



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Pedro Farias Oliveira


**A relevância da proteção diplomática no Direito Internacional
contemporâneo: relações com os direitos humanos e novas fronteiras de
aplicação**

Rio de Janeiro

2018

Pedro Farias Oliveira

A relevância da proteção diplomática no Direito Internacional contemporâneo: relações com os direitos humanos e novas fronteiras de aplicação



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: cidadania, Estado e globalização.

Orientador: Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos

Rio de Janeiro

2018

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

O48

Oliveira, Pedro Farias.

A relevância da proteção diplomática no direito internacional contemporâneo: relações com os direitos humanos e novas fronteiras de aplicação / Pedro Farias Oliveira. - 2018.

119 f.

Orientador: Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direitos humanos - Teses. 2. Direito internacional – Teses. 3. Mercosul (Organização)– Teses. I. Vasconcelos, Raphael Carvalho de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Pedo Farias Oliveira

A relevância da proteção diplomática no Direito Internacional contemporâneo: relações com os direitos humanos e novas fronteiras de aplicação

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: cidadania, Estado e globalização.

Aprovada em 28 de fevereiro de 2018.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof.^a Dr.^a Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Siddharta Legale

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2018

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Calipes e Adamiram, pelo amor incondicional e pelo constante e mais abrangente suporte.

À minha irmã, Rita, e ao meu tio, Antonio, pelo apoio sincero e pela companhia durante todos esses anos.

À Elga, pelo carinho durante toda essa etapa e, principalmente, pela compreensão acerca dos momentos de ausência.

Ao meu orientador, Raphael Carvalho de Vasconcelos, não só pela irretocável orientação acadêmica – o que confirmou as expectativas geradas pelo seu notório conhecimento jurídico e empenho profissional –, mas também pelas valiosas conversas e conselhos, todos temperados com a humanidade e a humildade tão escassas no mundo docente.

Aos demais professores do PPGD/UERJ com os quais tive a honra de aprender as mais importantes lições, sob os mais variados pontos de vista: Marilda Rosado de Sá Ribeiro, Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues e Carlos Eduardo Adriano Japiassú.

Aos colegas do PPGD/UERJ, Brenda Araújo, Cláudio Bastos, Eraldo Silva, Leandro Borsatto, Matheus Farinhas, Siddharta Legale, Rodrigo Cittadino e Rodrigo Moreira, que certamente tornaram esses penosos anos de estudo mais leves e agradáveis.

Aos funcionários dedicados da UERJ, instituição que sofreu uma de suas piores crises estruturais nos anos em que cursei o mestrado. Agradeço, em especial, aos servidores da secretaria do PPGD e da biblioteca que, sempre destoantemente solícitos e disponíveis, superaram as óbvias adversidades e impedem que a faculdade se perca em apatia e burocracia.

RESUMO

OLIVEIRA, Pedro Farias. *A relevância da proteção diplomática no Direito Internacional contemporâneo: relações com os direitos humanos e novas fronteiras de aplicação*. 2018. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

Os avanços do direito internacional em relação ao reconhecimento de da personalidade jurídica internacional do indivíduo parecem ter colocado em xeque a utilidade do instituto da proteção diplomática. Reputado como obsoleto, alguns autores defendem seu abandono, em favor da proteção universal dos direitos humanos. O presente trabalho, entretanto, afirma o contrário, demonstrando que o instituto permanece relevante para o direito internacional contemporâneo. No intuito de alcançar esse objetivo, parte-se da conceituação do instituto como uma norma secundária e costumeira de direito internacional, para depois explicitar a sua relação com a sistemática da proteção internacional dos direitos humanos. Enfatizam-se, ao final, as influências que esse último ramo do direito trouxe para a proteção diplomática, para, ao final, demonstrar suas novas formas de aplicação, sobretudo com a ampliação do escopo material da norma e seu inegável emprego no Direito Internacional Econômico.

Palavras-chave: Proteção diplomática. Direitos humanos. Direito Internacional Econômico.

ABSTRACT

OLIVEIRA, Pedro Farias. *The relevance of diplomatic protection in contemporary International Law: human rights relations and new frontiers of application*. 2018. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

The advances in international law regarding the acknowledgment of the juridical personality of individuals seem to have put the utility of diplomatic protection at stake. Seen as outfashioned and obsolete, some legal commentators advocate its abandonment in favour of a universal protection of human rights. This work, however, states the opposite by showing that the institute remains relevant to contemporary international law. In order to reach this goal, the dissertation conceptualizes diplomatic protection as a secondary and customary rule of international law, and then proceeds to explain its relation with the human rights system. The influences that this system apportos to diplomatic protection are stressed so that, by the end, the new forms of application of the institute are demonstrated, mainly considering the enlargement of the material scope of the protection and its undeniable use in International Economic Law.

Keywords: Diplomatic protection. Human rights. International Economic Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CEDH	Convenção Europeia sobre Direitos Humanos
CDI	Comissão de Direito Internacional
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CPJI	Corte Permanente de Justiça Internacional
DI	Direito Internacional
ICSID	<i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i>
MSC	Mecanismo de Solução de Controvérsias
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
OSC	Órgão de Solução de Controvérsias
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	A PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA	12
1.1	Esclarecimentos metodológicos: objetivo e relevância	12
1.1.1	<u>Métodos</u>	12
1.2	Conceito e marcos teóricos	13
1.3	Histórico	17
1.4	A natureza da proteção diplomática	20
1.4.1	<u>Direito do Estado protetor: a ficção Mavrommatis</u>	21
1.4.2	<u>Direito pertencente ao particular protegido: o caráter procedimental do instituto</u>	25
1.5	Requisitos	28
1.5.1	<u>Nacionalidade</u>	29
1.5.1.1	Pessoas naturais.....	30
1.5.1.2	Pessoas jurídicas.....	35
1.5.2	<u>Esgotamento dos recursos internos</u>	37
1.5.3	<u>Conduta correta do reclamante (<i>clean hands doctrine</i>)</u>	40
1.6	O Projeto de artigos sobre proteção diplomática da Comissão de Direito Internacional	41
1.7	Conclusões parciais	44
2	PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA E DIREITOS HUMANOS	46
2.1	Uma distinção necessária	47
2.2	Comparativos	49
2.3	Origens da discussão	51
2.4	Os abordamentos de Cançado Trindade	52
2.5	A jurisprudência da CIJ e a ampliação do escopo material	60
2.5.1	<u>LaGrand</u>	62
2.5.2	<u>Avena</u>	67
2.5.3	<u>Diallo</u>	70
2.6	Conclusões parciais	72
3	A PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA NO DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO	75
3.1	O Direito Internacional dos Investimentos	78

3.2	A OMC	82
3.2.1	<u>Participação de particulares no MSC</u>	83
3.2.2	<u>A proteção diplomática na OMC</u>	85
3.2.3	<u>Nacionalidade e esgotamento dos recursos internos</u>	89
3.3	A proteção diplomática no Mercosul	91
3.3.1	<u>O procedimento entre Estados</u>	95
3.3.2	<u>As reclamações de particulares</u>	95
3.3.3	<u>A natureza da atuação da Seção Nacional: discricionariedade ou vinculação?</u>	100
3.3.4	<u>Participação dos particulares</u>	103
3.3.5	<u>Residência habitual ou sede de negócios</u>	105
3.4	Conclusões parciais	108
	CONCLUSÃO FINAL	110
	REFERÊNCIAS	112

INTRODUÇÃO

Um dos paradigmas mais antigos do Direito Internacional (DI) é que seus sujeitos são, por excelência, os Estados. A corrente clássica do DI, com suporte em ideias positivistas e voluntaristas amplamente majoritárias ao menos desde a metade do século XIX até o início do século XX, afirmava que esses sujeitos seriam os principais, senão únicos, destinatários de direitos e de deveres na ordem internacional, podendo celebrar tratados, reconhecer novos Estados e governos, buscar a responsabilização de outros sujeitos por ilícitos internacionais, enfim, praticar todos os atos inerentes à personalidade jurídica internacional. Já o indivíduo, diferentemente, ficaria relegado à condição de mero objeto de proteção ou beneficiário das normas criadas pelos Estados, sem poder atuar diretamente ou reivindicar quaisquer pretensões na referida seara.

Todavia, já no período acima mencionado, a vida internacional expandiu-se consideravelmente, impulsionada por avanços nos transportes e nas comunicações. O que era distante tornou-se próximo, e a atuação transfronteiriça deixou, definitivamente, de ser privilégio de agentes oficiais, diplomatas e poucos comerciantes. As viagens por terra e por mar foram facilitadas, de modo que muitos indivíduos passaram a experimentar relações multiconectadas, tanto em assuntos pessoais quanto profissionais. O investimento estrangeiro consolidou-se como atividade lucrativa, o comércio internacional alcançou patamares sem precedentes, as viagens a lazer ou para estudos tornaram-se mais acessíveis e as famílias multinacionais fizeram-se cada vez mais comuns.

Nesse contexto, era necessário um meio de tutelar os interesses particulares no sistema internacional. Sendo estes considerados como meros beneficiários das normas internacionais e desprovidos de personalidade e capacidade jurídicas internacionais, a solução encontrada foi a substituição dos mesmos pelos Estados. Com base em assertivas doutrinárias, essas coletividades passaram a endossar as demandas de seus nacionais, elevando suas reclamações ao plano internacional e esposando-as em face de outros Estados. Construiu-se, assim, a prática costumeira da proteção diplomática, que não escapou das influências estatocêntricas. Seu exercício é majoritariamente considerado como um direito do Estado em atividade discricionária, dando limitada voz ao indivíduo.

Ocorre que durante o século XX o Direito Internacional passou por profundas modificações, que reverberaram em sua própria estrutura teórica. Muitos passaram a defender o indivíduo como sujeito direto de direitos e de obrigações na ordem internacional, o que foi refletido na própria prática internacional da época. O desenvolvimento dos sistemas regionais

e global de proteção de direitos humanos evidenciou não só a personalidade, mas também a capacidade jurídica internacional do indivíduo.

Na seara do Direito Internacional Penal, o indivíduo passou a ser alvo de responsabilização direta por normas internacionais, figurando no pólo passivo de demandas em tribunais internacionais ad hoc e, finalmente, no Tribunal Penal Internacional. No domínio das relações econômicas, investidores estrangeiros passaram a celebrar acordos diretamente com Estados hospedeiros. Ao mesmo tempo, tratados bi e multilaterais de investimentos passaram a instituir tribunais internacionais que aceitam o indivíduo como reclamante imediato.

O direito de petição individual na ordem internacional, estabelecido em regimes de proteção de direitos humanos e em tribunais arbitrais, bem como a tutela de interesses do indivíduo por outros atores internacionais, como as Comissões de Direitos Humanos, levaram muitos a afirmar que a proteção diplomática havia se tornado obsoleta. O instituto deveria então ser abandonado, frente às inegáveis mudanças observadas no Direito Internacional contemporâneo, pois o particular não mais seria obrigado a depender do Estado para acessar a justiça internacional.

A previsão não se confirmou. A proteção diplomática permanece presente nos manuais e na prática do Direito Internacional, muitas vezes funcionando como único remédio para particulares lesados por ilícitos internacionais em hipóteses não abrangidas pelo desenvolvimento da capacidade internacional do indivíduo. O instituto, contudo, não escapou intocado. Influenciou e foi influenciado pelos desenvolvimentos do Direito Internacional contemporâneo, contribuindo, de um lado, com a experiência secular de sua construção costumeira e, de outro, sendo condenado por inconsistências derivadas de reminiscências dos tempos de sua formação.

Neste trabalho, busca-se identificar o atual escopo de aplicação da proteção diplomática. Na doutrina brasileira, principalmente, não é comum se debruçar sobre o tema. De fato, historicamente, o instituto não fora tão utilizado pelo ou contra o Brasil, o que, de certa forma, justifica sua abordagem mais resumida pelos manuais. No entanto, busca-se demonstrar que o instituto não se revela obsoleto, mas ainda relevante para o direito internacional contemporâneo.

O primeiro capítulo deste trabalho cuidará de expor o instituto da proteção diplomática como costumeiramente consagrado, apontando suas principais características e requisitos. Busca-se estabelecer a proteção diplomática como norma secundária de direito internacional, mais especificamente como meio adequado para buscar a responsabilização de um Estado

pela prática de um ilícito internacional que gera prejuízo a um particular estrangeiro. Serão identificadas, também, as divergências doutrinárias sobre sua natureza e requisitos para sua aplicação, estabelecendo as bases para referências nos capítulos posteriores.

A segunda parte da dissertação analisará o principal questionamento feito quando se imagina o abandono do uso da proteção diplomática no Direito Internacional contemporâneo: a relação entre esta e os sistemas de proteção de direitos humanos. É intuitivo pensar que a proteção diplomática teria seu âmbito de atuação restringido pela consagração do acesso direto de indivíduos à justiça internacional por meio desses sistemas, mas, como será demonstrado, a interação entre os dois temas não é, necessária e unicamente, de exclusão.

O terceiro capítulo cuidará do exame da proteção diplomática no âmbito do Direito Internacional Econômico, compreendendo o Direito Internacional dos Investimentos e o Direito Internacional do Comércio. Enquanto o primeiro constitui o ramo jurídico em que a proteção diplomática tradicionalmente esteve presente, o segundo nem sempre é reconhecido pela doutrina como área de aplicação do instituto. Com isso, busca-se concluir pela não obsolescência da proteção diplomática, mas sim pela manutenção de sua relevância no sistema jurídico internacional.

1 A PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA

1.1 Esclarecimentos metodológicos: objetivo e relevância

Este trabalho originou-se da seguinte questão problema: diante do crescente reconhecimento da personalidade jurídica internacional dos particulares, a proteção diplomática ainda seria útil para o DI ou deveria ser abandonada? Desde o início da pesquisa, trabalhou-se com a hipótese de que, em que pesem as grandes transformações ocorridas no século XX, a proteção diplomática não seria um instituto anacrônico ou obsoleto, mas um conjunto de normas aplicável à ordem internacional hodierna e que não deveria ser abandonado. Nesse sentido, o objetivo geral da presente dissertação seria explicitar a necessidade da proteção diplomática para o DI contemporâneo, o que perpassa os assuntos abordados em cada um dos capítulos do trabalho.

Atinge-se, no primeiro capítulo, o objetivo específico de conceituar a proteção diplomática e suas principais características, base imprescindível para o entendimento do restante da dissertação. Na segunda parte, explica-se a relação da proteção diplomática com o desenvolvimento da personalidade jurídica do indivíduo no DI, diferenciando a sistemática dos direitos humanos das normas sobre o instituto ora estudado. Já no terceiro capítulo, explica-se o uso da proteção diplomática em sua principal seara de aplicação, o Direito Internacional Econômico.

No todo, a dissertação apresenta-se como uma análise sobre o estado atual da proteção diplomática, o que é de grande relevância, pois trata-se de tema pouco explorado por internacionalistas brasileiros. Mesmo na doutrina estrangeira, não se encontra uma análise sistemática satisfatória dos campos de atuação do instituto, principalmente quando se considera a proteção no Direito Internacional do Comércio, objeto do capítulo 3 da presente dissertação.

1.1.1 Métodos

Para realizar a investigação proposta, parte-se de uma revisão das fontes¹ do DI, englobando acordos internacionais e costumes, bem como da doutrina e da jurisprudência

¹ Ainda que parte da doutrina e da jurisprudência elenque o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça como o rol de fontes do DI, tomou-se o cuidado de não reproduzi-lo por completo, uma vez que suas definições limitariam a proposta do trabalho. O dispositivo, por exemplo, menciona apenas tratados, o que tornaria discutível a análise de acordos entre investidores e Estados.

relevantes². Far-se-á, assim, uso da abordagem normativa – *rule approach* (KOSKENNIEMI, 2011, p. 41) –, pois a preocupação da obra é analisar o desenvolvimento do direito e da prática internacional *de lege lata*. Apenas o capítulo 4 conta com construções propositivas, o que não importa incoerência metodológica. Não se almeja, nesse trecho, preferir a normatividade do direito, mas apenas tecer considerações no campo do dever ser. No decorrer do texto, chegar-se-á a conclusões por meio dos métodos gerais dedutivo³ e indutivo⁴; e o método procedimental comparativo⁵ será importante para identificar a proteção diplomática no Direito Internacional do Comércio.

Por fim, cumpre ressaltar que o tema em análise é um conceito, uma construção intelectual, que decorre do pensamento humano e, portanto, foi elaborada com o passar do tempo, obedecendo às exigências das relações sociais. Os pensadores que formularam as bases da construção do instituto eram influenciados pelo contexto em que viviam, tendo um corpo social alvo para suas colocações, bem como uma intenção intelectual. Nessa conjuntura, a abordagem historiográfica possui relevância. Nas considerações históricas da presente dissertação ter-se-á em mente o instrumental fornecido por Skinner (1969), para quem as ideias escritas não devem ser interpretadas, de um lado, por um textualismo hermético e antihistórico, nem, de outro, por um contextualismo meramente socioeconômico e, portanto, reducionista. Deve-se levar em conta, também, o contexto intelectual e discursivo.

1.2 Conceito e marcos teóricos

Para que se possa discutir o âmbito de aplicação da proteção diplomática no Direito Internacional contemporâneo, é necessário, inicialmente, entender do que se trata o instituto. Somente assim é possível identificar suas principais características e distinguir seu uso nas

² Não se deseja adentrar a questão sobre se a jurisprudência e a doutrina seriam ou não fontes de direito. Note-se apenas que o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça qualifica-as como meios auxiliares para a determinação das regras de direito.

³ “O método dedutivo, de acordo com a acepção clássica, é o método que parte do geral e, a seguir, desce ao particular. Parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica. (...) O protótipo do raciocínio dedutivo é o silogismo, que consiste numa construção lógica que, a partir de duas preposições chamadas premissas, retira uma terceira, nelas logicamente implicadas, denominada conclusão” (GIL, 2008, p. 9).

⁴ “O método indutivo procede inversamente ao dedutivo: parte do particular e coloca a generalização como um produto posterior do trabalho de coleta de dados particulares. De acordo com o raciocínio indutivo, a generalização não deve ser buscada aprioristicamente, mas constatada a partir da observação de casos concretos suficientemente confirmadores dessa realidade” (GIL, 2008, p. 10).

