. Columbia: Columbia Law Review, 2006, pp. 435 - 463.

³⁸¹ “Na justificação destas decisões há que se buscar a superação da mera subsunção judicial, enquanto técnica de aplicação da norma, a partir da ampliação das possibilidades interpretativas, ou seja, deve-se intentar pela contraposição aos vários entendimentos e autores, inclusive Montesquieu (2005, p. 167 e 172), que entendem se tratar o juiz de não “mais que a boca que pronuncia as palavras da lei” em que os julgamentos nunca são mais que um texto fixo da lei.” SOARES, Hugo Henry Martins de Assis. *Regime Internacional de Paz: A Corte Internacional de Justiça enquanto solucionadora de conflitos internacionais*. In: Revista Pensamento Jurídico. Vol. 9. Nº 1. São Paulo: FADISP, 2016, p. 107.

³⁸² Artigo 38 do ECIJ.

As decisões da Corte, portanto, são bem fundamentadas, sendo mais um dos motivos de ser tão rara a situação de não cumprimento, dada, aliás, sua importante autoridade jurídica, moral e diplomática.

Repisa-se que a credibilidade da Corte se sustenta por suas sólidas decisões, sendo certo que a falta de aceitação da jurisdição desta por alguns Estados não afeta sua confiabilidade.

Não obstante, o reconhecimento da lealdade processual e boa-fé dos Estados no cumprimento das decisões da CIJ, os indivíduos que têm seus direitos humanos violados ainda não possuem segurança da execução das decisões no plano interno. Isso ocorre não apenas em se tratando das decisões da CIJ, mas no que se refere às decisões proferidas nos sistemas regionais de proteção de direitos humanos.

Há muitos passos para serem dados em ambas as esferas para proteção desses direitos, sua plena eficácia e execução.

Portanto, confia-se nos Estados-membros a execução das decisões da CIJ. Destaca-se que estes, inclusive, devem garantir a todas as pessoas sob sua jurisdição o pleno acesso à justiça, tanto no plano nacional como internacional. É a demonstração de um real compromisso com os direitos humanos fundamentais tanto no plano internacional, quanto na esfera interna.

4.2. Proteção de direitos fundamentais no Brasil e em Portugal

Superada a caminhada acima, cumpre antes de finalizar o estudo proposto, examinar dois Estados e como eles estão inseridos nos sistemas internacionais de proteção, e ainda quais são os mecanismos de proteção internos utilizados.

A relevância desta análise dá-se para se entender como o plano interno se relaciona com a esfera internacional – como são vistos os Tratados e se os Estados estão inseridos nos sistemas de proteção -, e como são positivados esses direitos em suas constituições. Para tanto, foram escolhidos Brasil e Portugal.

Ressalta-se que a origem das constituições de ambos os Estados, Brasil e Portugal, é diferente, vez que o português teve como premissa de luta e contradição o absolutismo de uma sociedade já organizada e estruturada. Ao passo que o brasileiro levantou-se sobre as ruínas sociais do colonialismo e dele em diante as mazelas da construção de uma sociedade a figurar no mundo de frente com as potências mundiais³⁸³.

Ainda, não se pode perder de vista que o Direito, antes de ser norma, na visão de Durkheim, é fato social que se impõe, e como tal, presente em toda forma de vida comunitária de tal sorte que não se pode ter a análise de qualquer aspecto dele - o Direito - sem a consideração do ambiente ou realidade social em que suas regras foram elaboradas e a finalidade que se pretende alcançar com as mesmas³⁸⁴.

Pois bem, tendo em vista estes pontos de fixação sobre ambas as realidades selecionadas, vale dizer que os aspectos políticos, sociológicos e culturais de ambos os povos possuem suas particularidades refletidas em suas Constituições, e verifica-se como ambos se estruturam no tocante aos direitos humanos fundamentais e sua proteção.

Por outro lado, faz-se possível verificar que a estrutura da Constituição portuguesa de 1976 e a brasileira de 1988 guardam uma semelhança quanto ao seu surgimento, haja vista, que aquela vem de um período de 48 anos de autoritarismo, onde, na sociedade algumas pessoas só tinham privilégios e outros só possuíam deveres³⁸⁵, bem como a Carta Cidadã brasileira surge em 1988 como resposta a um governo ditatorial de duas décadas, zelando então pelas garantias de direitos individuais, representando no ideário popular uma constituição dos direitos fundamentais e da proteção jurídica da sociedade³⁸⁶.

³⁸³ BONAVIDES, Paulo. *A evolução Constitucional do Brasil*. Conferência feita pelo autor na Academia Piauiense de Letras em 27 de julho de 2000 (disponível *on line*), p. 156.

³⁸⁴ DANTAS, Ivo. *Teoria do Estado contemporâneo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 230.

³⁸⁵ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direitos Fundamentais. Fundamentos & Direitos Sociais*. Lisboa: Quis Juris? – Sociedade Editora, 2014, p. 165.

³⁸⁶ NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. In: Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 740.

No Brasil

Primeiramente, deve-se entender a incorporação dos Tratados Internacionais na esfera de Direito no Brasil, e então ressaltar alguns artigos constitucionais relevantes de direitos fundamentais e sua proteção.

Os parágrafos 2º e 3º do Artigo 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988 explicitam as regras referentes aos Tratados Internacionais³⁸⁷. Esta CF deu um passo importante abrindo o sistema jurídico do país ao sistema internacional de proteção, conferindo índole constitucional aos Tratados ratificados pelo Brasil, além da possibilidade de aplicação imediata. A CF inclui os direitos desses Tratados no rol de direitos protegidos no Brasil, equivalentes a emendas constitucionais³⁸⁸, desde que observados os requisitos dos parágrafos constitucionais enunciados - um sistema único diferenciado.³⁸⁹

Os Tratados Internacionais, têm, portanto, primazia na ordem doméstica. Exemplos que equivalem à emendas constitucionais são: Tratado de Marraquexe para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para ter Acesso ao Texto e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo³⁹⁰.