⁵ “O método comparativo procede pela investigação de indivíduos, classes, fenômenos ou fatos, com vistas a ressaltar as diferenças e similaridades entre eles” (GIL, 2008, p. 16). Tem-se, ainda, que “ocupando-se da explicação dos fenômenos, o método comparativo permite analisar o dado concreto, deduzindo do mesmo os elementos constantes, abstratos e gerais” (LAKATOS; MARCONI, 2003, p. 107). Evitou-se o termo “Direito Comparado” propositadamente, pois se entende que este não se trata de mera ferramenta metodológica, mas sim de verdadeira disciplina jurídica.

complexas relações internacionais hodiernas. Fala-se em instituto⁶, pois as normas destinadas a reger a proteção diplomática conformam um corpo identificável no sistema jurídico (AMERASINGHE, 2008, p. 1). Tal corpo está comumente inserido na temática da responsabilidade internacional, entendida como o conjunto de regras que determinam: (a) as condições para a ocorrência de violações de normas primárias; e (b) as consequências jurídicas dessas violações (CASSESE, 2005, p. 244).

Como ponto de partida, deve-se ter em mente que, no DI clássico⁷, apenas os Estados possuem personalidade jurídica, de modo que a responsabilidade internacional, em regra, opera de Estado a Estado (MELLO, 2004, v. I, p. 523 e 529). Essa visão interestatal impede indivíduos de buscarem a reparação por danos oriundos da conduta de Estados dos quais não são nacionais, uma vez que somente outro Estado poderia reclamar direitos decorrentes da violação de normas internacionais. Dessa forma, quando um particular ou grupo específico é lesado por um ilícito internacional, é necessário que algum Estado endosse seu pleito para reivindicar, indiretamente, seus direitos no sistema internacional. Esse endosso é o que se chama de proteção diplomática: o ato de um Estado encampar o direito de um particular, tomando-o como se fosse seu, para reclamá-lo na esfera interestatal (MAZZUOLI, 2015, p. 618).

O instituto já foi referido como o meio mais importante para se obter reparação por um tratamento dispensado a estrangeiro em desconformidade com regras internacionais, e a doutrina não nega seu caráter instrumental, como corolário procedimental da responsabilidade de sujeitos do Direito Internacional (GECK, 1988, p. 100). Ao mesmo tempo, prevalece o entendimento de que o direito advogado pelo Estado em casos de proteção pertence ao ente soberano.

A Comissão de Direito Internacional (CDI) da Organização das Nações Unidas (ONU) já se debruçou sobre o tema, o que resultou no Projeto de Artigos sobre Proteção Diplomática de 2006. O artigo 1º do Projeto define a proteção diplomática:

Article 1

Definition and scope

For the purposes of the present draft articles, diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful

⁶ O vocábulo instituição também poderia ser utilizado, mas se procurou seguir a diferenciação exposta por Reale (2007, p. 191): “Quando um instituto jurídico corresponde, de maneira mais acentuada, a uma estrutura social que não oferece apenas uma configuração jurídica, mas se põe também como realidade distinta, de natureza ética, biológica, econômica etc., tal como ocorre com a família, a propriedade, os sindicatos etc.” Como a proteção diplomática não corresponde a uma estrutura social, optou-se pela palavra instituto.

⁷ No Direito Internacional contemporâneo, a possibilidade de indivíduos possuírem personalidade jurídica internacional e, portanto, poderem contrair direitos e obrigações no plano internacional, já é amplamente trabalhada, o que sugere novos questionamentos para a doutrina da proteção diplomática.

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.(ONU, 2006).

O dispositivo acima transcrito revela entendimento também esposado por Shaw (2014, pos. 2561,0/4251), segundo o qual a proteção diplomática, em sentido amplo, refere-se a várias medidas que o Estado pode tomar na defesa dos interesses do indivíduo protegido, ainda que atuando em nome próprio: ações consulares, negociação, mediação, retorsões, represálias, pressões econômicas, rompimento de relações diplomáticas, procedimentos judiciais ou arbitrais etc. Também é importante notar a distinção trazida por Geck (1988, p. 100), que conceitua a proteção diplomática em dois sentidos: (a) estrito, compreendendo atividades direcionadas a outro Estado e baseadas em uma violação, real ou alegada, de Direito Internacional; e (b) amplo, concepção que também engloba a mera promoção de interesses de nacionais no estrangeiro ou intercessões amigáveis com autoridades de outros Estados.

Pensar a proteção diplomática em sentido tão amplo como na segunda acepção apresentada por Geck não é a ideia desta dissertação. Isso porque, nessa significação, a mera negociação e assinatura de tratados, as discussões no seio de organizações internacionais, o reconhecimento de sujeitos de DI ou quaisquer outras condutas do Estado no plano externo seriam, de alguma forma, expressão da proteção diplomática, que perderia seu caráter de instituto jurídico. Toda e qualquer atuação do Estado no plano internacional tem, a princípio, a finalidade de proteger interesses internos, seja da nação como um todo, seja de indivíduos específicos, e isso não configura proteção diplomática, mas apenas o jogo de dois níveis (*two-level game*) característico da diplomacia: em nível nacional, grupos sociais pressionam o governo a adotar posturas externas que os favorecem, e políticos constroem coalizões com esses grupos para manter o poder; já em nível internacional, os governos tentam maximizar sua habilidade de satisfazer anseios internos, ao mesmo tempo em que procuram minimizar as consequências adversas de acontecimentos externos (PUTNAM, 1988, p. 434). Dessarte, o comportamento externo é definido pelo diálogo interno, de forma que – ao menos na concepção liberal⁸ – o interesse nacional não passa de uma soma de interesses privados (KRASNER, 1978, p. 28).

⁸ “*In the liberal conception of domestic politics, the state is not an actor but a representative institution constantly subject to capture and recapture, construction and reconstruction by coalitions of social actors. Representative institutions and practices constitute the critical 'transmission belt' by which the preferences and social power of individuals and groups are translated into state policy. Individuals turn to the state to achieve goals that private behavior is unable to achieve efficiently. Government policy is therefore constrained by the underlying identities, interests, and power of individuals and groups (inside and outside the state apparatus)*”

Dessarte, limita-se o escopo do trabalho à concepção estrita da proteção diplomática, ou seja, às atividades no âmbito da responsabilidade internacional, motivadas pela violação de normas internacionais e direcionadas ao Estado ofensor. São, assim, excluídas do instituto⁹: (a) a ação diplomática e consular na assistência de nacionais; (b) a proteção, pelo Estado, de seu corpo diplomático e consular ou outros agentes estatais¹⁰; (c) direitos de organizações internacionais em relação a seus funcionários¹¹; e (d) a proteção de indivíduos por tratados, como preveem os de proteção dos direitos humanos. Esse último ponto, contudo, será abordado no capítulo 2, pois a interação entre Direitos Humanos e a proteção diplomática necessita ser esclarecida, em razão de constituir um dos motivos pelos quais se pensa que o instituto está perdendo espaço na ordem internacional.

É de extrema importância ressaltar que as normas sobre proteção diplomática constituem normas secundárias de direito internacional¹². Não obstante a atribuição de caráter secundário às normas sobre responsabilidade internacional seja objeto de questionamentos (LINDERFALK, 2009), tal definição continua a ser de grande importância prática¹³ e didática, motivo pelo qual permeará o trabalho. Nesse sentido, tem-se em Hart¹⁴ importante marco teórico:

Under rules of the one type, which may well be considered the basic or primary type, human beings are required to do or abstain from certain actions, whether they wish to or not. Rules of the other type are in a sense parasitic upon or secondary to the first; for they provide that human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguish or modify old ones, or in various ways determine their incidence or control their operations. Rules of the first type impose duties; rules of the second type confer powers, public or private. Rules of the first type concern actions involving physical movement or changes; rules of the second type provide for operations which lead not merely to physical movement or change, but to the creation or variation of duties or obligations. (HART, 1994, p. 81).

who constantly pressure the central decision makers to pursue policies consistent with their preferences." (MORAVCSIK, 1997, p. 518).

⁹ Amerasinghe (2008, p. 45-54) também realiza a referida exclusão.

¹⁰ Os agentes diplomáticos e consulares são órgãos do próprio Estado. O direito exercido não diz respeito aos particulares quando relativos ao desempenho da função diplomática ou consular.

¹¹ O mesmo raciocínio da nota anterior pode ser feito nessa hipótese.

¹² Do mesmo modo procedem Amerasinghe (2008, p. 2) e Vermeer-Künzli (2007, p. 44-51). Ressalve-se que, para o primeiro, algumas normas primárias também podem integrar o instituto, como as relativas à atribuição ou à imputação de atos ou de omissões ilícitas ao Estado reclamado.

¹³ A distinção entre normas primárias e secundárias permitiu que a CDI concluísse o projeto de artigos sobre a responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos, de 2001. De acordo com David (2010, p. 32), a referida diferenciação “*allowed the ILC to maintain a specific course without mixing (or without mixing too much) the technical aspects of responsibility with the substantive norms the violation of which trigger the responsibility of the State.*” Contudo, o autor não deixa de mencionar que a distinção, por vezes, é artificial e dá azo a divergências.

¹⁴ O marco teórico hartiano é importante apenas para estabelecer a diferenciação entre normas primárias e secundárias. Não se comunga, obviamente, do entendimento esposado pelo autor no sentido de que o DI não possuiria normas secundárias e, portanto, sequer seria Direito. As normas sobre proteção diplomática, dentre outras tantas na ordem internacional, já são um exemplo dessas normativas suplementares.

Para o autor, apenas as normas primárias regulam diretamente a conduta humana. Já as normas secundárias suplementariam as primárias, corrigindo seus três defeitos: (a) a incerteza, remediada por normas secundárias de reconhecimento; (b) a estática, corrigida por normas secundárias de mudança; e (c) a ineficiência, corrigida pelas normas de adjudicação. As normas sobre proteção diplomática inserem-se no terceiro grupo, pois tratam da responsabilidade internacional do Estado, estabelecendo o procedimento a ser seguido em casos de violação de certas normas internacionais primárias, na defesa de interesses particulares. Ainda conforme Hart (1994, p. 96-97):

The third supplement to the simple regime of primary rules, intended to remedy the inefficiency of its diffused social pressure, consists of secondary rules empowering individuals to make authoritative determinations of the question whether, on a particular occasion, a primary rule has been broken. (...) Besides identifying the individuals who are to adjudicate, such rules will also define the procedure to be followed. Like the other secondary rules these are on a different level from the primary rules: though they may be reinforced by further rules imposing duties on judges to adjudicate, they do not impose duties but confer judicial powers and a special status on judicial declarations about the breach of obligations.

Outro ponto importante é que as normas sobre proteção diplomática são acionadas, classicamente, pela violação de normas primárias relacionadas ao tratamento de estrangeiros (AMERASINGHE, 2008, p. 2). Ainda que o indivíduo não acesse, por si só, a justiça internacional, o instituto constitui a via pela qual o estrangeiro prejudicado pode levar seu pleito à ordem internacional, por meio do endosso da demanda particular pelo Estado protetor. Conforme será abordado no trabalho, o método comparativo, contudo, nos permite observar e concluir que essa não é uma regra constante, de modo que o escopo material das normas primárias violadas pode variar.

1.3 Histórico

Conforme observa Tiburcio (2001, p. 36), ainda que alguns traços da proteção diplomática se observem na Idade Média, não faz muito sentido procurar as origens do instituto em épocas anteriores à formação dos Estados nacionais, uma vez que é somente depois desse acontecimento que se pode falar em nacionalidade, entendida como vínculo jurídico entre indivíduo e Estado. A nacionalidade, assim concebida, é um fenômeno relativamente recente, que remonta ao século XV, e somente após esse período a prática da proteção de nacionais no estrangeiro começou, realmente, a se desenvolver. Sendo assim, o fenômeno da proteção diplomática também é relativamente recente no Direito Internacional.

A migração do sistema de personalidade das leis para o da territorialidade¹⁵ e o desenvolvimento da noção de nacionalidade são pressupostos para a emergência do sentido técnico de proteção diplomática.

É inegável que o início da nacionalidade tem marco importante na Paz de Vestefália (1648), momento que erigiu fundamentos do Estado moderno. Estudiosos da proteção diplomática também ressaltam a data, a exemplo de Borchard (1916, p. 7) e Vermeer-Künzli (2007, p. 3). Para Amerasinghe (2008, p. 2), a relação vestefaliana entre sujeitos e soberanos precisou de algum tempo para “criar raízes”. Somente após um lapso temporal considerável os juristas passaram a construir as bases da proteção.

A proteção diplomática tem sua formulação inicial atribuída, de forma mais usual, a Vattel. O jurista foi responsável por caracterizar o direito internacional como um ordenamento vigente exclusivamente entre Estados, enquanto seus predecessores ainda possuíam uma visão mais abrangente do *jus gentium*. Para Grócio, por exemplo, o Estado não era uma entidade jurídica própria, mas um grupo de pessoas associadas, sob a liderança do soberano (PARLETT, 2011, p. 10-13).¹⁶

Demais autores do século XVII, como Suárez e Pufendorf, nada aportaram para a temática do tratamento de estrangeiros. Isso porque, como nota Amerasinghe (2008, p. 9), os novos Estados surgidos da desintegração do Sacro Império Romano-Germânico eram, em grande parte, unidades econômicas autossustentáveis. Assim, as preocupações com relações internacionais de investimento e com o tratamento de estrangeiros acentuaram-se apenas a partir no século XVIII.

Mais de um século após a obra de Grócio, a vida internacional havia expandido consideravelmente. O processo de colonização havia se solidificado, e o comércio internacional atingira status de extrema relevância para as economias da época (AMERASINGHE, 2008, p. 10). Tudo isso levou Vattel a, de fato, inaugurar a construção

¹⁵ Grosso modo, no sistema da personalidade, o direito é aplicado apenas a determinadas pessoas, em função de características próprias destas. Já no sistema territorial, a lei é válida em determinado espaço físico, e aplicada, regra geral, a todos. Borchard apresenta síntese do fenômeno de transição do primeiro para segundo (1916, 3-6).

¹⁶ Nesse sentido, também, Macedo (2007, p. 350): “A ótica de Grócio não ultrapassa o direito interno, o direito constitucional. O autor não envidou a idéia de independência entre os diversos Estados. Procurou apenas localizar, dentro do Estado, aquele órgão que detém o último poder de recurso. Dessa forma, Grócio construiu uma situação paradoxal: o direito das gentes é criado, de maneira exclusiva, pela confluência de vontades das entidades soberanas, mas não se aplica a um cenário de Estados independentes entre si. O sujeito do *jus gentium* grotiano são os povos soberanos, mas os povos não-soberanos também devem observá-lo. ‘Gentes’, em Grócio, não significa a coletividade abstrata denominada de ‘Estado’, mas ‘povos’, ‘homem’ no plural. Ainda que válido para quase todos os homens, quase todos os povos, o direito das gentes de Grócio provém de um tipo muito especial de gentes: as soberanas.”

costumeira da proteção diplomática. Em 1758, o jurista suíço afirmou em sua obra *Le Droit des Gens*:

Quiconque maltraite un Citoyen offense indirectement l'Etat, qui doit protéger ce Citoyen. Le Souverain de celui-ci doit venger son injure, obliger, s'il le peut, l'agresseur à une entière réparation, ou le punir; puisqu'autrement le Citoyen n'obtiendrait point la grande fin de l'association Civile, qui est la sûreté. (VATTEL, 1758, p. 309).

Vattel considerava que quando um Estado maltratava o nacional de outro, também ofendia indiretamente esse segundo Estado. Dessarte, o soberano ofendido poderia buscar diretamente a reparação pelos danos suportados em razão de tal ofensa. Essa formulação é típica de uma época em que não se concebia outros sujeitos de direito internacional além dos Estados nacionais e, conforme aponta Trindade (1997, p. 113), influenciou largamente os escritos do final do século XIX e do início do século XX.¹⁷

A formulação de Vattel foi bastante ampla, o que permitiu a outros autores remontar à mesma em face de todo e qualquer tipo de ofensas a estrangeiros. No entanto, observa-se que o jurista não tinha em mente a proteção de estrangeiros como entendida hoje, mas sim um espectro bem mais reduzido de problemas, que envolvia apenas prejuízos provocados por outros particulares, e não por um Estado (DUNN, 1932, p. 49). Esse fato leva Parry (1956, p. 42-43), Tiburcio (2001, p. 35) e Mello (2004, v. I, p. 530) a apresentarem Heffter como primeiro moderno expositor da proteção diplomática. De fato, aduziu o internacionalista alemão:

L'État pourra appuyer les justes réclamations de ses regnicoles à l'étranger, défendre ses sujets par les voies internationales, lorsqu'ils sont l'objet de poursuites arbitraires, et exiger la réparation des lésions commises à leur préjudice (jus protectionis civilis, in specie jus representationis omnimoda). (HEFFTER, 1883, p. 137).

Já no século XX, Edwin Borchard foi o responsável por sistematizar o ramo da responsabilidade estatal por danos causados a estrangeiros (*state responsibility for injuries to aliens*), em sua obra *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*. A proteção diplomática passou, então, a constituir definitivamente um ramo separado da jurisprudência internacional, sendo o título do trabalho de Borchard aceito por outros escritores como nome técnico do instituto (DUNN, 1932, p. 60).

Consolidou-se, assim, uma visão de que a proteção diplomática se sustenta no equilíbrio de três interesses (GECK, 1988, p. 101-102). Primeiro, tem-se o particular, pessoa natural ou jurídica, que possui ligação com país estrangeiro, seja por negócios, residência ou

¹⁷ O jurista brasileiro aponta os exemplos de Halleck, Phillimore, Wheaton, de Martens, Brentano e Sorel e Heffter.

simples viagem. Seu interesse na proteção diplomática é minimizar danos derivados de ilícitos internacionais praticados pelo Estado que o recebe, pleiteando uma reparação por meio da intervenção do Estado de sua nacionalidade. Para esse ator, os meios pelos quais a proteção se dá e a repercussão desta para as relações exteriores de seu Estado não são tão importantes, contanto que ele tenha seu prejuízo reparado.

O segundo interesse em jogo é o do Estado de nacionalidade do particular ofendido pelo ilícito internacional. Este, o Estado protetor, não pode negligenciar os fatores políticos e econômicos envolvidos. Ao passo que exercer a proteção pode significar a proteção de interesses econômicos da nação como um todo e a afirmação de prestígio político, a opção por não fazer uso do instituto pode ser uma forma de evitar interpretações inamistosas.

O terceiro interesse envolvido é o do Estado defensor, que alegadamente praticou o ilícito internacional contra o particular. Nesse caso, as considerações políticas acerca do segundo interesse descrito também são pertinentes, mas deve-se adicionar a possibilidade de o Estado defensor encarar o uso da proteção diplomática como uma desconfiança em seu ordenamento jurídico e em seu sistema judiciário.

No final do século XX, passou-se a cogitar da proteção diplomática como “fora de moda” (ONU, 1997, p. 275), principalmente em razão dos avanços do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Alega-se que os tratados sobre essa matéria, ao preverem direitos para indivíduos na ordem internacional, acabam por conferir aos particulares certa autonomia, que os desvincula da necessidade de endosso estatal. Assim, o indivíduo, como sujeito do Direito Internacional, poderia cuidar de si mesmo quando se aventurasse no estrangeiro (AMERASINGHE, 2008, p. 74).

De maneira semelhante, no Direito dos Investimentos Estrangeiros, a previsão de arbitragens investidor-Estado, a criação do Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID, na sigla em inglês) e outras inovações contribuíram para que o particular não mais precisasse ter sua demanda encampada pelo Estado de sua nacionalidade. Essas duas tendências serão analisadas nos capítulos 2 e 3. Por ora, foram destacadas para demonstrar o momento pelo qual passa o instituto. Prosseguir-se-á com a análise dos requisitos e principais características da proteção diplomática.

1.4 A natureza da proteção diplomática

1.4.1 Direito do Estado protetor: a ficção Mavrommatis

Verificar se o direito exercido na proteção diplomática é do próprio Estado protetor ou do particular protegido constitui grande debate na temática em tela. A posição defensora do direito exercido na proteção diplomática como sendo do Estado tem expoente doutrinário em Edwin Borchard, que, apoiando-se na teoria da ofensa indireta de Vattel, em 1916, afirmou:

The right of protection which every state possesses is correlative to its obligation to accord foreigners a measure of treatment satisfying the requirements of international law and relevant treaties, and to its responsibility for failure to accomplish this duty. Diplomatic protection is in its nature an international proceeding, constituting “an appeal by nation to nation for the performance of the obligations of the one to the other, growing out of their mutual rights and duties”. (BORCHARD, 1916, p. 354).

Anos antes, contudo, Anzilotti já sinalava esse posicionamento. Para o jurista italiano, o indivíduo, na ordem internacional, era apenas um objeto de poder do Estado. Ao proteger seu nacional no estrangeiro, o Estado protegia seu próprio bem:

Tandis qu’au point de vue du droit interne l’homme est un sujet de droits et de devoirs, au point de vue du droit qui règle les rapports des États entre eux il ne figure que comme un objet de la puissance de l’État. Ce qu’on appelle d’ordinaire droit de protection de l’État sur ses nationaux qui se trouvent à l’étranger n’est donc, au point de vue des rapports internationaux, qu’une manifestation du pouvoir de l’État sur les individus qui lui ont soumis, afin d’empêcher à leur égard toute atteinte injustifiée de la part des autres États. En protégeant ses nationaux vis-à-vis des États étrangers (...), l’État protège son propre bien contre toute atteinte illégitime, c’est-à-dire contre toute prétention d’un État étranger, ne trouvant pas son fondement dans le droit international. (ANZILOTTI, 1906, p. 8-9).

Essa abordagem da proteção diplomática encontrou eco na prática internacional e nas decisões de tribunais internacionais. A Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), antecessora da Corte Internacional de Justiça (CIJ), foi responsável pela consolidação da ficção jurídica que hoje sustenta o referido entendimento. Trata-se da ficção Mavrommatis (ou ficção vateliana), cujo nome faz referência ao caso *Mavrommatis Palestine Concessions*, julgado nos anos 1920. Interessante notar que Anzilotti, à época, atuava como juiz na Corte.

No feito, a Grécia exercia proteção diplomática em relação a seu nacional – o Sr. Eurípedes Mavrommatis –, contra a Grã-Bretanha. Mavrommatis era um nacional grego que havia sido contratado pelo governo otomano para realizar obras públicas na região da Palestina. As obras eram variadas, abrangendo a irrigação do Vale do Jordão, a construção e a operação de um sistema de trem elétrico em Jerusalém e em Haifa, bem como o estabelecimento de suprimento de energia elétrica e de água potável nessas duas cidades. Com o início do mandato da Grã-Bretanha na região da Palestina, conferido em 1922, os anglo-saxões passaram a administrar o território palestino e forneceram a outra pessoa, identificada como Sr. Rutenberg, diversas concessões. Essas novas concessões teriam, segundo a Grécia,

impossibilitado a condução das obras que cabiam a Mavrommatis, o que, após infrutíferas tentativas internas de resolução, motivou o exercício da proteção diplomática.

O primeiro de três julgamentos, publicado em 1924, cuidou das objeções preliminares levantadas pela Grã-Bretanha, e a CPJI teve de enfrentar a questão de admissibilidade da proteção diplomática, bem como de seus efeitos processuais. A chamada ficção Mavrommatis restou, então, estabelecida no seguinte excerto da sentença:

It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights - its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law. (CPJI, 1924, p. 12).

Assim, segundo a visão tradicional representada pela ficção Mavrommatis, um Estado, por meio da proteção diplomática, toma o direito de seu nacional como se fosse seu, e o exerce de forma independente. Em procedimentos judiciais, a ficção faz com que apenas o Estado, e não o indivíduo, figure no polo ativo da demanda. Isso condiz com uma visão predominantemente interestatal do DI, que foi majoritária durante grande parte do século XX. Para que tais pleitos tivessem lugar em tribunais internacionais, como a CPJI e CIJ, a ficção Mavrommatis era indispensável, como forma de prestigiar a soberania estatal. A posição processual do Estado perante a Corte também foi afirmada no julgamento de 1924:

*The question, therefore, whether the present dispute originates in an injury to a private interest, which in point of fact is the case in many international disputes, is irrelevant from this standpoint. Once a State has taken up a case on behalf of one of its subjects before an international tribunal, in the eyes of the latter **the State is the sole claimant**. (CPJI, 1924, p. 12. Grifo nosso).¹⁸*

A principal consequência de se reputar o direito endossado pela proteção diplomática como um direito do Estado é entender que o uso do instituto é discricionário: a atitude de oferecer a proteção, ainda que vise à reparação de prejuízo sofrido por um indivíduo, depende de juízo de conveniência do Estado em que este pondera se endossa ou não a causa particular. Em outras palavras, o Estado decide, com base em considerações políticas e não jurídicas, diante de quais situações de violações de direitos individuais acionará o sistema internacional¹⁹. Além disso, o particular não possui controle algum sobre a demanda em nível internacional, encontrando-se destituído de poderes para desistir ou transigir. Todas as

¹⁸ Borchard (1916, p. 357) afirma, ainda: “By espousing a claim of its national for injuries inflicted by a foreign state, the claimant government, acting in its sovereign capacity, makes the claim its own and therefore acts neither as agent nor trustee for the claimant”.

¹⁹ “The citizen abroad has no legal right to require the diplomatic protection of his national government. Resort to this remedy of diplomatic protection is solely a right of the government, the justification and expediency of its employment being a matter for the government unrestricted discretion” (BORCHARD, 1916, vi).

decisões relativas à causa internacional são tomadas pelo Estado, sem haver a necessidade de consultar o indivíduo lesado (BORCHARD, 1916, p. 366-372).

Outra consequência é que o particular não possui, a princípio, direito a qualquer indenização ou pagamento resultante de uma demanda encampada por seu Estado. Borchard identifica o montante pago como um fundo nacional, livre de vínculos com o indivíduo protegido. O autor sustenta a possibilidade de pagamento ao particular lesado somente quando o Estado protetor proceda ao pagamento por mera liberalidade, cumprindo um dever moral, ou quando houver, entre o Estado protetor e o ofensor, acordo que determine tal procedimento.²⁰

A teoria do endosso rejeita, ainda, a chamada cláusula Calvo. Essa disposição contratual, desenvolvida por Carlos Calvo²¹, afirma que um contratante teria a possibilidade de renunciar ao eventual endosso de causa por seu Estado de nacionalidade, impedindo o exercício da proteção diplomática. A ideia era fundamental para evitar a cobrança de dívidas por meio do uso da força, como se deu no episódio ocorrido em 1902, em que Reino Unido, Alemanha e Itália impuseram bloqueio naval à Venezuela. Assim, a formulação de tal cláusula implicaria a impensável renúncia de um direito por terceiro, ou seja, a renúncia do direito estatal de exercer a proteção por um indivíduo. Borchard é categórico quanto à sua inviabilidade:

Finally, the right of the government to submit the claims of its citizens to an international tribunal, is, it may be concluded, superior to the right or competency of the individual to contract it away, for whatever the individual's power to renounce a personal right or privilege, he does not represent the government and is, therefore, incompetent to renounce a right, duty, or privilege of the government. In sum total, therefore, the better opinion seems to be that the renunciatory clause is without any effect so far as any changes or modifications in the ordinary rules of international law are concerned. (BORCHARD, 1916, p. 810).

A corrente não afirma, contudo, que o direito defendido pertence ao Estado durante todo o processo de defesa do direito, sendo este um ponto de divergência entre diversos autores. Para Borchard, a demanda é privada em sua origem, mas sua titularidade se transfere para o Estado quando do endosso, passando a ter caráter internacional.²² Já o ordenamento

²⁰ “To this indemnity, when collected, the individual has no legal right, because international responsibility is a relation between states only. The indirect effect of such responsibility is usually, however, the indemnification of the injured individual, not in virtue of any enforceable right or lien upon the fund, but because, first, the receiving state may be bound by agreement toward the state making reparation to devote the sum to the indemnification of its injured citizen, or else, secondly, because the receiving state may carry out its moral obligation to bestow the fund upon the citizen whose injury initiated the international claim” (BORCHARD, 1916, p. 383-384).

²¹ Jurista uruguaio que atuou como diplomata a serviço da Argentina no século XIX.

²² “As between the government and its own citizen the claim may in some degree be regarded as private. It becomes international in character when the government espouses it and presents it diplomatically to the debtor government. When it thus taken up, the private claim becomes merged in the public demand of the government,

dos Estados Unidos (AMERICAN LAW INSTITUTE, 1987) reconhece uma distinção entre: (a) o momento anterior ao dano, em que o direito pertence ao Estado e, portanto, não é passível de renúncia pelo particular; (b) o momento posterior ao dano, mas anterior à apresentação da demanda em nível internacional, quando o direito pertence ao particular; e (c) o momento posterior ao dano e à apresentação da demanda em nível internacional, etapa em que o direito pertence ao Estado.

Tiburcio (2001, p. 60-63) rejeita ambos os entendimentos, afirmando que o direito não pode pertencer ao indivíduo em determinado momento e ao Estado em outro. Para ela, o direito protegido pertence, em nível nacional, ao particular lesado e, em nível internacional, ao Estado protetor. Afirma, ainda, uma total independência entre as duas situações: a demanda pode ser resolvida internacionalmente sem que o particular receba qualquer compensação, e o pleito de nível nacional prosseguir. Da maneira semelhante, a questão pode ser solucionada no plano interno, e o Estado ainda ter interesse em prosseguir com a demanda internacional. Reforça esse ponto de vista o fato de que a reparação devida ao Estado não precisa ser equivalente ao dano causado ao particular protegido. É possível, contudo, dizer que a autora se filia à doutrina clássica sobre o instituto, uma vez que afirma pertencer ao Estado o direito à proteção diplomática.

Brierly (1928, p. 48) adotava posição, de certa forma, intermediária. Apesar de defender em parte a visão tradicional, ou seja, sustentava que uma lesão a um particular seria, também, uma lesão ao Estado de sua nacionalidade, afirmava que não havia a introdução de qualquer ficção. Para ele, o ilícito cometido pelo Estado ofensor contra o particular geraria uma situação de denegação de justiça, a qual não necessariamente traria malefícios apenas para o indivíduo ou para sua família, mas também desconfiança e insegurança para outros estrangeiros. Assim, o Estado teria um interesse maior do que a mera recomposição dos danos, procurando remediar a estabilidade das relações internacionais.

Em outra obra, o autor critica de forma mais incisiva a visão tradicional, afirmando que seria exagerado reputar o Estado, como um todo, ofendido pela injustiça cometida contra o particular²³. O Estado protetor não buscaria reparação para o prejuízo sofrido diretamente por seu nacional, mas para um prejuízo sofrido pelo próprio Estado reclamante, por meio de seu nacional. Assim, a indenização paga não deveria levar em conta o dano suportado pelo

so that from the international point of view the government, having made the claim its own, assumes the character of the party claimant" (BORCHARD, 1916, p. 356-357).

²³ *"There is a certain artificiality in this way of looking at the issue of limitations on a state's treatment of foreigners. No doubt a state has in general an interest in seeing that its nationals are fairly treated in a foreign country, but it is surely an exaggeration to say that whenever a national is injured in a foreign state, their state as a whole is necessarily injured too"* (BRIERLY; CLAPHAM, 2012, p. 256).

particular, pois sua quantificação deve guardar relação com a ofensa indireta ao Estado protetor, e não com a ofensa direta ao protegido.²⁴

1.4.2 Direito pertencente ao particular protegido: o caráter procedimental do instituto

Trindade (1997, p. 120) atribui a Lauterpacht a representação da doutrina que considera que o Estado protetor está, ao exercer a proteção diplomática, “implementando o direito do indivíduo e não o seu direito próprio e exclusivo, em vista da incapacidade do indivíduo de garanti-lo por conta própria na esfera internacional”. Com efeito, esse é o posicionamento trazido pelo jurista austro-húngaro (1937, p. 230-231):

Mais, d'une manière générale, la formule d'après laquelle les droits en question sont les droits de l'État, et non de l'individu, est en substance très peu logique. L'État ne pourrait exiger que ses ressortissants soient traités d'une certaine façon si eux-mêmes n'avaient pas droit au même traitement conformément au droit international. Ils ont droit, comme étrangers, à être traités conformément au droit international même si leur propre État ne tient aucun compte, à l'intérieur de ses frontières, des droits fondamentaux de l'individu. Si ces droits étaient vraiment ceux de l'État dans la personne de ses nationaux, on se trouverait alors en présence de la situation absurde d'un État les affirmant internationalement comme ses propres droits, qu'il dénie et condamne à l'intérieur de ses frontières en ce qui concerne les mêmes individus. L'affirmation dogmatique que les droits en question sont les droits de l'État, et non ceux de l'individu, n'est rien moins qu'une répétition, sous une forme généralisée, de la situation existante en ce qui concerne l'incapacité de l'individu, en matière de procédure, dans le domaine international. La vérité, à notre avis, est que le droit international accorde ces droits à l'individu comme tel, qu'il soit un étranger, un ressortissant, ou un apatride. (LAUTERPACHT, 1937, p. 230-231).

Lauterpacht marca uma visão acerca da proteção diplomática que abomina a ficção Mavrommatis, tratando-a apenas como uma necessidade processual do particular no plano internacional, uma vez que este não confere às pessoas, individualmente consideradas, personalidade e capacidade jurídicas internacionais. O direito protegido, contudo, pertenceria ao particular, sendo inclusive dispensável qualquer vínculo de nacionalidade. O referido autor preocupava-se, por exemplo, com os apátridas, que poderiam se ver desamparados frente a uma violação de direito internacional.

De Visscher (1954, p. 507-509) segue na mesma linha, caracterizando a concepção de Vattel como “antiga e perigosa”. Para o autor, a construção doutrinária abraçada pela CPJI na

²⁴ “(...) the theory underlying the law of state responsibility for injuries to foreigners is that the claimant state seeks redress, not directly for an injury to one of its nationals, but for an injury suffered by itself through its national. If this principle were consistently applied, we might expect that the measure of damages would be determined by assessing the injury suffered by the state, and so arriving at a figure which would bear no necessary relation to the extent of the loss suffered by the injured individual. This, however, is not the law; for though in practice tribunals exercise a rather wide discretion in fixing the amount of reparation due, they base it primarily on an estimate of the loss caused to the injured individual, or, if they have lost their lives, on the loss caused by the death to the dependants” (BRIERLY; CLAPHAM, 2012, p. 269).

forma da ficção *Mavrommatis* é apenas o procedimento pelo qual os Estados fazem valer os direitos de seus nacionais a um tratamento conforme o DI, permitindo ao Estado cumprir uma função que só poderia caber a ele mesmo: a de atuar no plano internacional. Prossegue, ainda, aduzindo que o instituto é representativo da soberania estatal, apresentando funcionamento desconcertante e caráter semipolítico. Scelle, no entanto, parece ser o mais radical de todos, afirmando não só que o direito pertence ao indivíduo, mas também que o exercício da proteção diplomática é um ato vinculado do Estado, que deve ser praticado toda vez que uma situação jurídica é posta em perigo (SCELLE, 1934, p. 659-660).

O caráter procedimental, contudo, não é aprofundado pelos autores. Na temática de resolução de conflitos, importante classificar a proteção diplomática na doutrina do Direito Processual sobre a legitimação *ad causam*. Divide-se, a princípio, a legitimação em ordinária e extraordinária, ocorrendo a primeira quando houver correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas apresentadas. Assim, legitimado ordinário é aquele que defende interesse próprio. Já a legitimação extraordinária constitui-se quando não há tal correspondência, de modo que o legitimado extraordinário defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito (DIDIER JR., 2016, vol. 1, p. 346-347).

No caso da posição clássica sobre a natureza da proteção diplomática, o Estado atua na defesa de seu próprio interesse, posto que é indiretamente lesado por maus-tratos a seu nacional e exerce seu próprio direito a reparação. Sendo assim, sem maiores problemas, a hipótese é de legitimação ordinária, uma vez que o Estado atua em seu nome e advogando direito próprio. Já no caso do posicionamento descrito nesta seção, o direito à reparação pertence ao indivíduo, de modo que o Estado, ao oferecer a proteção diplomática, defende interesse alheio, isso é, de seu nacional. Continua, contudo, atuando em nome próprio, pois é o ator que figura no polo reclamante, não possuindo o particular qualquer controle sobre a demanda internacional. Conclui-se, assim, que a corrente encampada por Lauterpacht e De Visscher contempla hipótese de legitimação extraordinária. Mais do que isso, opera-se, aqui, a legitimação extraordinária (a) autônoma, pois o Estado encontra-se “autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso”; e (b) exclusiva, dado que apenas o Estado protetor pode discutir a demanda (DIDIER JR., 2016, vol. 1, p. 347-348).