Sobre os mecanismos não convencionais de proteção de direitos humanos, o Brasil recebeu a visita de autoridades da ONU para elaboração de relatórios

³⁸⁷ Art. 5º, parágrafos 3º e 4º da CF Brasileira: “§ 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. § 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.”

³⁸⁸ Os efeitos dos tratados como emendas constitucionais são mais amplos que tratados que possuem somente *status* de norma constitucional. Ou seja, eles não podem ser denunciados pelo Congresso Nacional, responsabilizando inclusive o Presidente da República em caso de descumprimento; eles também passam a ser um paradigma para o controle concentrado de constitucionalidade; e, eles reformam a CF. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014, p. 236.

³⁸⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014, pp. 224 - 226.

³⁹⁰ Governo Federal. Planalto. Disponível em: < <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1>>. Acesso em 01 de jan. de 2020.

temáticos, em forma de monitoramento destes direitos. A exemplo de visitas, o país recebeu informações sobre as temáticas relativas à situação dos defensores de direitos humanos em 2005, referente ao direito à moradia em 2004, sobre o direito à alimentação em 2002, entre outras. Estas visitas geraram relatórios apresentados ao Conselho de Direitos Humanos, e por vezes, a partir destes, comunicou-se ao governo para que tomassem medidas urgentes para proteção desses direitos. Contudo, infelizmente nem sempre os pedidos foram realizados.³⁹¹

O Brasil recebeu 246 recomendações de Estados-membros da ONU até 2014, notadamente nos campos de segurança pública, melhoramento no sistema penitenciário e judiciário, combate à violência contra mulheres, indígenas, negros e comunidade LGBTI³⁹².

Os princípios utilizados no Brasil também têm base constitucional, e esta inclusive determina que os direitos humanos prevaleçam nas relações internacionais. Ainda sobre os mecanismos não convencionais de monitoramento de proteção de direitos humanos, segundo seu Ministério de Relações Exteriores,

O Brasil exerce, entre 2019 e 2021, novo mandato no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (CDH), tendo sido eleito com a expressiva votação de 153 sufrágios do total de 193 países com direito a voto, o que representou o reconhecimento da comunidade internacional pelo empenho da nova política externa brasileira na promoção e na proteção dos direitos humanos. Nesse órgão, o Brasil enfatiza a não politização e não seletividade; o direito à vida e à liberdade; o combate a todas as formas de discriminação; e o direito à saúde, bem como a ampliação da cooperação entre os países no combate a violações transnacionais e no intercâmbio de experiências bem-sucedidas³⁹³

Sobre os sistemas de proteção regional de direitos humanos, o Brasil participa do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sendo inclusive a proposta para sua criação feita pelo Brasil³⁹⁴. O país ratificou a Convenção Americana sobre Direitos

³⁹¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014, p. 135.

³⁹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014, p. 137.

³⁹³ Governo Federal. Ministério das Relações Exteriores. *Política externa para direitos humanos*. Disponível em <<https://www.gov.br/mre/pt-br/assuntos/direitos-humanos-e-temas-sociais/direitos-humanos>>. Acesso em 01 de jan. de 2021.

³⁹⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. 2ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 39

Humanos em 1992, sendo promulgada internamente pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro do mesmo ano e reconhecida a jurisdição compulsória da CIDH em 1998.

Na teoria, a simples adesão do Brasil ou de outros países à Convenção Americana de Direitos Humanos deveria tornar as decisões da Corte obrigatórias e de pronta execução. Porém, conforme já debatido sobre a execução das decisões da CIJ, na prática, não ocorre dessa forma. O descumprimento da sentença da CIDH configura nova violação de direitos humanos por parte do Estado, ensejando nova demanda de responsabilização contra esse Estado internacionalmente³⁹⁵.

Assim como o Brasil se obriga a garantir o cumprimento das decisões da CIDH, do mesmo modo o deve no caso da CIJ, tomando inclusive as medidas administrativas e legislativas necessárias para correta implementação³⁹⁶.

No âmbito interno, depois de um período de limitações de liberdade no país, a Constituição de 1988 nasce com o intuito de zelar pelos direitos fundamentais. E, aliás, com a redemocratização de 1985 o país adotou diversos instrumentos internacionais de defesa de direitos humanos³⁹⁷.

A dignidade da pessoa humana é exaltada como princípio fundamental já no Artigo 1º, inciso III³⁹⁸, e em seu Artigo 4º, inciso II³⁹⁹ coloca a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais.

No Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, mais precisamente no Artigo 5º, inciso LXXVIII e seus parágrafos da CF brasileira⁴⁰⁰ é demonstrado o regime jurídico da

³⁹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014, p. 50.

³⁹⁶ PETIOT, Patrick. *A Responsabilidade Internacional do Estado Brasileiro por Violação de Direitos Humanos: o Pagamento de Reparações*. In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. nº 7, dez. 2006, p. 133. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/98>>. Acesso em: 06 de abr. de 2020.

³⁹⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. 2ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, pp. 138 - 143.

³⁹⁸ Artigo 1º da Constituição brasileira "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;"

³⁹⁹ Artigo 4º da Constituição brasileira: "A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos;"

⁴⁰⁰ Artigo 5º da Constituição brasileira: "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, nos termos seguintes: (...) LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios

responsabilidade internacional do Estado, que visa a reparabilidade das violações de direitos humanos. Observa-se nos dispositivos nacionais uma determinação expressa para que realmente ocorra o cumprimento das decisões internacionais, desde que, claro, o Brasil seja signatário destes acordos e tenha aceitado determinada jurisdição.

Mais especificamente sobre os direitos fundamentais na Constituição brasileira, o referido Título II se subdivide em cinco capítulos:

- (i) Dos direitos e deveres individuais e coletivos, ligados à pessoa humana e à sua personalidade, como direito à vida, dignidade, igualdade e liberdade;
- (ii) Dos direitos sociais, que são os direitos relativos à educação, saúde, trabalho, lazer, infância, entre outros, prezando pela igualdade social;
- (iii) Da nacionalidade, que respeita o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a determinado Estado, tendo a pessoa direitos e deveres com este;
- (iv) Dos direitos políticos, explicitando os direitos relativos ao exercício da cidadania no país;
- (v) Dos partidos políticos, relativo à existência, organização e a participação de partidos políticos, instrumentos importantes na preservação do Estado democrático de Direito.

No que tange a semelhança entre o regime jurídico da responsabilidade internacional e a matéria responsabilidade civil, no Brasil tem-se, por exemplo, os Artigos 186⁴⁰¹ e 927⁴⁰² do Código Civil brasileiro, bem como a CF que reconhece a ampla reparabilidade do dano material causado pelo Estado ao particular⁴⁰³.

Nota-se, desse modo, que a constituição é generosa, e a crítica que adveio por conta disso é a de que foi considerada por alguns utópica. De toda forma, o desafio

que garantam a celeridade de sua tramitação. § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

⁴⁰¹ Artigo 186 do CC brasileiro: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁴⁰² Artigo 927 do CC brasileiro: “Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

⁴⁰³ Ainda no Artigo 37, parágrafo 6º da Constituição brasileira: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”. Verifica-se que há o conceito amplo de dano, admitindo-se portanto a condenação do Estado.

do país é digno, pois exalta a saúde, educação, a justiça social, e valoriza o bem comum.

De modo a assegurar estes direitos para os cidadãos, foram postos instrumentos para garantir sua efetivação e proteção. O mandado de segurança, por exemplo, obsta lesão a direito individual líquido e certo violado por ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou por agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público⁴⁰⁴.

Dentre outros remédios constitucionais, quais sejam a ação popular⁴⁰⁵, o *habeas data*⁴⁰⁶, o mandado de injunção⁴⁰⁷, e o *habeas corpus*⁴⁰⁸, representam as garantias instrumentais destinadas à proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Ou seja, eles são os mecanismos à disposição dos indivíduos para demandarem a proteção a seus direitos, mesmo que haja apenas o receio de sua violação.

Inspirando-se na Constituição portuguesa⁴⁰⁹, outra ação constitucional introduzida foi a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, onde, quando há lacuna legal, faculta-se ao Supremo Tribunal Federal recomendar à Administração Pública ou ao Legislativo o seu suprimento⁴¹⁰. Esta, dentre outras – como ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental - é uma ação de controle de constitucionalidade, que é uma forma de verificação da adequação das normas infraconstitucionais à Constituição.

Nota-se, portanto, que no Brasil os direitos humanos ganharam relevo importante. Há preocupação tanto na Constituição deste Estado, quanto no cumprimento dos Tratados, de forma a assegurar os valores da dignidade da pessoa

⁴⁰⁴ Vide Artigo 5º, inciso LXIX da Constituição brasileira, e Lei 12.016 de 2009.

⁴⁰⁵ Artigo 5º, inciso LXXIII da Constituição brasileira.

⁴⁰⁶ Artigo 5º, inciso LXXII da Constituição brasileira.

⁴⁰⁷ Artigo 5º, inciso LXXI da Constituição brasileira.

⁴⁰⁸ Artigo 5º, inciso LXVII da Constituição brasileira.

⁴⁰⁹ TÁCITO, Caio. *Proteção dos Direitos Fundamentais*. Conferência no Conselho Técnico ou no C.N.C., em 18 de novembro de 1993. In: Revista de Direito Administrativo 194:1-5. Rio de Janeiro, out/dez 1993., p. 3.

⁴¹⁰ Artigo 103, parágrafo 2º da Constituição brasileira: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

humana. Ainda há muitas evoluções referentes a matéria a serem feitas, mas percebe-se a preocupação com a proteção desses direitos, tanto na esfera interna, quanto externa.

Em Portugal

Portugal é um país que participa ativamente das questões referentes aos direitos humanos, envolvendo-se inclusive em organizações internacionais, como o Conselho de Direitos Humanos (2015 a 2017). Ainda, o país dedica-se ao Conselho da Europa,

participando em grupos de trabalho temáticos e em conferências internacionais promovidas no seio da instituição, organizando visitas dos órgãos dos seus tratados a Portugal e promovendo ativamente o Centro Norte Sul.⁴¹¹

Internamente, este Estado possui o Secretariado Executivo da Comissão Nacional para os Direitos Humanos⁴¹², que dentre outras atividades, preza pelo cumprimento do país das obrigações dos instrumentos internacionais de direitos humanos, demonstrando seu real comprometimento neste âmbito.

Sobre as relações internacionais, Portugal enuncia em sua constituição que se rege em respeito aos direitos do homem, da igualdade entre os Estados, preconizando a democracia, a paz, e o progresso da humanidade⁴¹³. Neste sentido, coloca os princípios e as normas de direito internacional geral ou comum como parte integrante do direito português⁴¹⁴.

⁴¹¹ Portal do Governo. Portal Diplomático. República Portuguesa. *Direitos Humanos*. Disponível em: < <https://www.portaldiplomatico.mne.gov.pt/politica-externa/direitos-humanos>>. Acesso em 28 de dez. de 2020.