Importante notar, ainda, que o caso não seria de representação processual. Isso porque, nesta, o representante não se apresenta como parte; parte é o representado²⁵. Na proteção diplomática, o Estado, que defende em nome próprio direito alheio, efetivamente substitui o particular, figurando sozinho no polo reclamante. Assim, ainda que o instituto da representação tenha como finalidade suprir a incapacidade da parte – justamente o que ocorre com o particular no plano internacional –, a proteção diplomática aproxima-se mais do regime da substituição, visto que este é, precisamente, o instituto processual conformado pela legitimação extraordinária autônoma e exclusiva (ARMELIN, 1979, p. 132-133).

Admite-se, ainda, uma chamada teoria mista²⁶, que considera os ilícitos internacionais como lesivos, ao mesmo tempo, ao Estado e ao indivíduo. Isso porque, ao passo que o indivíduo teria, por si próprio, o direito de ser bem tratado em um país estrangeiro, um Estado também teria o direito de ver seus nacionais tratados segundo os padrões internacionais. Assim, o indivíduo teria a pretensão – na ordem internacional – de ver reparada sua lesão específica, enquanto que o Estado protetor buscaria a responsabilidade do Estado ofensor por violar as normas internacionais sobre tratamento de estrangeiros. Esses direitos, ainda que de natureza e de conteúdo diferentes, apresentam estreita interdependência, de sorte que a extinção de um importa a extinção do outro (WYLER, 1990, p. 11). Nessa hipótese, a incapacidade do indivíduo continua exigindo sua substituição pelo Estado, todavia este não exerce direito unicamente alheio, mas também próprio, o que caracteriza caso de legitimação ordinária e extraordinária simultâneas.

García-Amador (1958, p. 100), enquanto tece crítica mais profunda ao entendimento de que apenas Estados podem ser sujeitos destinatários de normas internacionais, em especial das sobre responsabilidade, trata a ficção *Mavrommatis* como alegoria obsoleta, destacando algumas inconsistências técnicas que comprometem a própria coerência da ficção consigo mesma. Primeiramente, se o pleito internacional constitui uma demanda inteiramente nova, por que se exigiria que o estrangeiro lesado, que não é parte na causa, exaurisse os remédios internos? Em verdade, por que haveria de se dissociar os procedimentos internos e externos no caso concreto? Ademais, como poderia a mera mudança de nacionalidade do indivíduo afetar a demanda internacional, tornando-a ilegítima?

²⁵ Pense-se no exemplo do filho incapaz que propõe ação de alimentos representado por seu responsável. O menor é o autor da demanda, mas o responsável conduz o processo, atuando na defesa do interesse do representado.

²⁶ Cf. WYLER, 1990, p. 9-16. Veja-se, ainda, a classificação de *mixed claims* feita por Vermeer-Künzli (2007, p. 33) e por Dugard (2001, p. 104). Esses últimos afirmam que certas demandas partem, ao mesmo tempo, de ofensas diretas e indiretas ao Estado: este é lesado indiretamente, em razão de maus-tratos a seu nacional, e também diretamente, pela ofensa a alguma norma internacional.

Já no final dos anos 1950, o referido autor defendia o abandono do instituto, face aos incipientes sistemas que reconheciam a capacidade internacional do indivíduo²⁷. A resposta a García-Amador é dada por Amerasinghe (2008, p. 74) que sustenta:

In passing, it may be observed that in any case, to rely on the argument that an institution which is based on a fiction should be dismissed simply because it is based on a fiction, is a mistake. An institution like diplomatic protection which serves a purpose is not to be dismissed simply on the ground that it is premised on a fiction and cannot stand up to logical scrutiny. Most legal systems have fictions.

Dito isso, ainda que o abandono do instituto seja imprudente, o diagnóstico da doutrina exposta nesta seção é irrefutável: no tempo de Vattel, de Borchard e dos demais pensadores clássicos do instituto, não havia tanto espaço para os particulares no sistema internacional. As normas de direitos humanos eram incipientes, e os tratados sobre comércio e investimentos internacionais não tinham a abrangência ou a prática que hoje predomina. Os particulares não eram vistos como sujeitos de Direito Internacional e tinham poucos, senão nenhum remédio para defender seus interesses nessa seara. Sendo assim, a proteção diplomática, conformada pela ficção vateliana, era necessária. Define-se, assim, o caráter procedimental do instituto.

Hoje, já se vê maior participação de pessoas físicas e jurídicas na ordem internacional; contudo, ainda há espaço para o uso do instituto em análise. Isso porque, conquanto os direitos humanos tenham ofuscado um pouco o âmbito de sua aplicação, a construção costumeira ainda é útil para casos não previstos nas normas vigentes. Além do mais, seu escopo material tem sido ampliado para além do tratamento de estrangeiros, passando a abarcar as próprias regras primárias sobre direitos humanos. No capítulo 3 presente dissertação, será demonstrado, inclusive, o surgimento de uma nova modalidade de proteção diplomática, com formulação não costumeira, mas expressa em acordos internacionais de comércio. Nesses casos, observa-se outra ampliação do escopo material do instituto, que passa a proteger os benefícios comerciais outorgados a particulares.

1.5 Requisitos

Grande parte da produção doutrinária sobre a proteção diplomática não se dedica a sua natureza, mas sim a seus requisitos. Conforme a construção costumeira, são eles: (a) a

²⁷ O autor divide tais experiências em dois grupos: (a) tratados e convenções que reconhecem aos indivíduos o acesso direto à jurisdição internacional, entre eles os criadores da Corte Internacional de Presas (Convenção da Haia de 1907) e da Corte de Justiça Centro-Americana, bem como o Tratado de Versalhes e a Convenção Germano-Polonesa de 1922, que previam o *locus standi* de particulares em tribunais arbitrais internacionais; e (b) acordos concluídos diretamente entre Estados e particulares (GARCÍA-AMADOR, 1958, p. 103-104).

nacionalidade da demanda (*nationality of claims*); (b) o esgotamento dos recursos internos; e (c) a conduta correta do reclamante (*clean hands doctrine*). Trata-se, aqui, de condições para o exercício da proteção, ou seja, requisitos que, caso não atendidos, inviabilizam a demanda no plano internacional.

Para os fins desta dissertação, importante ressaltar que, apesar de esses fatores condicionarem o uso da proteção diplomática, eles se encontram em constante debate, sendo construídos e delimitados pela doutrina e pela jurisprudência internacionais com o passar do tempo. Não há, assim, que se confundir a proteção diplomática com seus requisitos. O cerne do instituto, como já dito, é se tratar de uma norma secundária capaz de viabilizar a responsabilização de um Estado por ato ilícito internacional, quando este gera prejuízo a particulares estrangeiros. As condições para seu exercício não escapam de polêmicas e críticas; e, em determinados momentos, acabam sendo relativizadas por outras normas internacionais.

1.5.1 Nacionalidade

A nacionalidade é geralmente entendida como o vínculo político e pessoal entre o Estado e o indivíduo (MENDES; BRANCO, 2016, p. 647). Aprofundando o tema, a doutrina internacionalista brasileira enxerga o conceito em duas definições. Na acepção jurídico-política, a nacionalidade conforma um status conferido ao indivíduo a partir do reconhecimento formal por parte um Estado, que se a este por laços de lealdade. Já na acepção sociológica, a nacionalidade constitui o sentimento de fazer parte de determinado grupo (*Zugehörigkeit*), isso é, um estado de espírito que corresponde ao fato político de se vincular a uma coletividade que ostenta atributos em comum (TIBURCIO; BARROSO, 2013, p. 245-246).

Outra distinção comum é a feita por Lagarde (1975, p. 1), segundo a qual a nacionalidade existe nas dimensões vertical e horizontal. Por um lado, a dimensão vertical corresponderia à acepção jurídico-política, e seria a fonte dos direitos e deveres existentes entre o Estado e seu nacional. O indivíduo, por exemplo, teria deveres em relação ao Estado, como o de lealdade e o de prestação de serviço militar. Por sua vez, segundo o autor, o Estado incorreria na obrigação de prestar a proteção diplomática. Tal assertiva, como já visto, não condiz com o entendimento da doutrina majoritária sobre o instituto, uma vez que percebe-se o exercício da proteção como discricionário. Por outro lado, a dimensão horizontal guardaria estreita relação com a definição sociológica, traduzindo o pertencimento do indivíduo a

determinado grupo. O particular, assim, passaria a integrar um dos elementos essenciais do Estado: seu povo.

Partindo de uma interpretação *a contrario sensu*, a concepção do que é nacional também define o não-nacional, ou seja, o estrangeiro. Dessa maneira, do ponto de vista de determinado Estado, o estrangeiro é todo o particular que não é seu nacional. Nesse contexto, é importante notar que todos os particulares são estrangeiros em potencial, bastando que se aventurem para fora das fronteiras de seu país (TIBURCIO; BARROSO, 2013, p. 248). Essa percepção, ainda que óbvia, demonstra a grande relevância da proteção dos estrangeiros no DI, posto que a instituição, em tese, aplica-se a toda e qualquer pessoa, desde que esteja fora do seu Estado de origem.

Feita essa breve conceituação, no que tange à proteção diplomática, tem-se que regra geral para seu exercício é que o Estado protetor não pode endossar causas de particulares que não detêm sua nacionalidade, o que conforma a ideia de “nacionalidade da reclamação” (*nationality of claims*). Trata-se de requisito que foi confirmado pela CPJI no caso *Panevezys-Saldutiskis*:

(...) in taking up the case of one of its nationals, by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own right, the right to ensure in the person of its nationals respect for the rules of international law. This right is necessarily limited to intervention on behalf of its own nationals because, in the absence of a special agreement, it is the bond of nationality between the State and the individual which alone confers upon the State the right of diplomatic protection, and it is as a part of the function of diplomatic protection that the right to take up a claim and to ensure respect for the rules of international law must be envisaged. (CPJI, 1939, p. 16. Grifo nosso).

O Projeto da CDI também é categórico, afirmando em seu artigo 3º:

*Article 3
Protection by the State of nationality
1. The State entitled to exercise diplomatic protection is the State of nationality.*

A regra da nacionalidade na proteção diplomática é marcada por algumas regras mais específicas, que serão estudadas a seguir.

1.5.1.1 Pessoas naturais

Em relação às pessoas naturais, a primeira regra específica a ser observada é a da nacionalidade contínua (*continuous nationality*). Isso quer dizer que, tradicionalmente, o particular protegido deve ser manter atrelado ao Estado protetor pelo vínculo da nacionalidade desde a época do cometimento do ilícito que o prejudicou, até a efetiva apresentação da reclamação. A razão de ser dessa regra está no fato de que a mudança de nacionalidade pode, em tese, transmitir a lealdade de um indivíduo a outro Estado, mas não carregar consigo

obrigações próprias do Estado protetor. Além disso, há a preocupação com a chamada *nationality shopping*, ou seja, a busca pela nacionalidade de um país politicamente forte, que possa esposar com sucesso e sem medo de represálias as demandas particulares. É o que se extrai da *Administrative Decision No V*, prolatada em 1924 pela Comissão Mista entre Estados Unidos e Alemanha²⁸, que tornou conhecida a curiosa possibilidade de um Estado se tornar uma “agência de reclamações”:

It is no doubt the general practice of nations not to espouse a private claim against another nation unless in point of origin it possesses the nationality of the claimant nation. The reason of the rule is that the nation is injured through injury to its national and it alone may demand reparation as no other nation is injured. (...) While naturalization transfers allegiance, it does not carry with it existing state obligations. Only the injured nation will be heard to assert a claim against another nation. Any other rule would open wide the door for abuses and might result in converting a strong nation into a claim agency in behalf of those who after suffering injuries should assign their claims to its nationals or avail themselves of its naturalization laws for the purpose of procuring its espousal of their claims. (ONU, 2006, p. 140-141).

No entanto, a regra da nacionalidade contínua apresenta alguns pontos mais complexos, compreendendo três aspectos (AMERASINGHE, 2008, p. 98). Primeiro, o vínculo entre Estado protetor e protegido deve estar presente no momento do ilícito, oportunidade considerada como o termo inicial (*dies a quo*) para o exercício da proteção diplomática. Assim chega-se à máxima de que a reclamação deve ser nacional em sua origem. Em segundo lugar, o mesmo vínculo deve ser observado no momento da apresentação da reclamação, que se considera o termo final (*dies ad quem*) para se fazer uso do instituto. Por último, a regra da continuidade em sentido estrito requer que a nacionalidade não seja rompida entre os termos inicial e final, mantendo-se desde a configuração do prejuízo até a propositura da demanda.

A regra da nacionalidade contínua da reclamação²⁹ foi reproduzida no Projeto da CDI, em seu artigo 5º, nos seguintes termos:

Article 5
Continuous nationality of a natural person

²⁸ Os Estados Unidos não ratificaram o Tratado de Versalhes, concluído entre os Aliados e a Alemanha em 1919. Apenas em 1921 os norte-americanos assinaram o Tratado de Berlim, por meio do qual se restabeleceram as relações amigáveis com a Alemanha. Algum tempo depois, em 10/08/1922, ambos os países assinaram um Acordo que estabelecia a referida Comissão Mista, com o objetivo de determinar as obrigações financeiras alemãs sob o Tratado de Berlim. O tribunal funcionou de 1922 a 1939, realizando-se sessões em Washington, Boston, Hamburgo e na Haia. Foram prolatados 7.025 laudos arbitrais, que dispuseram sobre um total de US\$ 181.351.008,45 (ONU, 2006, p. 5).

²⁹ Obviamente, a rigor, não é a reclamação que possui nacionalidade, mas sim o indivíduo protegido. Wyler (1990, p. 9-16) ressalta esse fato, afirmando que ele esconde uma ambiguidade perpetuada na jurisprudência e na doutrina internacionais. Para o autor, a continuidade se divide, na verdade, em dois aspectos: (a) a nacionalidade da pessoa protegida, do momento do ilícito até a apresentação da demanda internacional; e (b) a titularidade do direito individual nascido com o ato ilícito. Ainda que exista razão nas palavras do jurista, deve-se entender que o termo “nacionalidade da demanda” traduz apenas uma economia de linguagem, que não traz maiores problemas à prática da proteção diplomática.

1. A State is entitled to exercise diplomatic protection in respect of a person who was a national of that State continuously from the date of injury to the date of the official presentation of the claim. Continuity is presumed if that nationality existed at both these dates.

Os comentários a esse artigo são representativos das críticas feitas ao requisito da nacionalidade contínua. A primeira delas é que o requisito da continuidade estrita, ou seja, a manutenção da nacionalidade entre os termos inicial e final do exercício da proteção não parece ter grande relevância. A uma, porque esse aspecto raramente é discutido em casos reais³⁰; a duas, porque a prova da continuidade é difícil de ser feita³¹. Trata-se de documentar algo que não aconteceu – a naturalização –, o que constitui verdadeira prova diabólica. Para resolver esse segundo problema, a CDI instituiu, ao final do artigo 5, § 1º, uma presunção relativa (*juris tantum*) em relação à continuidade estrita, dando interessante solução à questão.

Em seguida, há de se considerar a possibilidade de o indivíduo protegido possuir mais de uma nacionalidade, o que traz outros questionamentos para a prática da proteção diplomática. Majoritariamente, a doutrina internacionalista brasileira³² entende que não é possível o exercício da proteção diplomática em face de um Estado que também conferiu sua nacionalidade ao indivíduo protegido pelo Estado reclamante³³. De fato, a Convenção da Haia Concernente a Certas Questões Relativas aos Conflitos de Leis sobre Nacionalidade dispõe, em seu artigo 4, que “um Estado não pode exercer proteção diplomática em favor de um de seus nacionais contra um Estado do qual esse indivíduo também é nacional”³⁴. No mesmo sentido, a CIJ reconheceu, em *obiter dictum*, a validade dessa regra na opinião consultiva sobre a reparação de danos sofridos por agentes a serviço das Nações Unidas (CIJ, 1949, p. 186).

Em que pese o exposto, também existem exceções à regra acima descrita. O próprio Projeto da CDI, em seu artigo 7, dispõe que é possível o exercício da proteção diplomática contra um Estado cuja nacionalidade foi conferida ao particular protegido, desde que o vínculo entre o indivíduo e o Estado protetor seja predominante, tanto na data do cometimento

³⁰ *Rares et controversées ont été les affaires où un tribunal s'est trouvé confronté avec une réclamation qui possédait la nationalité requise à chacune des deux dates critiques, mais qui, entre ces deux dates, avait perdu ou réacquis une telle nationalité.* (BRIGGS, 1965, p. 73).

³¹ ONU, 2006.

³² A título exemplificativo, veja-se MELLO, 2004, v. I, p. 530; MAZZUOLI, 2015, p. 619; TIBURCIO, 2001, p. 38-39.

³³ Note-se que essa possibilidade é mais frequente do que pode parecer. Se um indivíduo possui duas nacionalidades, é bem provável que tenha posses ou negócios em um dos países, ou até em ambos. Assim, o cometimento de um ilícito por um desses Estados pode facilmente gerar a situação em análise.

³⁴ Tradução livre de “*Un État ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un État dont ce-lui-ci est aussi le national.*”

do ilícito, quanto na data da apresentação da reclamação³⁵. Trata-se de reviver uma tese antiga, a chamada nacionalidade dominante, que encontrou eco em muitos procedimentais arbitrais anteriores a 1930³⁶.

A nacionalidade dominante é indissociável da regra do vínculo efetivo ou genuíno. A primeira, aplicável em casos de dupla nacionalidade, serve para determinar qual dos vínculos prepondera sobre o outro. Assim, o exercício da proteção diplomática cabe ao Estado que possui o vínculo mais profundo com o protegido. Já a segunda é utilizada para apurar os casos em que a nacionalidade foi conferida superficialmente, em violação às normas internacionais ou sem que houvesse relação significativa entre o Estado e o particular, com o único fito de viabilizar a proteção diplomática, sobretudo quando considerada a acepção sociológica da nacionalidade. Não obstante essa diferenciação, as teorias constituem os dois lados de uma mesma moeda³⁷, visto que para determinar a nacionalidade dominante, testa-se o vínculo efetivo de um nacional a seu país.