⁴¹² Portal Diplomático. Comissão Nacional para os Direitos. Ministério dos Negócios Estrangeiros. Disponível em: < <https://direitoshumanos.mne.gov.pt/pt/>>. Acesso em: 28 de set. 2020.

⁴¹³ Artigo 7º da Constituição portuguesa:

⁴¹⁴ Artigo 8º, 1 da Constituição portuguesa: “As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.”

A conexão entre a ordem jurídica interna e internacional nem sempre foi uma questão pacífica. Porém, nesta discussão entre monismo e dualismo, a defesa de ordens independentes perdeu seguidores, tendo em vista que as esferas interna e externa se cruzam, como já notado neste trabalho, e se alimentam reciprocamente.

O Artigo 8º da Constituição portuguesa demonstra a adesão ao monismo, e de acordo com o Artigo 7º ao *ius cogens* deverá ser conferido valor supraconstitucional⁴¹⁵, funcionando como limitação do poder constituinte⁴¹⁶. De qualquer modo, tem-se que as normas das Convenções Internacionais devem ser ratificadas ou aprovadas para passarem a vigorar na ordem interna, após sua publicação oficial⁴¹⁷. O item 3 deste mesmo artigo, introduz a possibilidade da aplicação da ordem jurídica interna das normas advindas das organizações internacionais das quais Portugal faça parte⁴¹⁸.

Portanto, para adoção de Tratados Internacionais, há (i) negociação pelo Governo⁴¹⁹; (ii) assinatura, dependente da decisão do Conselho de Ministros, e apenas com ela se opera a recepção do tratado internacional na ordem interna; (iii) aprovação; (iv) ratificação pelo Presidente, vinculando o Estado, para que haja a produção dos efeitos jurídicos na ordem interna; (v) referenda e (vi) publicação⁴²⁰.

⁴¹⁵ “Em conformidade, o DIP comum ou geral – codificado ou não – vigora sem necessidade de observância de qualquer dos procedimentos aplicáveis à vinculação internacional do Estado. Plenamente recebido, sem subordinação a qualquer condição, não carece de aprovação, ratificação ou publicitação para vigorar na ordem jurídica interna, condicionando a atuação de todos os sujeitos de direito e conformando a ação dos órgãos do Estado, incluindo o poder constituinte.” BARRETO, Patrícia Salvação. *A ratificação de tratados internacionais, uma perspectiva de direito comparado: Portugal*. In: ESTUDO. EPRS | Direção-Geral dos Serviços de Estudos do Parlamento Europeu. Unidade Biblioteca de Direito Comparado PE 630.294 – Novembro 2018, p. 9. Disponível em <[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU\(2018\)630294](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU(2018)630294)>. Acesso em 02 de jan. de 2020.

⁴¹⁶ “[Os princípios ..] estruturantes da comunidade internacional não podem, por isso, deixar de se sobrepor à Constituição de qualquer Estado membro dessa Comunidade. Expressando a consciência jurídica universal, não menos exprimem a consciência jurídica do povo português, hoje. Ainda que o art.º 7.º não os contivesse, nunca o poder constituinte estaria habilitado a contrariá-los ou subvertê-los.” MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 6:ª Edição. Editora Princípio: 2016.

⁴¹⁷ Artigo 8º, 2 da Constituição portuguesa: “2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.”

⁴¹⁸ Artigo 8º, 3 da Constituição portuguesa: “3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respetivos tratados constitutivos.”

⁴¹⁹ Artigo 197, 1, “b” da Constituição portuguesa.

⁴²⁰ BARRETO, Patrícia Salvação. *A ratificação de tratados internacionais, uma perspectiva de direito comparado: Portugal*. In: ESTUDO. EPRS | Direção-Geral dos Serviços de Estudos do Parlamento Europeu. Unidade Biblioteca de Direito Comparado PE 630.294 – Novembro 2018, pp. 23 - 25.

Já no que tange aos sistemas de proteção regional desses direitos, Portugal é Estado-membro da Corte Europeia de Direitos Humanos. Há vinculação dos países signatários da Convenção Europeia dos Direitos do Homem às decisões prolatadas pela CEDH, ensejando obrigação a estes.

Da mesma forma que o Brasil, Portugal não dispõe dos mecanismos necessários à imediata e efetiva execução de todas as sentenças da CEDH⁴²¹. Como já dito, ainda há muito para o mundo evoluir nesta questão de execução de decisões para proteção desses direitos.

Na esfera interna, já no preâmbulo da Constituição portuguesa, há a afirmação da *“decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos.”*

Nota-se a importância desses direitos para este Estado, sendo que a Constituição de 1976 é uma resposta ao regime autoritário anterior e aos embates ideológicos⁴²². Logo em seu primeiro artigo⁴²³ há a aclamação da dignidade da pessoa humana, e é colocada em sua sistemática a prevalência dos direitos fundamentais.

Em sua Parte I, encontram-se os direitos e deveres fundamentais (Artigos 12º ao 79º da Constituição portuguesa).

(i) Primeiro título, têm-se os princípios gerais, quais sejam o da universalidade, igualdade, o âmbito e o sentido dos direitos fundamentais, regime de direitos, liberdades e garantias, força jurídica, acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva, direito de residência, dentre outros. O Artigo 16º preceitua que os direitos fundamentais não excluem os consignados nas regras de direito internacional, e ainda os preceitos constitucionais devem ser interpretados em harmonia com a DUDH,

Disponível em
<[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU\(2018\)630294](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU(2018)630294)>.
Acesso em 02 de jan. de 2020.

⁴²¹ LOPES, Maurício Caldas. *A Execução das Sentenças do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no Âmbito Interno dos Países Contratantes*. In: Revista da EMERJ, v. 13, nº 50, 2010, p. 128. Disponível em: < https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_84.pdf> . Acesso em: 02 de jan. de 2020.

⁴²² MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 170.

⁴²³ Artigo 1º da Constituição portuguesa: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

demonstrando a total simetria desta carta pátria com os direitos humanos fundamentais;

(ii) O Título II – Direitos, liberdades e garantias, em seu primeiro capítulo, é referente aos direitos, liberdades e garantias pessoais, trazendo, por exemplo, o direito à vida, à integridade pessoal, à liberdade de expressão, liberdade de aprender e ensinar. O capítulo II é referente aos direitos, liberdades e garantias de participação política, como o direito de sufrágio e o acesso à cargos públicos. O capítulo III é destinado aos direitos dos trabalhadores, quais sejam a segurança no trabalho, liberdade sindical, dentre outros;

(iii) O Título III, colaciona os direitos e deveres econômicos, sociais e culturais, dividindo-se em três capítulos, respectivamente, nos direitos econômicos, observa-se o direito ao trabalho, aos consumidores, entre outros; nos direitos sociais, encontra-se a segurança social e a solidariedade, saúde, qualidade de vida; e nos direitos culturais, tem-se a educação, a ciência, o ensino.

Inclusive, a jurisprudência constitucional contribui para afirmação desses direitos, densificando, por exemplo, o princípio da igualdade e sua aplicação por sentenças aditivas, explicitando o direito à identidade pessoal, reafirmando o bom tratamento aos estrangeiros, dentre outros⁴²⁴.

Sobre a proteção desses direitos na Constituição, encontramos como tarefas fundamentais do Estado, em seu Artigo 9º, por exemplo, a garantia dos direitos e liberdades fundamentais, a promoção do bem-estar e qualidade de vida, a efetivação dos direitos econômicos, entre outros.

A CF igualmente traz instrumentos para proteção desses direitos, como o *habeas corpus*⁴²⁵, que pode ser requerido por qualquer cidadão contra abuso de poder, em virtude de prisão ou detenção ilegal. O Tribunal Constitucional de Portugal⁴²⁶ também age como guardião da Constituição, e consequentemente dos direitos fundamentais nela inseridos, fiscalizando a inconstitucionalidade e ilegalidade⁴²⁷ das normas. Papel semelhante ao desempenhado pelo STF no Brasil.

⁴²⁴ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 175.

⁴²⁵ Art. 31º da Constituição portuguesa.

⁴²⁶ Art. 221º e seguintes da Constituição portuguesa.

⁴²⁷ Parte IV da Constituição portuguesa, Artigo 277º e seguintes.

Logo, em Portugal os direitos fundamentais são base importante, bem como sua real efetivação e proteção.

Em breve análise comparada desses Estados, ambos fazem parte ativamente de instituições, órgãos ou debates relacionados à temática de Direitos Humanos, pautando tanto sua atuação interna, quanto internacional na proteção destes direitos.

Observa-se que sob o sistema de direitos fundamentais, ambos os Estados se estruturaram em suas Constituições, denotando os caminhos pelos quais deverão os direitos fundamentais percorrerem na eterna luta do equilíbrio em prol do cumprimento dos direitos humanos.

Quando visualizadas em paralelo, guardadas as diferenças, as Constituições denotam traços marcantes pelos direitos fundamentais, sendo uma das mais fortes entre as duas culturas jurídicas⁴²⁸. Percebe-se que se “*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana*”⁴²⁹, e o Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana⁴³⁰, as tarefas fundamentais portuguesas e os objetivos fundamentais brasileiros passarão por tal princípio estruturante.

Não diferente, encontra-se entre as tarefas fundamentais do Estado português a garantia dos direitos e liberdades fundamentais e a defesa do bem-estar e qualidade de vida do povo⁴³¹, ao passo que o Estado brasileiro persegue reduzir as desigualdades sociais, erradicar a pobreza e promover o bem de todos⁴³².

Mas, nota-se que resguardadas as diferenças entre ambas as nações nos mais variados campos, tendo em vista que as Constituições surgem como resposta a regimes ditatoriais e que os países guardam ainda íntima relação, os fundamentos dos Estados deságuam na preocupação em reafirmar a dignidade da pessoa humana, buscar a erradicação das diferenças e garantir a defesa dos direitos e liberdades fundamentais.

⁴²⁸ ALEXANDRINO, José Melo. *Linhas do constitucionalismo português e do constitucionalismo brasileiro*. In: Portugal e Brasil: Um Direito Comum no Bicentenário do Reino Unido. Lisboa: IDB, 2016 (e-book), p. 31.

⁴²⁹ Artigo 1º, primeira parte, da Constituição portuguesa.

⁴³⁰ Artigo 1º, inciso III da Constituição brasileira.

⁴³¹ Artigo 9º, “b” e “d” da Constituição portuguesa.

⁴³² Artigo 3º, III e IV da Constituição brasileira.

Por fim, é de se concluir que ambas as Constituições abrem-se na sua estruturação fundante, apresentando seus objetivos e tarefas fundamentais, sua relação internacional, para então mais do que mera colocação de pertinência textual, mas de valor intrínseco à compreensão do Estado, abordarem os direitos humanos fundamentais.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por finalidade a análise da evolução dos direitos humanos fundamentais, e a sua proteção nos âmbitos externo e interno dos Estados. Almeja-se que a análise aqui feita possa colaborar com reflexão sobre a preservação desses direitos, no que se refere à disposição destes nos mecanismos nessas esferas de atuação, examinando sua real eficácia.