A norma sobre a nacionalidade efetiva foi consagrada no caso Nottebohm, em que a CIJ depoarou-se com o seguinte caso: Friedrich Nottebohm, nascido na Alemanha em 1881, havia se mudado para a Guatemala em 1905, onde desenvolveu, com prosperidade, atividades comerciais, bancárias e agrárias. Sem nunca adquirir a nacionalidade guatemalteca, em 1939, após visitar Liechtenstein, naturalizou-se liechtensteinense, perdendo a nacionalidade alemã. Em 1943, após o início da 2ª Guerra Mundial, o governo guatemalteco apreendeu Nottebohm, tratando-o como alemão e enviando-o a uma base militar norte-americana, onde permaneceu até 1946. Após ser solto, ele viajou para Liechtenstein, onde morou até sua morte. Em 1951, o governo liechtensteinense decidiu endossar a causa de Nottebohm, exercendo proteção diplomática em face da Guatemala em um procedimento perante a CIJ.

No julgamento de 1955³⁸, a Corte julgou a demanda inadmissível, considerando que Liechtenstein não poderia exercer proteção diplomática em relação a Nottebohm, posto que, por um lado, não havia qualquer elo de ligação entre o Estado protetor e o particular protegido. Já por outro, a relação entre Nottebohm e a Guatemala compreendia uma residência fixada 34 anos, ainda que sem o vínculo formal de nacionalidade. Ressaltou-se,

³⁵ *Article 7*

Multiple nationality and claim against a State of nationality

A State of nationality may not exercise diplomatic protection in respect of a person against a State of which that person is also a national unless the nationality of the former State is predominant, both at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim. (grifo nosso).

³⁶ Cf. ONU, 2006, p. 44, para uma lista de procedimentos arbitrais em que a tese foi aplicada.

³⁷ Cf. caso Mergé – Decision No. 55 (ONU, 2006, vol. XIV, p. 236-248).

³⁸ Nottebohm Case (second phase), Judgement of April 6th, 1955: I.C. J. Reports, 1955.

assim, a dimensão sociológica da nacionalidade, pelo que se exigiu um real sentimento de pertencimento do Sr. Nottebohm ao país protetor.

Por fim, note-se que existem duas hipóteses em que o vínculo da nacionalidade é irrelevante para o exercício da proteção diplomática. O primeiro deles é a possibilidade de endosso de demandas de apátridas e refugiados. Costumeiramente, afirmava-se que a proteção só poderia ser oferecida a nacionais, o que deixava os apátridas à margem do instituto. Tal entendimento é esposado no famoso excerto do caso *Dickson Car Wheel Company v. United Mexican States*, julgado em 1931 pela Comissão Mista Estados Unidos – México³⁹:

A State (...) does not commit an international delinquency in inflicting an injury upon an individual lacking nationality, and consequently, no State is empowered to intervene or complain on his behalf either before or after the injury. (ONU, 2006, vol. IV, p. 678).⁴⁰

No entanto, em declarado exercício de “desenvolvimento progressivo do direito” (ONU, 2006, p. 48), a CDI incluiu a possibilidade de endosso de reclamações de apátridas e de refugiados, substituindo o vínculo da nacionalidade pelo da residência habitual no Estado protetor.⁴¹ Além de extremamente salutar, uma vez que tais grupos vulneráveis encontravam-se desprotegidos pelo instituto, o dispositivo relativiza o requisito da nacionalidade, dispensando o tradicional vínculo e substituindo-o por outro. Trata-se de verdadeiro avanço para a doutrina sobre o instituto, que parece ter se adequado aos avanços da proteção internacional dos direitos humanos.

Em segundo lugar, tem-se o exercício da proteção pelo país da bandeira de um navio na hipótese de a tripulação ter sofrido danos em função de um ilícito internacional. Em outras palavras, permite-se que o Estado de nacionalidade do navio endosse reclamações da

³⁹ Durante a Revolução Mexicana de 1910, consideráveis prejuízos foram causados a estrangeiros. Após tentativas pouco frutíferas de estabelecer comissões internas para lidar com as compensações, Estados Unidos e México concluíram um tratado em 1923, que estabeleceu a Comissão Mista em referência, para lidar com as reclamações de nacionais norte-americanos em face do governo mexicano.

⁴⁰ Essa visão é explicada por Oppenheim (1905, p. 366), em um posicionamento essencialmente resignado. O autor afirma que os apátridas são emredores de proteção, contudo o direito internacional não pode fazer nada por eles, visto que não possuem o indispensável vínculo da nacionalidade: “*That stateless individuals are in so far objects of the Law of Nations as they fall under the territorial supremacy of the State on whose territory they live there is no doubt whatever. But since they do not own a nationality, the link by which they could derive benefits from International Law is missing, and thus they lack any protection whatever as far as this law is concerned. (...) In practice, stateless individuals are in most States treated more or less as though they were subjects of foreign States, but as a point of international legality there is no restriction whatever upon a State’s maltreating them to any extent.*”

⁴¹ *Article 8 Stateless persons and refugees*

1. *A State may exercise diplomatic protection in respect of a stateless person who, at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim, is lawfully and habitually resident in that State.*

2. *A State may exercise diplomatic protection in respect of a person who is recognized as a refugee by that State, in accordance with internationally accepted standards, when that person, at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim, is lawfully and habitually resident in that State.*

3. *Paragraph 2 does not apply in respect of an injury caused by an internationally wrongful act of the State of nationality of the refugee.*

tripulação do mesmo, independentemente do vínculo de nacionalidade dos indivíduos com o Estado da bandeira. Majoritariamente, a prática internacional corrobora esse entendimento⁴², mas, pela ausência do vínculo direto de nacionalidade, parte da doutrina reluta em entender tal prática como exemplo de proteção diplomática (AMERASINGHE, 2008, p. 120). O próprio Projeto da CDI, inclusive, enquanto afirma a legitimidade do Estado da bandeira de endossar as reclamações, em seus comentários afirma haver apenas “estreita semelhança” entre esse tipo de proteção e o instituto da proteção diplomática.

Entende-se, aqui, que não há por que negar o caráter de proteção diplomática à proteção de tripulações por Estados da bandeira de navios. O que caracteriza o instituto, como já dito, é o fato de ser uma norma secundária que busca remediar a incapacidade do indivíduo no plano internacional, fazendo com que um Estado endosse seu pleito. Nesse sentido, a prática da proteção é reconhecida por alguns autores, a exemplo de Meyers (1967, p. 90), expoente da doutrina especializada em direito do mar, de Dolzer (1988, p. 122) e de Geck (1988, p. 108-109)⁴³.

1.5.1.2 Pessoas jurídicas

O artigo 9 do Projeto da CDI consagrou o exercício de proteção diplomática em favor de pessoas jurídicas, mais especificamente sociedades. Segundo o dispositivo, o endosso cabe também ao Estado de nacionalidade, o qual é entendido, a princípio, como aquele em que a empresa foi constituída. Entretanto, caso a empresa, cumulativamente, (a) seja controlada por nacionais de outros Estados, (b) não desenvolva atividades significativas no Estado de incorporação, e (c) possuir sede em outro Estado, esse outro Estado deve ser considerado o país de nacionalidade.⁴⁴

O entendimento acima, bem como toda a doutrina sobre a proteção diplomática de pessoas jurídicas perpassa o caso *Barcelona Traction*, em que a CIJ se deparou com a seguinte hipótese: a Barcelona Traction era uma empresa constituída em 1911 no Canadá, país em que possuía sede de negócios. Ocorre que, alguns anos depois, o capital da empresa passou a pertencer, praticamente em sua totalidade, a particulares belgas. Diante de algumas

⁴² *McGready v. Mexico; I'm Alone Case.*

⁴³ Geck estende o entendimento, ainda, a aeronaves.

⁴⁴ *Article 9 State of nationality of a corporation*

For the purposes of the diplomatic protection of a corporation, the State of nationality means the State under whose law the corporation was incorporated. However, when the corporation is controlled by nationals of another State or States and has no substantial business activities in the State of incorporation, and the seat of management and the financial control of the corporation are both located in another State, that State shall be regarded as the State of nationality.

irregularidades cometidas pelo governo espanhol, que tornaram a empresa economicamente morta, a Bélgica, a pedido de seus nacionais acionistas, exerceu proteção diplomática em procedimento perante a CIJ, buscando reparações contra a Espanha. Ao analisar a admissibilidade da demanda a CIJ afirmou que a “regra tradicional atribui o direito de proteção diplomática de uma pessoa jurídica ao Estado sob as leis do qual foi incorporada e em cujo território possui escritório devidamente registrado” (CIJ, 1970, p. 42).

A Corte notou, entretanto, que apesar de esses dois critérios – Estado de incorporação e escritório no território – serem respaldados pela prática e por vários instrumentos internacionais, vínculos adicionais ou alternativos são exigidos por alguns Estados para que procedam ao endosso. Essas exigências variam, podendo requerer o funcionamento da sede ou do controle decisório no território do Estado ou a presença da maioria dos acionistas no mesmo. Assim, considerando todos os fatores envolvidos, a CIJ entendeu que os vínculos da Barcelona Traction com a Bélgica não eram suficientes para caracterizar a empresa com sua nacional, negando admissibilidade à demanda apresentada.

A Corte também se pronunciou sobre a proteção diplomática em favor de acionistas, salientando, primeiramente e em regra geral, que não há como “levantar o véu da personalidade jurídica”. Assim, o Estado de nacionalidade do acionista não poderia exercer proteção diplomática para exigir reparação por danos causados à empresa em si. Isso se justifica pela possibilidade de uma empresa possuir grandes números de acionistas, com diferentes nacionalidades, o que resultaria em diferentes Estados pretendendo exercer o direito de proteção. Além disso, dada a abertura do mercado financeiro, o direito de exercício estaria em constante troca de titularidade, o que, no racional da Corte, geraria uma “atmosfera de confusão e de insegurança nas relações econômicas internacionais” (CIJ, 1970, p. 49).

Em um segundo momento, contudo, a CIJ considerou existir três casos em que a proteção exercida pelo Estado de nacionalidade do acionista se justifica. Primeiro, na hipótese de os direitos diretos dos acionistas terem sido infringidos (CIJ, 1970, p. 36). Segundo, na hipótese de a companhia deixar de existir (CIJ, 1970, p. 40-41). Terceiro, quando o Estado de nacionalidade da companhia for o ofensor (CIJ, 1970, p. 48). Essas condições foram reproduzidas nos artigos 11⁴⁵ e 12⁴⁶ do Projeto da CDI. Mais recentemente, contudo, no caso

⁴⁵ *Article 11 Protection of shareholders*

The State of nationality of shareholders in a corporation shall not be entitled to exercise diplomatic protection in respect of such shareholders in the case of an injury to the corporation unless:

(a) The corporation has ceased to exist according to the law of the State of incorporation for a reason unrelated to the injury; or

(b) The corporation had, at the date of injury, the nationality of the State alleged to be responsible for causing the injury, and incorporation in that State was required by it as a precondition for doing business there.

Diallo, a CIJ considerou que os direitos dos acionistas⁴⁷, caso diretamente infringidos, são passíveis de serem defendidos não a partir da proteção diplomática de pessoas jurídicas, mas como simples manifestação da proteção de indivíduos (CIJ, 2007, p. 28).

1.5.2 Esgotamento dos recursos internos

Para que um Estado possa exercer proteção diplomática em favor de um de seus nacionais, é necessário, também que o particular lesado esgote todos os recursos jurídicos internos do Estado ofensor ou do Estado em cujo território o ilícito foi cometido. Mello (2004, v. I, p. 533) aponta dois fundamentos para essa regra: (a) evitar reclamações prematuras, ou seja, a deflagração de demandas internacionais manifestamente incabíveis; e (b) a presunção de que os recursos internos do Estado são capazes de dar uma solução satisfatória para as reclamações de estrangeiros, prestigiando, em última análise, a soberania do Estado que deve se pronunciar previamente sobre a demanda. Mazzuoli (2015, p. 635) acrescenta uma terceira razão de (c) evitar pedidos de endosso flagrantemente abusivos. Amerasinghe (2008, p. 142-143) dá especial relevância ao segundo fundamento, afirmando que está “no coração da regra” e que constitui “a principal razão da sobrevivência da regra nos dias de hoje”.

Tiburcio (2001, p. 40) traça um paralelo da regra com as figuras da litispendência e da coisa julgada no processo civil doméstico. Sustenta, assim, que enquanto houver uma demanda tramitando no judiciário local, a reclamação não pode ser levada ao plano internacional. Somente quando é proferida uma decisão interna definitiva de mérito sobre o assunto é que se permite a internacionalização. Obviamente, a decisão deve negar o pleito do particular, chegando-se à conclusão que o mesmo não terá outra oportunidade de ser compensado em âmbito local.

A regra foi explicitada pela CIJ em 1959, por ocasião do julgamento do caso *Interhandel*:

The rule that local remedies must be exhausted before international proceedings may be instituted is a well-established rule of customary international law; the rule has been generally observed in cases in which a State has adopted the cause of its national whose rights are claimed to have been disregarded in another State in violation of international law. Before resort may be had to an international court in such a situation, it has been considered necessary that the State where the violation

⁴⁶ Article 12 Direct injury to shareholders

To the extent that an internationally wrongful act of a State causes direct injury to the rights of shareholders as such, as distinct from those of the corporation itself, the State of nationality of any such shareholders is entitled to exercise diplomatic protection in respect of its nationals.

⁴⁷ Direitos de comparecer a reuniões, de votar para a escolha de representantes e dirigentes, de supervisionar e monitorar a administração etc.

*occurred should have an opportunity to redress it by its own means, within the framework of its own domestic legal system. (CIJ, 1959, p. 27).*⁴⁸

Já o Projeto da CDI dispôs nos seguintes termos:

Article 14

Exhaustion of local remedies

1. A State may not present an international claim in respect of an injury to a national or other person referred to in draft article 8 before the injured person has, subject to draft article 15, exhausted all local remedies.

Existe, também, significativa discussão quanto escopo de aplicação da regra, isso é, quanto a saber exatamente quais remédios devem ser esgotados. Há divergências quanto a se recursos administrativos, isso é, não judiciais, devem ser previamente esgotados⁴⁹. O melhor entendimento parece ser o bom senso: os recursos judiciais ou quase-judiciais de uso comum devem ser esgotados, já os excepcionais devem ser excluídos do escopo da regra (AMERASINGHE, 2008, p. 147). É importante, assim, que a essência da reclamação seja trazida ao Judiciário local e que todos os remédios acessíveis sejam esgotados até o ponto permitido ou requerido pelo ordenamento doméstico (CIJ, 1989, p. 46).

Apesar de refletir prestígio à soberania estatal, a regra do esgotamento dos recursos internos, sem dúvida, é a condição para o exercício da proteção diplomática que encontra o maior número de exceções, sobretudo porque ela constitui um obstáculo que pode ser colocado pelo Estado ofensor à satisfação da pretensão do indivíduo lesado. O Projeto da CDI elencou cinco ressalvas à norma, a saber:

Article 15

Exceptions to the local remedies rule

Local remedies do not need to be exhausted where:

(a) There are no reasonably available local remedies to provide effective redress, or the local remedies provide no reasonable possibility of such redress;

(b) There is undue delay in the remedial process which is attributable to the State alleged to be responsible;

(c) There was no relevant connection between the injured person and the State alleged to be responsible at the date of injury;

(d) The injured person is manifestly precluded from pursuing local remedies;

or

(e) The State alleged to be responsible has waived the requirement that local remedies be exhausted.

A primeira das exceções é a hipótese de os remédios serem inefetivos, ou seja, não consistirem em uma real possibilidade de ver a demanda solucionada. Qualquer que seja o

⁴⁸ A Corte ainda afirmou que uma reclamação que não observe a regra sofre perda de objeto (CIJ, 1959, p. 26).

⁴⁹ Os comentários ao Projeto da CDI indicam que os remédios administrativos também devem ser esgotados, mas são excluídos da regra (a) os remédios que não levam a uma decisão vinculante; e (b) pedidos de clemência ou favor (ONU, 2006, p. 72).

parâmetro⁵⁰ para se considerar que um remédio não é efetivo, é certo que devem ser levadas em consideração a lei local, bem como as circunstâncias fáticas e temporais que cercam a questão controvertida (AMERASINGHE, 2008, p. 157).

A segunda exceção ocorre quando houver atraso injustificado na prestação jurisdicional interna, o que não deixa de se assemelhar à inefetividade. Considera-se o atraso injustificado como verdadeira denegação de justiça (AMERASINGHE, 2008, p. 157), motivo pelo qual também dá azo à inaplicabilidade da regra do esgotamento. Por sua vez, a terceira exceção – hipótese (c) – contempla casos em que o indivíduo lesado não possui qualquer vínculo com o Estado ofensor. A princípio, a regra pode parecer estranha, mas encontra respaldo, por exemplo, em situações de dano ambiental transfronteiriço. Nessa hipótese, o esgotamento de recursos internos é excepcionado para que um particular possa acionar um Estado poluidor por prejuízos suportados em território de outro Estado, que hospeda seus investimentos.⁵¹

A exceção (d), na primeira versão do Projeto da CDI, fazia parte de uma previsão mais ampla, que contemplava as circunstâncias que tornavam o requisito da exaustão dos remédios internos irrazoável. A versão final, contudo, afirmou que o parágrafo constitui um exercício de desenvolvimento progressivo do DI e que, portanto, deveria ser restritivamente construído. Afirmou-se, ainda, que o ônus da prova deve caber ao particular ofendido, que deve, assim, demonstrar não apenas a imposição de obstáculos ou dificuldades, mas sim a manifesta preclusão de seu direito de reclamar no âmbito interno do Estado ofensor (ONU, 2006, p. 83).

A exceção mais interessante, contudo, é a hipótese de renúncia ao requisito do esgotamento dos recursos internos, prevista pelo Projeto no item (e). Amerasinghe (2008, p. 161-171) faz longa exposição do tema, classificando as renúncias em expressa e implícita. Obviamente, a renúncia expressa ocorre quando um Estado expressamente concorda com a inaplicabilidade do requisito do exaurimento dos remédios internos. A forma de tal disposição é livre, podendo ser feita por meio de tratados bilaterais, como foi o caso das comissões e tribunais arbitrais de mistos constituídos no período entreguerras⁵², multilaterais, como se mostra a convenção do ICSID⁵³, ou até mesmo atos unilaterais de um Estado.

⁵⁰ O Projeto da CDI, em seus comentários, elenca os três testes mais comuns na prática internacional para determinar a inefetividade, devendo-se averiguar quando: (a) os remédios são obviamente fúteis; (b) os remédios não oferecem prognóstico razoável de sucesso; e (c) os remédios não proporcionam possibilidade efetiva de reparação dos danos (ONU, 2006, p. 77).

⁵¹ Amerasinghe (2008, p. 187) considera que a previsão “vai longe demais”, pois priva o Estado poluidor da oportunidade de reparar os danos causados.