A dignidade da pessoa humana é o ponto de partida, pois, além de sua notória relevância, o seu reconhecimento pelos Estados a transformou num valor supremo na ordem jurídica tanto internacional quanto interna. Como visto, este atributo atrai a efetivação dos direitos fundamentais. A partir deles foram impostos deveres e responsabilidades para os Estados de proteção destes, e por meio, inicialmente, de análise doutrinária, foi possível traçar um panorama sobre o desenvolvimento destes direitos, relacionando-os com as tarefas fundamentais do Estado.

Ao mesmo tempo que o Estado não deve intervir sobre as liberdades das pessoas, também deve garantir a efetivação dos direitos humanos fundamentais através dos instrumentos para ele disponíveis, como os sistemas internacionais de proteção, e os próprios mecanismos internos dispostos nas suas constituições. Verificou-se a relação existente, ao longo do tempo, entre a evolução dos direitos humanos fundamentais e as respectivas funções do Estado, e a provocação da proteção destes internacionalmente.

Concluiu-se que há uma identidade entre os âmbitos interno e internacional na defesa de direitos, pois com o passar das décadas aconteceu a ampliação da esfera de tutela destes, tendo em vista que a primazia da pessoa humana é latente na ordem mundial atualmente.

A despeito de no ano da sua criação a Corte Internacional de Justiça ser o único órgão internacional em atividade, a criação de outros Tribunais não comprometeu o seu papel de guardião da paz e segurança internacional. Constatou-se, nesta dissertação, que nas últimas décadas houve um grande avanço em relação à proteção internacional dos direitos humanos nesta Corte.

Em cada caso analisado, houve uma conclusão no sentido da proteção de direitos individuais.

No episódio do Pessoal Diplomático dos EUA em Teerã, a situação com os reféns foi resolvida em razão dos esforços diplomáticos, porém a atuação da CIJ foi imprescindível para resolução do ocorrido. Neste caso não houve apenas a constatação da violação de direitos humanos, mas ainda o reconhecimento de direitos individuais.

Já no Mandado de Prisão de 11 de abril de 2000 do Sr. Yerodia, colocou-se em pauta a relativização da soberania dos Estados em face da efetivação da garantia internacional dos direitos humanos. O dualismo do sistema internacional também foi revelado, demonstrando como o avanço da primazia desses direitos tem causado um debate intenso sobre as regras de Direito Internacional.

Em LaGrand, a execução dos irmãos configuraram clara violação individual de direitos humanos, sem que houvesse respeito às regras da Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Patente restou que o instrumento da proteção diplomática incorpora elementos de amparo aos direitos humanos. O acesso à justiça ao indivíduo, mesmo que de forma indireta, ocorreu.

No caso de Avena e outros nacionais mexicanos, houve até um pedido de um dos Estados litigantes para que a Corte se manifestasse para reconhecer que a notificação e a comunicação consulares fossem considerados direitos humanos fundamentais. Apesar de a Corte não acolher este argumento, ela apreciou cada uma das ações dos nacionais mexicanos, se debruçando sobre os direitos individuais desses cidadãos.

No último, colacionado neste trabalho, e um dos mais emblemáticos, em voto separado, Cançado Trindade, fez uma análise do caso Diallo com um viés de Direitos Humanos. Após a Corte constatar a violação de direitos pelo Estado Congolês, e admitido o seu caráter de violação de direitos humanos, houve a determinação de que houvesse uma compensação em razão da detenção e expulsão do Sr. Diallo. Compensação esta devida a um indivíduo.

A proteção diplomática foi reconhecida como um instrumento potencial para que os Estados defendam direitos humanos. Converte-se, portanto, em proteção individual dos direitos humanos.

Constatou-se que a Corte Internacional de Justiça extrapolou o clássico enfoque interestatal, e apreciou demandas onde pessoas que tiveram seus direitos violados puderam ser amparadas através da intervenção de um Estado, preconizando os direitos humanos. O acesso à justiça é condição indispensável para a construção de um regime jurídico igualitário, que busque a salvaguarda de direitos.

Outra conclusão a partir disso é que já não é possível argumentar a favor de um monopólio estatal de titularidades de Direitos Internacionais, reconhecendo a importância da pessoa humana, sendo dela e por ela, inclusive, que todas as instituições foram criadas.

Apesar dessa evolução, depreendeu-se que o acesso a esta Corte é restrito. O instrumento de proteção diplomática é precário para que haja efetiva proteção do indivíduo. Ademais, mesmo quando há apreciação de demandas pela Corte, confia-se aos Estados-membros a execução das decisões da CIJ. E, infelizmente, nem sempre as decisões são cumpridas.

Claro ficou que todas as pessoas devem ver seus direitos respeitados, e os Estados devem garantir sob sua jurisdição o pleno acesso à justiça, tanto nos âmbitos interno e externo, configurando, assim, um efetivo compromisso com os direitos humanos fundamentais.

No que tange à tutela desses direitos em Portugal e no Brasil, percebeu-se que, resguardadas as diferenças entre ambos Estados, eles se preocupam com a sua garantia e efetivação, participando dos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos, bem como respeitam os mecanismos convencionais e extraconvencionais de garantia. Esses Estados admitem os Tratados Internacionais em sua legislação, e tem como primazia os direitos fundamentais em suas constituições.

Esses países baseiam-se no respeito a proteção da dignidade da pessoa humana, conceito este serviu como ponto de partida para esta dissertação, e que funda toda preocupação legítima, seja na esfera interna ou externa de proteção, de proteção desses direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, José Melo. *Linhas do constitucionalismo português e do constitucionalismo brasileiro*. In: Portugal e Brasil: Um Direito Comum no Bicentenário do Reino Unido. Lisboa: IDB, 2016 (e-book).

ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 17, 1999.

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

ALMEIDA, Daniela Lima de. *O acesso do indivíduo à jurisdição internacional de direitos humanos: reflexões sobre a relativização do conceito de soberania estatal* (disponível on-line).

AZNAR-GÓMEZ, Mariano J. *Organization of the Court. Article 2*. In: ZIMMERMANN, Andreas; [et. all.], edited. *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*. New York: Oxford University Press, 2000.

BARRETO, Patrícia Salvação. A ratificação de tratados internacionais, uma perspectiva de direito comparado: Portugal. In: ESTUDO. EPRS | Direção-Geral dos Serviços de Estudos do Parlamento Europeu. Unidade Biblioteca de Direito Comparado PE 630.294 – Novembro de 2018, p. 9. Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU\(2018\)630294](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_STU(2018)630294). Acesso em 02 de jan. de 2020.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *A evolução Constitucional do Brasil*. Conferência feita pelo autor na Academia Piauiense de Letras em 27 de julho de 2000 (disponível on-line).

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4ª ed. Oxford: Oxford University, 1990.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional. Volume I. Direito Comparado. Teoria Geral do Estado e da Constituição. As Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977;

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 11 reimp. Coimbra: Edições Almedina, 1941.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

- CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional no tempo clássico*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Rumo à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Ediar Sociedade Anôn. Editores, 1978.
- CRONIN-FURMAN, Kathleen Renée. *The International Court of Justice and the United Nations Security Council: Rethinking a Complicated Relationship*. vol. 106, n. 2. Columbia: Columbia Law Review, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2017;
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direitos Fundamentais. Fundamentos & Direitos Sociais*. Lisboa: Quis Juris? – Sociedade Editora, 2014;
- DANTAS, Ivo. *Teoria do Estado contemporâneo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013;
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2014;
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- DIPLA, Haritini. *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme: problèmes d'imputation*. Paris: A. Pedone, 1994.
- DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: contributo para um fundamento constitucional no processo civil*. Tese de mestrado em Ciências Jurídicas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Orientador Professor Doutor Paulo Otero, Lisboa: [s.n.], 2002.
- DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel. Théorie générale de l'État. Le Droit et l'État -Les Libertés publiques; L'organisation politique de la France*. Paris: E. de Boccard, 1923;
- DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel. Tome Premier. La Règle de Droit. Le problème de L'État*. Paris: E. de Boccard, 1921;
- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015;
- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2016;
- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2015;
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira; FELIX, Loussia Penha Musse. *Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos em Teerã (Estados Unidos vs. Irã) (24 de Maio de 1980)*. In: O direito internacional em movimento: jurisprudência internacional comentada: Corte Internacional de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Org. João Henrique Ribeiro Roriz e Alberto do Amaral Júnior. 1. ed. Brasília: IBDC, 2016.
- GOUVEIA, Jorge Barcelar. *Manual de Direito Internacional Público*. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

HENRIQUES, Fabricio da Silva. *O desenvolvimento da proteção diplomática e da assistência consular e a contribuição da Corte Internacional de Justiça: uma análise dos casos LaGrand, Avena e Diallo*. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de Brasília. Brasília, 2016.

HIGGINS, Rosalyn. *The Place of International Law in the Settlement of Disputes by the Security Council*. In: American Journal of International Law, 64(1). Cambridge: Cambridge University Press, 2017, Copyright: American Society of International Law 1970.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Disponível em <<https://www.icj-cij.org/en>>.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Tradução de Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1981.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1938.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito. Introdução à problemática científica do Direito*. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007;

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1982.

LOPES, Maurício Caldas. *A Execução das Sentenças do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no Âmbito Interno dos Países Contratantes*. In: Revista da EMERJ, v. 13, nº 50, 2010. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_84.pdf> . Acesso em: 02 de jan. de 2020.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

MARTINS, Rui Decio; MARTINS, Clara Magalhães. *Proteção Diplomática e Assistência Consular como Direitos Fundamentais*. In: Direito internacional dos direitos humanos III. Organização CONPEDI/UdelaR/ Unisinos/URI/UFSM /Univali/UPF/FURG, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2014.

MIRANDA, Jorge. *A Constituição de 1976: formação, estrutura, princípios fundamentais*. Lisboa: Petrony, 1978.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 6:ª Edição. Editora Princípia: 2016.

MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2017.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra Editora, 2010.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional: Funções do Estado e Poder Legislativo no Ordenamento Português. Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015;

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. In: Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Coimbra Editora, 2003;

NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007;

NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro; NASCIMENTO, Germana Aguiar Ribeiro. *O Acesso do Indivíduo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: Direito internacional dos direitos humanos II. Org. CONPEDI/UFMG/FUMEC. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2017.

NUNES, Bartira Magalhães Filgueiras; FONTOURA, Thalita Christine de Mendonça. *O instituto da proteção diplomática: uma breve análise do caso avena e outros nacionais mexicanos perante a Corte Internacional de Justiça*. In: Revista do CEPEJ (Centro de Estudos de Pesquisas Jurídicas), n. XIX – Edição Especial de Direito Internacional. Salvador: 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/22040>>. Acesso em: 29 dez. 2020. OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais I*. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. Lisboa: Almedina, 2011.