⁵² Como exemplo, veja-se o teor do artigo V do tratado constitutivo da Comissão Mista EUA-México de 1923: *ARTICLE V. The High Contracting Parties, being desirous of effecting an equitable settlement of the claims of their respective citizens thereby affording them just and adequate compensation for their losses*

As hipóteses de renúncia implícita, ainda de acordo com a exposição feita por Amerasinghe, subdividem-se em cinco hipóteses: (a) a assinatura da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória prevista no artigo 36 do Estatuto da CIJ; (b) a submissão da controvérsia, por Estados, a um tribunal arbitral ou corte internacional; (c) quando a questão a ser resolvida envolve a arbitrabilidade da disputa; (d) acordos entre investidores e Estados; (e) a não impugnação da regra do esgotamento dos recursos internos como objeção preliminar; e (f) o pedido de julgamento meramente declaratório. Todas as hipóteses são, em maior ou menor grau, discutíveis, prevalecendo o entendimento de que a renúncia à regra não pode ser presumida. Nesse sentido posicionou-se o Projeto da CDI (ONU, 2006, p. 85), com suporte no seguinte excerto do caso ELSI, em que a CIJ se considerou incapaz de aceitar a renúncia tácita:

(...) the Chamber finds itself unable to accept that an important principle of customary international law should be held to have been tacitly dispensed with, in the absence of any words making clear an intention to do so (CIJ, 1989, p. 42).

Entretanto, a CDI fez a ressalva de que, quando a intenção de ambas as partes no sentido de renunciar aos remédios locais for clara, a escolha deve ser respeitada (ONU, 2006, p. 85).

1.5.3 Conduta correta do reclamante (*clean hands doctrine*)

O último requisito costumeiro para o exercício da proteção diplomática é a conduta correta do reclamante, o que significa dizer que o particular protegido não pode ter concorrido para a criação do dano (MAZZUOLI, 2015, p. 620). Trata-se de princípio geral de direito baseado na boa-fé e aplicável também ao direito interno.⁵⁴ No âmbito da proteção diplomática, caso o reclamante não tenha as “mãos limpas”, considera-se precluso o direito ao exercício do instituto pelo Estado de sua nacionalidade (AMERASINGHE, p. 212).

A toda evidência, contudo, tal requisito mostra dificuldades de definição e de aplicação (AMERASINGHE, p. 221-224). Apesar de presente na esmagadora maioria dos

or damages, agree that no claim shall be disallowed or rejected by the Commission by the application of the general principle of international law that the legal remedies must be exhausted as a condition precedent to the validity or allowance of any claim.

⁵³ Na verdade, a Convenção do ICSID inverte a lógica da renúncia, dispondo que a regra de exaustão dos recursos internos só é aplicável mediante expressa previsão do Estado contratante nesse sentido:

Artigo 26.º O consentimento dado pelas partes para a arbitragem dentro do âmbito da presente Convenção será, excepto no caso de estipulação contrária, considerado como implicando a renúncia a qualquer outro meio de resolução. Um Estado Contratante poderá exigir a exaustão dos meios administrativos e judiciais internos como condição para dar o seu consentimento à arbitragem no âmbito da presente Convenção.

⁵⁴ No caso brasileiro, por exemplo, o artigo 945 do Código Civil prevê a redução do montante indenizatório caso a vítima tenha concorrido para o evento danoso. Já a culpa exclusiva possui previsão no artigo 12, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, bem como na doutrina e jurisprudência nacionais.

manuais de DI e nas principais obras sobre proteção diplomática, o requisito não foi contemplado pelo Projeto da CDI, dada a franca controvérsia doutrinária sobre se o mesmo constituiria ou não uma condição para o endosso da causa particular.

Em estudo dedicado especificamente ao tema, Shapovalov afirmou que a doutrina das mãos limpas não constitui uma condição para o exercício da proteção diplomática doutrinariamente estabelecida. Argumenta que o pretense requisito não contaria com suporte substancial da doutrina e da jurisprudência internacionais (SHAPOVALOV, 2005, p. 848-854). Por essas razões, o autor concluiu, ainda, que a CDI realmente não deveria incluir o tema em seu projeto de codificação.

1.6 O Projeto de artigos sobre proteção diplomática da Comissão de Direito

Internacional

Logo após a 1ª Guerra Mundial, a busca por ordem e segurança nas relações internacionais impulsionou um movimento de codificação do DI, como forma de prestigiar a segurança jurídica e de estabelecer de forma clara as “regras do jogo”. De início, a proteção diplomática foi vista como um dos principais temas candidatos à codificação, dada a extensa jurisprudência desenvolvida sobre a matéria. Em um segundo momento, contudo, uma profunda divergência quanto ao propósito da proteção diplomática emergiu, tornando as tratativas mais difíceis: as grandes potências viam o instituto como uma forma de manter condições favoráveis para o investimento estrangeiro, enquanto que os Estados menores estavam mais preocupados com a edição de normas que protegessem sua independência e prevenissem ingerências externas (AMERASINGHE, 2008, p. 55).

Em 1924, o então estabelecido comitê da Liga das Nações para a codificação progressiva do DI apresentou a “responsabilidade dos Estados acerca de danos causados em seus territórios a pessoas ou a propriedades estrangeiras” como um dos sete pontos considerados maduros para serem codificados. O relator desse tema foi o jurista elsalvadorenho José Gustavo Guerrero, que, conforme esperado, apresentou uma visão típica dos países latino-americanos, que reputava a proteção diplomática um instrumento imperialista.

Em 1927, a Assembleia da Liga das Nações decidiu submeter o assunto a uma primeira conferência internacional sobre a codificação do DI. Um questionário sobre o tema da proteção diplomática foi elaborado e enviado aos Estados membros. Cerca de 30 respostas foram recebidas (AMERASINGHE, 2008, p. 57) e utilizadas para a criação das bases da

discussão. Estas, contudo, não mais possuíam o escopo delineado por Guerrero. A Primeira Conferência para a Codificação do Direito Internacional foi realizada na Haia em 1930; mas nenhuma convenção foi adotada sobre o tema da proteção diplomática ou da responsabilidade internacional. Pode-se dizer, entretanto, que as celeumas não diziam respeito à proteção diplomática em si, mas às normas primárias sobre o tratamento de estrangeiros, especialmente em relação à aplicação da regra do igual tratamento entre nacionais e estrangeiros ou do mínimo padrão de justiça (AMERASINGHE, 2008, p. 58).

O tema voltou à mesa de discussões apenas em 1948, quando a Assembleia Geral da ONU estabeleceu a Comissão de Direito Internacional (CDI) e encarregou-a de promover o desenvolvimento progressivo e a codificação do DI. Como proposta inicial, a CDI elaborou um programa de trabalho, no qual constava a Responsabilidade dos Estados. A partir daí, o tratamento de estrangeiros passou a ser tratado como um subtópico da responsabilidade internacional. O relator García-Amador apresentou seis relatórios entre 1956 e 1961, preocupando-se mormente com as regras substantivas do tratamento de estrangeiros, e não especialmente com a proteção diplomática. A questão foi pouco debatida, em parte porque alguns membros da CDI estavam mais preocupados em delimitar o tema para tornar o consenso possível, enquanto outros já tratavam a proteção diplomática como uma instituição em desuso. Este trabalho não se propõe a analisar amplamente a responsabilidade internacional, bastando apontar que os outros relatores do tópico também se debruçaram, incidentalmente, sobre a proteção diplomática, a saber: Roberto Ago (oito relatórios entre 1969 e 1980), Wilhelm Riphagen (sete relatórios entre 1980 e 1986) e Gaetano Arangio-Ruiz (sete relatórios entre 1988 e 1995).

Em 1997, com a indicação de James Crawford para a relatoria do tema, também foi decidido que a CDI elaboraria um projeto de artigos específico para a proteção diplomática. O jurista Mohamed Bennouna foi apontado como responsável em 1997, produzindo um relatório preliminar em 1998. Pouco tempo depois, contudo, Bennouna se desligou do projeto e John Dugard foi indicado como novo relator. Dugard produziu cinco relatórios, que resultaram na primeira redação do Projeto (*1st Reading*) em 2004. Em 2006, uma nova redação foi apresentada, com significativas mudanças nos dispositivos já elaborados e com a introdução de novas previsões.

Após a delimitação do tema, as discussões travadas na CDI evidenciaram as numerosas discussões doutrinárias sobre o tema, e sua análise contribui para o entendimento dos tópicos abordados neste trabalho. Contudo, para entender as controvérsias, era necessário

expor as principais características do instituto, de modo que somente neste momento se passa à análise da aludida tentativa de codificação.

Na primeira versão do documento, em 2004, a CDI parecia ter adotado a visão tradicional acerca da proteção diplomática, confirmando a ficção e a ideia do exercício pelo Estado de direito próprio e discricionário, bem como todas as implicações que essa visão traz consigo. O art. 1º da primeira versão (*Ist Reading*)⁵⁵ ilustrava o pensamento:

Article 1

Definition and Scope

Diplomatic protection consists of resort to diplomatic action or other means of peaceful settlement by a State adopting in its own right the cause of its national in respect of an injury to that national arising from an internationally wrongful act of another State.

As discussões doutrinárias e a prática internacional, contudo, não foram ignoradas pela CDI, que modificou seu projeto para uma redação que não alude, de forma alguma, à ficção.⁵⁶ Além disso, os comentários à versão final do projeto denotam a preocupação da Comissão em se afastar da concepção vatteliana, reputando-a exagerada (ONU, 2006, p. 25).

Em parte, isso foi devido às várias críticas à visão tradicional acerca da proteção diplomática, a exemplo da tecida por Pellet (2007). Para o autor, a ficção Mavrommatis afirma duas situações: primeiro, que o exercício da proteção diplomática é um direito que pertence ao Estado do qual a pessoa lesada por um ilícito internacional é nacional; e segundo, que o Estado, uma vez que exerce o direito de proteger seu nacional, faz valer seu direito próprio. De acordo com o jurista, a primeira conclusão não traz problemas, mas a segunda, que constitui a ficção propriamente dita, não resistiria a alguns questionamentos.

Primeiramente, o fato de que o esgotamento de recursos internos constitui um requisito para o exercício da proteção diplomática já é uma contradição da própria natureza clássica do instituto.⁵⁷ Uma vez que o esgotamento deve ser feito pelo indivíduo lesado, caso este não leve a demanda ao tribunal nacional competente, o Estado pode se ver impedido de agir, e de fazer valer seu próprio direito de proteção. Não faz sentido conceber, na visão clássica do Direito Internacional interestatal, que um indivíduo tenha esse poder.

Da mesma forma, também pode o requisito da continuidade da nacionalidade impedir o exercício da proteção, de maneira contrária à vontade do Estado. Se este é o verdadeiro

⁵⁵ O texto da primeira versão consta do relatório da CDI sobre sua 56ª sessão. Disponível em http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/59/10%28SUPP%29.

⁵⁶ Cf. transcrição na seção 1.2, *supra*.

⁵⁷ “Quant à l’exigence, elle bien établie, de l’épuisement des recours internes, elle n’a jamais été conciliable avec l’idée d’un “droit propre” de l’État que exerce as protection diplomatique puisque ceci revient à admettre que, par son inertie, la personne privée peut paralyser l’exercice d’un droit appartenant à l’État” (PELLET, 2007, p. 1379).

detentor do direito de proteção, ao qual cabe, exclusivamente, decidir sobre a propositura, negociação e retirada da demanda, não haveria qualquer motivo para a nacionalidade contínua ser um requisito para o exercício da proteção diplomática.⁵⁸

O referido autor elogia o avanço feito pelo novo art. 1 do Projeto da CDI; entretanto também aduz que o texto foi tímido, e perdeu a oportunidade de contestar outras inconsistências da proteção diplomática (PELLET, 2007, p. 1378-1379), principalmente por terem sido mantidos os requisitos do esgotamento dos recursos internos (artigo 14) e da nacionalidade (artigos 5 e 10).

Muito importante para o ideal por trás do Projeto também é o artigo 19, que determina:

Article 19

Recommended practice

A State entitled to exercise diplomatic protection according to the present draft articles, should:

(a) Give due consideration to the possibility of exercising diplomatic protection, especially when a significant injury has occurred;

(b) Take into account, wherever feasible, the views of injured persons with regard to resort to diplomatic protection and the reparation to be sought; and

(c) Transfer to the injured person any compensation obtained for the injury from the responsible State subject to any reasonable deductions.

Esse dispositivo, apesar de apresentar apenas uma “prática recomendada”, muito tem a dizer sobre a natureza da proteção diplomática. A recomendação de “considerar devidamente” o exercício da proteção diplomática, ainda que não traduza um dever de oferecê-la, começa a minar o entendimento da total discricionariedade do Estado para proteção de seu nacional. No mesmo sentido, a sugestão de considerar a visão do particular lesado difere manifestamente do entendimento clássico segundo o qual o Estado não possui necessidade alguma de consultar o ofendido. Por fim, também contradiz a visão clássica do instituto a recomendação de transferir à pessoa prejudicada a compensação obtida pelo Estado protetor ao final de uma demanda internacional bem sucedida.

1.7 Conclusões parciais

Dentro do escopo geral da dissertação, o presente capítulo serviu para conceituar a proteção diplomática, o que era necessário não só por motivos metodológicos, mas também porque, mesmo dentre internacionalistas, o tema não costuma estar “na ordem do dia”, sendo relegado a poucas páginas de manuais. Nesse sentido, buscou-se estabelecer premissas básicas da proteção diplomática, a saber:

⁵⁸ (...) *si l'État défend un droit propre, il n'y a aucune raison qu'il en soit privé si son ressortissant change de nationalité après que le dommage est survenu* (PELLET, 2007, p. 1378).

- A proteção diplomática é uma norma secundária de direito internacional, que visa à reparação de prejuízos sofridos por particulares em razão de ilícitos internacionais cometidos por Estados;
- A proteção diplomática tem fundamento costumeiro, buscando remediar a falta de personalidade e de capacidade do particular no plano internacional;
- A natureza da proteção é controversa, assim como os contornos dos requisitos para seu exercício;
- Os requisitos não integram a essência da proteção diplomática; sendo relativizados e afastados em diversas circunstâncias.

2 PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA E DIREITOS HUMANOS

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é o “conjunto de direitos e faculdades que garante a dignidade do ser humano e se beneficia de garantias internacionais institucionalizadas” (RAMOS, 2012b, pos. 73,8/676). Se a proteção diplomática é tida como um instituto relativamente recente no direito internacional, por ter se consolidado como prática costumeira apenas no século XIX, a proteção dos direitos humanos nessa seara é ainda mais incipiente. Trata-se de ramo que ganhou força somente em 1945, com a assinatura da Carta de São Francisco, que criou a ONU. Dispõe seu preâmbulo:

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS

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

O movimento da proteção internacional dos direitos dos indivíduos está estreitamente relacionado com sua gradual aquisição de personalidade jurídica internacional. Classicamente, o direito internacional é visto como um ordenamento jurídico interestatal, sendo os particulares reduzidos a meros beneficiários das regras internacionais, e não como verdadeiros sujeitos de direitos ou obrigações. No entanto, já no início do século XX, algumas experiências internacionais desafiaram essa noção⁵⁹, o que foi levado adiante pelos adventos do pós 2ª Guerra Mundial.

Ainda hoje, há quem defenda que os indivíduos não são sujeitos diretos de direitos e deveres na ordem internacional. Rezek (2014, p. 100-101), por exemplo, afirma que os particulares não passam de meros beneficiários do direito internacional, ou seja, de objeto de proteção de normas criadas pelos Estados – assim como a flora, a fauna e até cabos submarinos –, que continuam a ser os únicos e verdadeiros sujeitos de DI. Assim, a personalidade jurídica internacional não dependeria da mera estipulação de benefícios em tratados, mas sim da possibilidade de o ator em questão reclame diretamente e em função de uma norma de direito internacional geral, nos foros internacionais, a garantia de seus direitos. Na doutrina internacional, Weil (1992, p. 110-128) apresenta posicionamento semelhante, afirmando que a posição do indivíduo, mesmo em face das transformações do século XX, permaneceria a mesma: ele não passaria a ser sujeito de direito (e deveres) na ordem

⁵⁹ Vide nota 27, *supra*.

internacional, mas continuaria a ser objeto passivo, cujo destino jurídico seria aquele determinado pela vontade dos Estados e pelo jogo político dos governos.

Trata-se, na verdade, de mera confusão entre os institutos da capacidade e da personalidade jurídica (MAZZUOLI, 2015, p. 84-85): o fato de o indivíduo não possuir meios de reclamar seus direitos na ordem internacional não o torna desprovido de personalidade, mas apenas de capacidade, fato que, inclusive, justifica o uso da proteção diplomática. Em outras palavras, a ideia de que os indivíduos são sujeitos de direito internacional comporta duas análises: a primeira diz respeito a saber se os particulares possuem direitos e deveres diretamente regulados pelo direito internacional, enquanto que a segunda concerne à possibilidade de tais indivíduos possuírem capacidade processual para agir em defesa de seus interesses na ordem internacional, seja como demandante ou demandado. Dessarte, é possível dizer que o posicionamento encampado por Rezek e Weil é hoje minoritário, sendo o indivíduo amplamente reconhecido como detentor de personalidade jurídica internacional.

Feita essa introdução, frise-se que o desenvolvimento dos direitos humanos na ordem internacional é o que leva alguns autores a afirmarem que a proteção diplomática está caindo em desuso. A doutrina e a prática dessa nova sistemática colocam o indivíduo como sujeito de direitos e deveres na ordem internacional, capaz de reivindicar pretensões oriundas de normas o que tornaria desnecessário o endosso da causa particular pelo Estado protetor. Nesse contexto, este capítulo buscará demonstrar a interação entre proteção diplomática e direitos humanos, o que se dá por dois passos: primeiro, será feita uma diferenciação entre os dois institutos, para esclarecer o âmbito de aplicação de cada um; segundo, demonstrar-se-á a interação provocada por recentes desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais, que incorre na chamada ampliação do escopo material da proteção diplomática, isto é, o uso do instituto para buscar a responsabilização pela violação de normas primárias sobre direitos humanos, e não somente sobre tratamento de estrangeiros.