PETIOT, Patrick. *A Responsabilidade Internacional do Estado Brasileiro por Violação de Direitos Humanos: o Pagamento de Reparações*. In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Nº 7, dez. 2006. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/98>>. Acesso em: 06 abr. 2020.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Série IDP. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINTO, Mónica. *De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme*. t. 106, n. 3. Paris: Revue générale de droit international public, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIRATELI, Marcelo Augusto; OLIVEIRA, Terezinha. *Breves ponderações sobre o conceito de pessoa em Santo Tomás de Aquino*. Acta Scientiarum. Human and Social Sciences, v. 30, n. 1, 2008. Disponível em: <<http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/ActaSciHumanSocSci/article/view/1943/1943>>. Acesso em 20 de dez. de 2020.

PORTUGAL. Constituição VII Revisão Constitucional [2005]. Constituição da República Portuguesa.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martin Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito. Ajustada ao novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIETER, Eva R.. *International Human Rights Law and the International Court of Justice*. Radboud University Nijmegen - Faculty of Law, January 18, 2014. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2393651>>. Acesso em 04 de abr. de 2020.

ROSENNE, Shabtai. *The World Court: what it is and how it works*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHACHTER, Oscar. *The Quasi-Judicial Role of the Security Council and the General Assembly*. In: The American Journal of International Law. Vol. 58, No. 4. Cambridge: Cambridge University Press, 1964.

SCHWEBEL, Stephen M. *Human Rights in the World Court*. In: PATHAK, R.S.; DHOKALIA, R.P. *Essays in Memory of Judge Nagendra Singht*. Dordrecht: Martin Nijhoff Publishers, 1992.

SCHWELB, Egon. *The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter*. The American Journal of International Law, vol. 66, n. 2, 1972. Disponível em <www.jstor.org/stable/2199033>. Acesso em 19 de abr. de 2020.

SHELTON, Dinah L. *Advanced Introduction to International Human Rights Law*. In: Human Rights Law Review, Volume 15, Issue 2, June 2015, Pages 395–400. Disponível em: <<https://academic.oup.com/hrlr/article-abstract/15/2/395/611793?redirectedFrom=fulltext>>. Acesso em: 29 de set. De 2020.

SHELTON, Dinah L. *Form, Function, and the Powers of International Courts*. In: Chicago Journal of International Law: Vol. 9: N. 2, Article 8 (2009). Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol9/iss2/8>>. Acesso em: 20 de set. de 2020.

SHELTON, Dinah L. *Protecting Human Rights in a Globalized World*. 25 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 273 (2002). Disponível em <<https://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol25/iss2/7>>. Acesso em 20 de set. de 2020.

SHELTON, Dinah L. *Remedies in International Human Rights*. GW Law School Public Law and Legal Theory Paper No. 2013-56. Oxford: Oxford University Press, 1999.

SILVA, Cristian Kiefer da; SOARES Júnior, Luiz Antônio; PEGO, Anne Vieira Teodorak. *Os quarenta anos da constituição portuguesa e os direitos humanos fundamentais no Brasil e em Portugal: um panorama*. In: Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS. Edição Digital. Volume XIII. Número 2. Porto Alegre: 2018.

SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. In: Revista de Direito Administrativo 212:89-94. Rio de Janeiro, abr./jun. 1998

SOARES, Hugo Henry Martins de Assis. *Regime Internacional de Paz: A Corte Internacional de Justiça enquanto solucionadora de conflitos internacionais*. In: Revista Pensamento Jurídico. Vol. 9. nº 1. São Paulo: FADISP, 2016.

SOUSA, Aiston Henrique de. *A garantia do acesso à justiça na Corte Interamericana de Justiça no Tribunal Europeu de Direitos Humanos*. Relatório de doutoramento para a cadeira de Direitos Fundamentais apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Orientador Professor Doutor José Manuel Ribeiro Sérvulo Correia, Lisboa: [s.n.], 2006.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Direito Constitucional. I- Introdução à Teoria da Constituição*. Braga: Livraria Cruz, 1979.

TÁCITO, Caio. *Proteção dos Direitos Fundamentais*. Conferência no Conselho Técnico ou no C.N.C., em 18 de novembro de 1993. In: Revista de Direito Administrativo 194:1-5. Rio de Janeiro, out/dez 1993.

TAIAR, Rogério. *Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos*. Tese de doutorado, Área de concentração: Direitos Humanos. Professora Orientadora Dilma de Melo Silva. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

THOMAS, Letícia Borges. *A possibilidade de adoção, pela Corte Internacional de Justiça, de uma abordagem mais humanista quanto à sua jurisdição nos casos que envolvam normas peremptórias e jus cogens*. In: Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 14, dez. 2014. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/271>>. Acesso em: 18 de abr. de 2020.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. 2ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos*. In: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos: 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos*. In: Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Nº 113-118. Brasília: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1998.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Público*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VATTEL, Emmerich de. *The Law of Nations, or the Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*. Philadelphia: T. & J. W. Johnson, Law Booksellers, 1844. Disponível em: <https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Lieber_Collection/pdf/DeVattel_LawOfNations.pdf>. Acesso em: 29 de dez. de 2020.

VIEIRA, Daniela Rodrigues; BRANDT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Corte Internacional de Justiça: o papel e perspectivas atuais*. In: Cadernos Adenauer IX, nº 3: Governança Global. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009.

Warbrick, Colin. *Brownlie's Principles of Public International Law: An Assessment*. In: EJIL, Vol. 11, nº 3 (2000).

YAMATO, Roberto Vilchez. *Mandado de Prisão de 11 de Abril de 2000 (República Democrática do Congo vs. Bélgica) (14 de Fevereiro de 2002)*. In: O direito internacional em movimento: jurisprudência internacional comentada: Corte Internacional de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Org. João Henrique Ribeiro Roriz e Alberto do Amaral Júnior. 1. ed. Brasília: IBDC, 2016.

YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Trad. Daniel Grassi. 2ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Linha direito comparado: teoria geral do Estado*. Série IDP. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2016.