2.1 Uma distinção necessária

Inicialmente, há que se fazer um esclarecimento quanto ao que se aborda quando utilizados os termos “proteção diplomática” e “direitos humanos”. Reitera-se que a proteção diplomática é uma norma secundária, utilizada para responsabilizar um Estado que maltrata um estrangeiro e, portanto, viola as normas internacionais sobre o tratamento de alienígenas. Já o termo direitos humanos é mais amplo, constituindo todo um sistema de proteção do indivíduo na ordem internacional, o que engloba, ao mesmo tempo, normas primárias e

secundárias. Existe hoje um grande número de tratados e convenções sobre a proteção dos direitos humanos, sejam universais, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, entre outros; sejam regionais, como os sistemas conformados pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pela Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e pela Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

Os acordos multilaterais sobre direitos humanos, em regra, além de preverem os direitos inerentes à natureza humana, também dispõem sobre alguma forma de fazer valer esses direitos. Tais formas variam, sendo previstas de maneira diferente em cada tratado. No Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, por exemplo, caso um Estado tenha ratificado seu protocolo facultativo, um indivíduo que considere ter algum dos direitos previstos no Pacto lesado por um Estado Parte, pode acionar diretamente o Comitê de Direitos Humanos⁶⁰, que poderá fazer recomendações ao Estado violador. Já a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos institui uma Corte com poderes para receber petições de “qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos”⁶¹.

Isso posto, fica claro que a sistemática de direitos humanos na ordem internacional não pode ser comparada à proteção diplomática sem as devidas adequações. Na verdade, a relação dos direitos humanos com o instituto em tela se dá em dois níveis: primeiro, observa-se uma influência das regras primárias contidas em tratados de direitos humanos sobre as normas referentes ao tratamento de estrangeiros; e segundo, verifica-se a sobreposição de regras secundárias contidas em tratados de direitos humanos à proteção diplomática. Os efeitos que o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos teve sobre as normas primárias de tratamento dos estrangeiros não são objeto do presente estudo, de forma que somente serão tratados quando convenientes ao objetivo geral da obra. Este objetivo geral, por sua vez, é justamente indicar que os tratados de direitos humanos não trazem normas secundárias capazes de tornar a proteção diplomática obsoleta, mas apenas reduzir seu âmbito de aplicação.

⁶⁰ Art. 1º, PIDCP.

⁶¹ Art. 34, CEDH.

2.2 Comparativos

O Direito Internacional dos Direitos Humanos possui características singulares, que o diferencia do instituto da proteção dos estrangeiros e da prática da proteção diplomática. O sistema: “1) trata de direitos de todos, não importando a nacionalidade, credo, opção política entre outras singularidades; 2) os Estados assumem deveres em prol dos indivíduos, sem a lógica da reciprocidade dos tratados internacionais; 3) os indivíduos têm acesso a instâncias internacionais de supervisão e controle das obrigações dos Estados, sendo criado um conjunto de sofisticados processos internacionais de direitos humanos” (RAMOS, 2012a, p. 25-26). Assim, o primeiro traço que diferencia o tratamento dos direitos humanos no direito internacional é a sua universalidade. Isso significa dizer que os direitos humanos são aplicados a todo e qualquer ser humano, independente de qualquer vínculo ou característica do indivíduo em questão. A CIJ, no já mencionado caso *Barcelona Traction*, diferenciou dois tipos de obrigações internacionais primárias que dizem respeito ao tratamento de particulares. Em primeiro lugar, existem as obrigações que um Estado possui em relação a outro, que se encontram no campo do tratamento de estrangeiros e que, caso violadas, dão azo ao exercício da proteção diplomática. Já em segundo lugar, existem as chamadas obrigações *erga omnes*, ou seja, as obrigações que um Estado tem em relação à comunidade internacional como um todo e que todos os Estados tem interesse em ver cumpridas. É o que se extrai:

In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character. (CIJ, 1970, p. 32).

Assim, os institutos de proteção dos direitos humanos e da proteção diplomática possuem fundamentos diferentes. Esse último se baseia, tradicionalmente, na teoria do dano indireto de Vattel⁶², com o objetivo de proteger nacionais no estrangeiro. O Estado age, assim, em seu próprio interesse, contra outros Estados, em substituição e em nome próprio, ainda que protegendo interesses do particular lesado. É por isso que se construiu a já estudada relação tríplice de interesses na proteção diplomática, que elenca os interesses do Estado protetor, do Estado ofensor e do indivíduo protegido. A controvérsia internacional, contudo –

⁶² Isto é, ao causar dano a um estrangeiro, o Estado agressor, indiretamente, causa dano ao Estado protetor.

ao menos na visão clássica do instituto –, fica restrita aos Estados, sujeitos por excelência dos direitos e deveres internacionais.

Já o fundamento da proteção internacional dos direitos humanos, diferentemente, está em uma obrigação *erga omnes*, ou seja, em uma obrigação imposta a toda a comunidade internacional. Mais especificamente, trata-se de uma obrigação de respeitar direitos humanos básicos (TRINDADE, 1997, p. 153). Nas relações de direitos humanos, o Estado possui reponsabilidade internacional pela violação de normas de direitos humanos sem que se cogite de relações de nacionalidade: ele pode ser demandado na ordem internacional por danos causados a seus próprios nacionais, a estrangeiros e a apátridas, o que não seria possível segundo a visão clássica da proteção diplomática.

Ressalte-se que as obrigações *erga omnes* são apenas uma das espécies do que Simma (1994, p. 285-318) chamou de “expressões do interesse comunitário no direito internacional”, ao lado do *jus cogens* e dos crimes internacionais. Kadelbach (2006) oferece importante contribuição na diferenciação entre esses conceitos, afirmando que ela ocorre pelas consequências jurídicas de sua aplicação. O *jus cogens* é definido pelo artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados como uma norma peremptória de direito internacional geral da qual nenhuma derrogação é permitida, a não ser por norma posterior de mesma natureza. O artigo 64 da mesma Convenção dispõe ainda que qualquer tratado que viole uma norma peremptória é nulo. Trata-se, assim, de norma hermenêutica, que impõe a nulidade de tratados. As obrigações *erga omnes*, por sua vez, são matéria de responsabilidade internacional. Sua violação significa que qualquer Estado membro da comunidade internacional pode reivindicar a responsabilização do Estado infrator. Já os crimes internacionais são disposições exclusivamente aplicáveis ao Direito Internadcional Penal e, além de importarem a responsabilização do Estado, também podem implicar uma sanção individual na ordem internacional.

Em que pese todo o exposto, a diferença entre a proteção de estrangeiros e o sistema de proteção dos direitos humanos que possui mais relevância para o presente trabalho é que o segundo conjunto de normas traz consigo uma série de regras secundárias próprias que, por vezes, reconhecem a plena capacidade do indivíduo no plano internacional. Trata-se do chamado direito de petição individual. Em obra aprofundada sobre o tema, Trindade (2011, p. 17-49) afirmou que o mesmo constitui a pedra fundamental da proteção internacional dos direitos humanos, consubstanciando verdadeiro direito individual de ação em face de um Estado que viola obrigações de direitos humanos. O jurista brasileiro vai ainda mais além, defendendo que o direito de petição individual constitui matéria de ordem pública

internacional e que, por isso, deve ser considerado uma cláusula pétrea nos tratados de direitos humanos em que é previsto.

O referido direito está consagrado, ainda que de formas e em níveis diferentes, nos três sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. Na CEDH, assume a seguinte redação:

ARTIGO 34°

Petições individuais

O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito.

Já no sistema africano, a disposição encontra-se no Protocolo de Burkina Faso, que estabelece, em seu artigo 5°, as formas de acesso à Corte Africana:

Article 5 ACCESS TO THE COURT

1. The following are entitled to submit cases to the Court:

a) The Commission

b) The State Party which had lodged a complaint to the Commission

c) The State Party against which the complaint has been lodged at the Commission

d) The State Party whose citizen is a victim of human rights violation

e) African Intergovernmental Organizations

2. When a State Party has an interest in a case, it may submit a request to the Court to be permitted to join.

*3. The Court may entitle relevant Non Governmental organizations (NGOs) with observer status before the Commission, and **individuals** to institute cases directly before it, in accordance with article 34 (6) of this Protocol.*

Enquanto as previsões acima transcritas revelam total participação do indivíduo no pleito internacional, o sistema interamericano não demonstra tal abrangência. Diferentemente, o sistema das Américas não prevê o chamado *jus standi in judicio*, ou seja, a total emancipação do indivíduo em relação ao Estado, mas apenas o dito *locus standi*. Isso porque o artigo 61, 1, CADH, prevê que apenas Estados e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos podem dar início a um caso contencioso na Corte IDH. Foi apenas com diversas alterações no Regulamento da Corte⁶³ que o sistema passou a admitir a apresentação de argumentos, de razões e de provas de forma autônoma (TRINDADE, 2011, p. 37-45). No entanto, o indivíduo permanece sem capacidade postulatória própria, pois depende da Comissão para buscar a responsabilização de Estados infratores.

2.3 Origens da discussão

As discussões sobre a obsolescência da proteção diplomática face à consolidação da disciplina do Direito Internacional dos Direitos Humanos são antigas, remontando ao pós 2ª

⁶³ Cf. LEGALE; VAL, 2017, p. 91-92.

Guerra Mundial. Na 3ª Conferência da Federação Interamericana de Advogados (*Inter-American Bar Association*), ainda em 1944, foi proposto um projeto de resolução sobre a proteção diplomática de estrangeiros que pretendia revogar qualquer norma internacional sobre o assunto vigente entre as repúblicas americanas. Em longo prazo, a resolução objetivava o completo abandono do instituto, em favor de uma proteção internacional dos direitos humanos. Nesse contexto, a proteção diplomática serviria apenas como medida transitória e de caráter emergencial, acionável em casos de clara denegação de justiça e obrigatoriamente prevista em tratados ou convenções dos quais os Estados protetor e ofensor fossem partes (FREEMAN, 1946, p. 121).

Em 1958, no primeiro relatório da Comissão de Direito Internacional sobre a responsabilidade internacional dos Estados, García-Amador afirmou que tanto a proteção diplomática, quanto “o princípio que a fundamenta” – o conjunto de normas primárias sobre tratamento de estrangeiros – não constituiriam o meio mais eficiente de proteger os direitos e interesses de alienígenas. Para o relator, a discricionariedade da proteção impediria o acesso à justiça e colocaria a política como fator determinante para o endosso. Já as normas primárias, por sua vez, teriam sérios defeitos: o padrão internacional de justiça (*international standard of justice*) sofreria de vagueza e imprecisão, e o princípio da igualdade de tratamento entre estrangeiros e nacionais seria inadmissível quando sua interpretação fosse contrária ao DI (GARCÍA-AMADOR, 1958, p. 202-203).

Assim, ainda de acordo com García-Amador, a saída seria substituir toda a sistemática de tratamento adequado de estrangeiros por um novo princípio, “o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”, conforme referido no artigo 55, “c”, da Carta da ONU. De fato, a solução proposta pelo jurista é interessante do ponto de vista das normas primárias, visto que encerra a diferenciação por nacionalidade. Seja a pessoa um nacional ou um alienígena passa a ser irrelevante, pois todos os seres humanos estariam sob a proteção direta do DI (GARCÍA-AMADOR, 1958, p. 203). No entanto, do ponto de vista das normas secundárias, ou seja, das possibilidades para forçar o cumprimento das normas internacionais sobre o tratamento dos indivíduos, a proposta não trouxe quaisquer novidades.

2.4 Os abordamentos de Caçado Trindade

Em obra de 1997, Antônio Augusto Caçado Trindade conjecturou sobre quais influências a sistemática da proteção diplomática e a dos direitos humanos poderiam ter uma sobre a outra. Do seu estudo, resultaram cinco abordamentos, que configuram prováveis

resultados dessa interação. Esses cenários, ainda que dedicados à compreensão da norma do esgotamento dos recursos internos no direito internacional, fornecem suporte didático para explicitar a relação abordada neste capítulo.

Em primeiro lugar, o autor considera a possibilidade de continuidade histórica entre os dois sistemas, ou seja, a coexistência da proteção diplomática e da proteção internacional dos direitos humanos, sem que um suplante o outro. Esse abordamento traduz uma corrente representada por Eustathiades, que trata a proteção diplomática e o sistema de direitos humanos como duas formas independentes de responsabilização de um Estado pelo cometimento de um ilícito internacional. A ideia é que o cometimento de um ilícito internacional por um Estado gera efeitos coletivos e individuais, estes relativos aos danos suportados por particulares e aqueles relacionados com o indevido descumprimento do DI. Nesse sentido, a proteção diplomática seria uma ação estatal visando à obtenção de uma reparação pelo prejuízo sofrido por um particular, enquanto que a responsabilização por meio de instrumentos de direitos humanos constituiria uma “ação coletiva”, exercida no interesse coletivo da comunidade de Estados de garantir a aplicação do direito objetivo (EUSTATHIADES, 1953, p. 535-541). Essa ação coletiva não guardaria qualquer relação com a reparação individual, e seria exercida pelos Estados apenas como forma de responsabilizar o Estado ofensor pela violação de uma norma internacional, a exemplo do que hoje se tem no artigo 33 da CEDH⁶⁴.

Na época em que Eustathiades escreveu sua obra, ainda não havia qualquer instrumento que disponibilizasse ao indivíduo recurso direto a um órgão internacional pela violação de direitos humanos. Nesse sentido, o autor notava, por um lado, a clássica ausência de normas internacionais secundárias para a proteção de indivíduos enquanto estivessem em seu próprio território de nacionalidade; já por outro, ressaltava a existência das normas sobre tratamento dos estrangeiros e sobre a proteção diplomática como formas sob as quais o DI intervinha no tratamento de particulares.⁶⁵ Nesse tempo, curiosamente, enquanto a proteção diplomática vivia anos de ápice, sem que se cogitasse de sua “saída de moda” – na exata

⁶⁴ ARTIGO 33°

Assuntos interestaduais

Qualquer Alta Parte Contratante pode submeter ao Tribunal qualquer violação das disposições da Convenção e dos seus protocolos que creia poder ser imputada a outra Alta Parte Contratante.

⁶⁵ *L'État n'a pas selon le d.i. traditionnel et commun des obligations por le traitement de ses propres sujets; il n'en a que par rapport à des droits d'une certaine catégorie d'individus, à savoir des étrangers. C'est à leur égard que le d.i. commun intervient en imposant une mesure à la conduite de l'État, mesure pouvant atteindre ce qu'on appelle couramment un standard international, un niveau moyen exigé par le d.i. indépendamment du traitement des nationaux. Par contre, à l'égard de ces derniers, le d.i. n'intervenait point* (EUSTATHIADES, 1953, p. 590).

expressão utilizada por García-Amador –, o direito internacional dos direitos humanos sequer havia chegado à passarela. No entanto, o autor não deixou de proceder a um exercício mental de possível alargamento do escopo da disciplina dos direitos humanos e diminuição do âmbito de aplicação da proteção dos estrangeiros, fazendo concessões a sua própria abordagem. Reconhecia o autor que o desenvolvimento dos direitos humanos poderia elucidar as vagas normas primárias sobre o tratamento de estrangeiros, prevendo expressamente os direitos inerentes aos seres humanos, e, especificamente em relação à proteção diplomática, aduzia que a regra da nacionalidade das demandas perderia sua importância (EUSTATHIADES, 1953, p. 595).

Em que pese o exposto, ainda segundo o autor, a coexistência entre os dois institutos seria para sempre mantida, pois existiria um domínio que “jamais seria coberto pelos direitos do homem”. Apesar de não conseguir precisar a extensão exata desse domínio, o jurista elenca dois regramentos que certamente recairiam sobre ele. Em primeiro lugar, a proteção dos estrangeiros no campo do comércio e das trocas internacionais, seara em que deveria se prever aos estrangeiros um tratamento mais benéfico do que aos nacionais⁶⁶. Em segundo lugar, o direito internacional nunca escaparia ao estabelecimento de duas séries de regramentos – uma para o indivíduo simplesmente enquanto homem e outra para o indivíduo enquanto estrangeiro – em matéria de limitações aos direitos humanos em razão de justas exigências de ordem pública ou de bem-estar social, bem como de guerras ou de outros casos de perigo público. Aduz Eustathiades (1953, p. 599-600) que tais limitações poderiam ser mais amplas em relação a estrangeiros.

Ao fim da exposição desse entendimento, Trindade questiona se, na verdade, a coexistência entre os dois institutos seria sequer desejável, ressaltando a possibilidade de “Estados se basearem nos princípios desenvolvidos sob o direito da responsabilidade do Estado por danos causados a estrangeiros e proteção diplomática a fim de evadirem às obrigações contraídas por meio de um tratado sobre direitos humanos” (TRINDADE, 1997, p. 135). Sendo assim, rejeita que essa seja a forma mais correta de descrever a relação entre os dois institutos.

No segundo abordamento, a proteção dos direitos humanos apareceria como absorvida e desenvolvida pela proteção diplomática. Isso significa que a proteção dos direitos humanos seria uma forma de aprimorar a proteção de estrangeiros, permitindo, por exemplo, que estrangeiros lesados postulassem diretamente a organismos internacionais, sem a necessidade

⁶⁶ Virally (1972, p. 326 *apud* TRINDADE, 1997, p. 135) também possui essa preocupação.

de qualquer endosso estatal. Trindade reputa a ideia como fadada ao fracasso, posto que, nos dizeres de Borchard, não haveria como fundir os institutos, sob pena de se criar um debate inoportuno e de se trazer mais um elemento de confusão à teoria básica sobre a proteção diplomática.⁶⁷ De fato, a ideia não passou de um breve debate entre internacionalistas no âmbito do Instituto de Direito Internacional⁶⁸, não gerando maiores consequências.

O terceiro abordamento descreve uma visão inversa do segundo, ou seja, a proteção diplomática como absorvida e desenvolvida pela proteção internacional dos direitos humanos. Nesse trecho, Cançado Trindade apoia-se no entendimento de García-Amador, já exposto na seção 2.2 deste trabalho. Acrescente-se ao já dito que o jurista cubano, em seu primeiro relatório na CDI sobre o tema da Responsabilidade dos Estados, além de afirmar a inaplicabilidade dos princípios do padrão internacional de justiça e da igualdade entre nacionais e estrangeiros, via a sistemática da proteção de estrangeiros como essencialmente discriminatória, visto que diferenciava nacionais e estrangeiros. Nesse sentido, segundo o relator, a internacionalização da proteção dos direitos humanos deveria unificar os tratamentos, garantindo os direitos inerentes a todos os seres humanos, independente de seu vínculo político-jurídico com um ou outro Estado (GARCÍA-AMADOR, 1958, p. 203).

Ainda no âmbito da CDI, as ideias de García-Amador foram levadas adiante também por Eustathiades, que desenvolveu, mesmo que em poucas palavras, seu conceito de “garantias coletivas” em substituição à proteção diplomática⁶⁹. A diferença é que, em virtude de tais garantias, o Estado ofensor não seria mais confrontado por outro Estado indiretamente lesado na pessoa de seu nacional. Seria, na verdade, a comunidade de Estados que velaria pelo bem-estar de todos os indivíduos, podendo, sem qualquer vínculo com o ofendido, acionar a responsabilidade internacional. Eustathiades argumentou que a responsabilidade dos Estados não poderia mais ser baseada exclusivamente nos fundamentos tradicionais, e que a Comissão deveria, em seus trabalhos, levar em conta os novos paradigmas da proteção dos direitos humanos.

Pouco tempo depois, Roberto Ago, incumbido da relatoria após o afastamento de García-Amador, informou em seu primeiro relatório que a Comissão havia rejeitado, por maioria, a ideia de que o indivíduo poderia ser um sujeito de direitos na ordem internacional, fazendo ainda reservas à possibilidade de se tomar a violação de um direito humano fundamental como critério na determinação da responsabilidade internacional por danos a

⁶⁷ Cf. *Annuaire de Droit International*, tome 37, 1932, p. 243.

⁶⁸ Cf. *Annuaire de Droit International*, tome 37, 1932.

⁶⁹ Cf. seus comentários em *Yearbook of the Law Commission*, p. 114-115.

estrangeiros⁷⁰. Foi o sepultamento da ideia de García-Amador, que não sobreviveu ao pensamento interestatal predominante na CDI. Apesar de promissora, Trindade também considerava a ideia fadada ao fracasso, pois tentava “reconciliar o irreconciliável” (TRINDADE, 1997, p. 143).

O quarto abordamento relativo à interação entre os institutos da proteção diplomática e da proteção internacional dos direitos humanos é atribuído às Nações Unidas. Trata-se da sistemática de proteção de não cidadãos (*non-citizens*), como aspecto particular da proteção dos direitos humanos. Quando Trindade desenvolveu seus abordamentos, o tema ainda era debatido na Subcomissão da ONU sobre Prevenção da Discriminação e Proteção de Minorias. Em 1985, a referida Subcomissão enviou os resultados de seus trabalhos à Assembleia Geral, que adotou a Declaração sobre os Direitos Humanos de Indivíduos que Não São Nacionais do País em que Vivem, por meio da A/RES/40/144⁷¹.

A Declaração qualifica não cidadãos como “qualquer indivíduo que não é nacional do Estado em que vive”⁷² e enumera, em seus artigos, diversos direitos que todo estrangeiro deve possuir, como o direito à vida, à privacidade, à igualdade perante a Justiça, a reter sua própria cultura e tradições etc. Como já notava Trindade (1997, p. 147), “o uso de termos como ‘proteção de estrangeiros’ e ‘proteção de não-cidadãos’ pode sugerir uma analogia com o direito da responsabilidade do Estado por danos a estrangeiros e proteção diplomática. Todavia, parece ser esta uma falsa analogia”, não autorizada pela abordagem desenvolvida pela ONU. De fato, o pensamento construído no seio da organização mostra-se mais como uma particularização da proteção dos direitos humanos do que uma continuação do desenvolvimento progressivo da proteção de estrangeiros. Corroborando esse fato, nota-se uma maior preocupação com grupos especialmente vulneráveis, como refugiados, apátridas e trabalhadores migrantes; grupos tradicionalmente não contemplados pela prática costumeira da proteção diplomática. Dá-se, assim, um escopo mais amplo ao conceito de estrangeiros protegidos, com foco em situações de impotência e de discriminação.

Mais do que isso, os operadores do tema da proteção de não cidadãos na ONU parecem repudiar a abordagem tradicional do tratamento de estrangeiros, buscando distância de qualquer equiparação com o instituto. Como resta claro do posicionamento de Weissbrodt

⁷⁰ *The great majority of the Commission also took exception to the idea that an individual could be regarded as the possessor of international subjective rights, could plead international responsibility for the violation of those rights or bring claims on his own behalf In international courts. Reservations were also expressed regarding the possibility of taking the violation of a fundamental human right as a criterion in establishing international responsibility for injuries to aliens (AGO, 1970, p. 133).*

⁷¹ Texto em inglês disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r144.htm>.

⁷² Cf. art. 1º.

(2008, p. 34-36), a proteção de não cidadãos parte da seguinte observação: os direitos humanos têm como premissa o fato de que todas as pessoas, simplesmente em virtude de sua humanidade, devem gozar desses direitos. Sendo assim, salvo algumas exceções⁷³, cidadãos e não cidadãos devem ser igualmente contemplados pelas previsões de direitos humanos. Trata-se de aplicação do princípio da igualdade, norma basilar da sistemática consubstanciada no artigo 26 do PIDCP⁷⁴. Nesse contexto, os adeptos da proteção de não cidadãos parecem praticamente ignorar as bases da proteção costumeira, baseando suas afirmativas e construções, sobretudo, nos tratados sobre direitos humanos constituídos no pós-guerra. Interessante notar que Weissbrodt, em apertadas considerações sobre a proteção diplomática, (2008, p. 25-26), deixa clara sua aversão ao instituto, restringindo-se a afirmar que o uso do mesmo, por muitas vezes, não se baseou em objetivos legítimos, mas na força do Estado protetor. A proteção diplomática seria, assim, uma nefasta ferramenta utilizada por Estados poderosos para justificar imposições arbitrárias feitas a Estados mais fracos, sem guardar correlação com eventual robustez da reclamação trazida pelo particular.

O tema da proteção dos não cidadãos foi novamente objeto de estudo pela ONU a partir de 2000, quando a Subcomissão de Promoção e Proteção aos Direitos Humanos designou novo relator para o assunto⁷⁵, que deveria proceder a um levantamento das diversas fontes de direito internacional que protegem os direitos de não cidadãos. O relator escolhido foi justamente Weissbrodt, que apresentou suas conclusões à Subcomissão em 2003. O relatório deu origem à publicação *“The Rights of Non-citizens”*⁷⁶, na qual, mais uma vez, o tema da proteção diplomática sequer foi citado.

Não se pode deixar de notar a estreita relação desse abordamento com o pensamento de García-Amador e o terceiro abordamento, isso é, a absorção da proteção diplomática pela proteção internacional dos direitos humanos. Ambos veem a proteção tradicional dos estrangeiros como um tema essencialmente discriminatório, e apostam na igualdade entre todos os homens para fundamentar a proteção mediante um princípio único. A proximidade entre as duas correntes já era flagrante desde os trabalhos da primeira relatora, Diana Elles, que, em estudo preliminar, afirmou que a Declaração seria elaborada “em linha com as

⁷³ As exceções, para serem justificadas, devem servir a um objetivo estatal legítimo e guardar proporcionalidade com o mesmo (WEISSBRODT, 2008, p. 45).

⁷⁴ Artigo 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

⁷⁵ Cf. UN Doc E/CN.4/Sub.2/DEC/2000/103.

⁷⁶ Disponível em <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/noncitizensen.pdf>.

sugestões feitas pelo Sr. García-Amador, (...) em seu trabalho acadêmico sobre a recente codificação do direito da responsabilidade dos Estados por ofensas a estrangeiros” (ELLES, 1980, p. 52). Ainda, em trabalho anterior, sustentou exatamente a posição do jurista cubano, ressaltando a necessidade de se proteger os direitos humanos de estrangeiros em respeito aos princípios fundamentais de igualdade e de não discriminação incorporados na Carta da ONU (ELLES, 1974, p. 296). Assim, ainda que Trindade considere a proteção dos não cidadãos um novo abordamento em relação à interação entre a proteção diplomática e os direitos humanos, entende-se aqui esse posicionamento como desdobramento do segundo abordamento.

Por fim, Trindade apresenta um quinto abordamento: a incompatibilidade ou ausência de paralelismo entre os sistemas da proteção diplomática e dos direitos humanos. Segundo a conclusão mais extrema dessa posição, a concepção moderna dos direitos fundamentais e liberdades humanas é incompatível com a doutrina tradicional sobre a proteção diplomática (O’CONNELL, 1970, p. 1031). Isso significa dizer que os institutos são mutuamente excludentes, não sendo possível pensar em uma aplicação concomitante dos mesmos. No entanto, em uma concepção mais branda, admite-se que tal fato dificilmente se configuraria. Para Berlia (1957), a lógica tradicional da proteção diplomática não mais é suficiente para explicar a ordem internacional, sendo gradativamente substituída por novos avanços do direito internacional. Já para de Visscher (1972, p. 159), os tratados que conformam os sistemas institucionais de proteção dos direitos humanos derrogam paulatinamente as regras da proteção diplomática, notadamente a de que esta só poderia ser exercida em benefício de nacionais.

Na mesma toada encontra-se a posição de Amerasinghe, que, assim como feito na seção 2.1 deste trabalho, divide a influência dos direitos humanos sobre o tratamento de estrangeiros em duas vertentes: o impacto sobre as normas primárias e o impacto sobre as normas secundárias. No primeiro caso, considera que os direitos humanos incrementaram o padrão mínimo de justiça, prevendo normas que beneficiam todos os indivíduos, inclusive alienígenas. Já no segundo, salienta que a proteção diplomática não se tornou obsoleta. Apesar de se estar diante de um grande avanço no reconhecimento do acesso direto de indivíduos à justiça internacional⁷⁷, nem todas as situações encontram-se cobertas por esse direito. A Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (CEDH) apresenta remédios reais para cidadãos europeus, mas é forçoso dizer que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) ou a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos (CADHP)

⁷⁷ Cf. TRINDADE, 2011.

chegaram ao mesmo patamar. A Ásia, que contém a maioria da população mundial, não possui um mecanismo regional de proteção de direitos humanos. O sistema ONU de proteção também é falho, pois o direito de petição individual depende da ratificação de protocolo adicional, o que deixa os indivíduos à mercê da orientação da política externa de seu Estado. Além disso, o relatório produzido não é vinculante para o Estado a que se direciona. Por fim, inexistente convenção que forneça remédios diretos ao estrangeiro para a proteção de seus direitos (AMERASINGHE, 2008, p. 75). Em suma, percebe-se que Amerasinghe, ainda que tentando ressaltar a utilidade da proteção diplomática no direito internacional contemporâneo, acaba por sugerir que sua aplicação é residual, face à não abrangência do sistema de proteção dos direitos humanos em relação a certas áreas do globo, bem como à presença de mecanismos fracos de responsabilização de Estados infratores.

Finalmente, observe-se que Trindade encampa o quinto e último abordamento, defendendo uma falta de paralelismo entre os institutos comparados. No entanto, para ele, os mecanismos, além de incompatíveis, não interagem de forma alguma. Explica-se:

Uma suposta “interação” entre as duas formas de proteção diplomática e proteção dos direitos humanos não parece resistir a um exame mais detalhado, mostrando-se mais aparente do que real. Conquanto possa ser verdade que os padrões de tratamento de estrangeiros poderiam ter influenciado historicamente a formulação de certos direitos humanos fundamentais, e coincidido até certo ponto com estes, não se pode aparentemente levar a questão bem mais adiante. A possibilidade freqüentemente lembrada de que o desenvolvimento de um sistema eficaz de direitos humanos poderá tomar supérfluo ou desnecessário o sistema de proteção diplomática (cf. supra) não parece implicar necessariamente uma “interação” entre os dois sistemas conducente àquele resultado. Ao invés disso, tal resultado, se se materializasse, apresentar-se-ia como uma conseqüência lógica do desenvolvimento de dois sistemas baseados em premissas essencialmente distintas. (TRINDADE, 1997, p. 155).

Tem-se, assim, que o autor reputa a influência das normas primárias concernentes a direitos humanos sobre as normas primárias concernentes ao tratamento de estrangeiros como verdadeira externalidade resultante do desenvolvimento de ambas as searas. Tal conclusão é importante para o objetivo geral do trabalho do jurista brasileiro, que consistia em dissociar a regra do esgotamento dos recursos internos no âmbito da proteção de direitos humanos da prática costumeira sobre o assunto na área da proteção diplomática. Já para os fins do presente trabalho, o importante é notar que Trindade, assim como os demais defensores do quinto abordamento, defende que a proteção diplomática tende a se tornar obsoleta, ainda que muitas ressalvas sejam feitas quanto aos obstáculos nesse caminho. Nesse sentido, sua aplicação é residual, abrangendo campos ainda não contemplados de forma satisfatória pelo direito internacional dos direitos humanos.

Em uma análise conjunta de todos os cenários descritos, não há como refutar a ideia de que a proteção diplomática perdeu espaço. Com efeito, os recentes desenvolvimentos no campo da personalidade e da capacidade internacionais do indivíduo não podem ser ignorados. Os tribunais de direitos humanos possuem hoje uma atividade bastante significativa, solucionando controvérsias que antes diriam respeito à temática do tratamento de estrangeiros. Todavia, os teóricos do primeiro abordamento – continuidade histórica e coexistência dos institutos – também parecem ter sua parcela de razão. Justamente como previram Eustathiades e Virally⁷⁸, em especial no que diz respeito ao Direito Internacional do Comércio, observa-se a manutenção da prática da proteção diplomática mesmo em instituições criadas após os aludidos desenvolvimentos, como a OMC e o Mercosul.

2.5 A jurisprudência da CIJ e a ampliação do escopo material

Ainda que possuam fundamentos diferentes, os institutos da proteção diplomática e dos direitos humanos, de fato, coexistem e, por vezes, se sobrepõem. A jurisprudência da CIJ é um bom exemplo dessa relação. Como é notório, a Corte julga apenas demandas entre Estados⁷⁹, representando, historicamente, a visão interestatal do direito internacional. Isso não impede, contudo, que os interesses de particulares sejam uma matéria recorrente em sua jurisprudência. Desde o início do século XX, sua predecessora, a CPJI, prolatou ao menos 10 decisões⁸⁰ a partir de procedimentos iniciados por proteção diplomática, mesmo tendo atuado por apenas 17 anos. Após a 2ª Guerra Mundial e o nascimento da CIJ, os casos com fundamento no instituto costumeiro, ainda que configurados com certa regularidade, diminuíram em número, e foram marcados pela grande quantidade de julgamentos a favor da inadmissibilidade da demanda⁸¹.

Em que pese toda essa experiência, foi apenas com o caso *Barcelona Traction* que a Corte se preocupou com a relação entre a proteção diplomática e os direitos humanos, ainda

⁷⁸ Cf. explicação acima, relativa ao primeiro abordamento.

⁷⁹ Artigo 34 do Estatuto da CIJ:

Só os Estados poderão ser partes em questões perante a Corte.

Sobre as questões que forem submetidas, a Corte, nas condições prescritas por seu Regulamento, poderá solicitar informação de organizações públicas internacionais e receberá as informações que lhe forem prestadas, por iniciativa própria, pelas referidas organizações.

Sempre que, no julgamento de uma questão perante a Corte, for discutida a interpretação do instrumento constitutivo de uma organização pública internacional ou de uma convenção internacional, adotada em virtude do mesmo, o Escrivão dará conhecimento disso à organização pública internacional interessada e lhe encaminhará cópias de todo o expediente escrito.

⁸⁰ Casos *Mavrommatis*; *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*; *Factory at Chorzow*; *Lotus*; *Serbian and Brazilian Loan*; *Pajzs, Csaky and Esterhazy*; *Lighthouses in Crete and Samos*; *Phosphates in Morocco*; *Panevezys-Saldutiskis Railway*; e *Société Commerciale de Belgique*.

⁸¹ Casos *Interhandel*; *Anglo-Iranian Oil Co.*; *Nottebohm*; *Norwegian Loans*; *Barcelona Traction*.

que por mero *obiter dictum*. Hoje, a ligação entre direitos humanos e proteção diplomática está se tornando um tema cada vez mais recorrente nas estratégias contenciosas de Estados perante a CIJ (MILANO, 2005, p. 119), o que se reflete, sobretudo, nos julgados LaGrand, Avena e Diallo. Nos dois primeiros, cujos resultados se deram, respectivamente, em 2001 e em 2004, a proteção diplomática foi exercida para proteger o direito de assistência consular, consagrado no artigo 36, 1, da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (CVRC) e hoje considerado, fundamentalmente, como um direito inerente à pessoa humana. Trata-se do seguinte dispositivo, cuja transcrição é indispensável para análise dos casos, que será feita a seguir.

ARTIGO 36°

Comunicação com os nacionais do Estado que envia

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

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

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

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

c) os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conversar e corresponder-se com êle, e providenciar sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia encarcerado, preso ou detido em sua jurisdição em virtude de execução de uma sentença, todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, sempre que o interessado a isso se opuser expressamente.

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

A análise começará pelo caso LaGrand, visto que foi o primeiro caso sobre o tema que alcançou grande repercussão na Corte. No entanto, é necessário notar que a controvérsia que inaugurou as discussões sobre o direito de assistência consular foi o caso Breard⁸². Em síntese, o Paraguai endossou o pleito de seu nacional, Ángel Breard, em face dos EUA, país cujas cortes o haviam julgado e condenado à morte em razão de homicídio cometido em 1992. Com a execução de Breard programada para 18 de abril de 1998, o Paraguai ajuizou procedimento perante a CIJ, e, nove dias antes da mencionada data, a Corte determinou aos EUA, em sede de medidas provisórias, que não executasse o paraguaio. A decisão não foi

⁸² Cf. CIJ, 1998, de onde foram retiradas as informações relativas aos fatos e argumentações.

cumprida pelos norte-americanos, que prosseguiram com a ordem de execução na data agendada.

Já no julgamento das medidas provisórias, percebe-se certa reticência dos juízes, que externaram algumas preocupações como a possibilidade de se transformar a CIJ em um tribunal de apelação criminal; o respeito às vítimas do crime em tela etc. De qualquer modo, o caso acabou não ganhando contornos maiores, pois, logo após a execução, o Paraguai desistiu da demanda, e o procedimento foi extinto sem julgamento de mérito.

2.5.1 LaGrand

O caso LaGrand⁸³ originou-se de fatos envolvendo os irmãos Karl Heinz LaGrand e Walter Bernhard LaGrand. Ambos eram de nacionalidade alemã, mas viviam nos Estados Unidos desde crianças, sem nunca ter obtido nova nacionalidade. Em 1982, os dois foram responsáveis por um assalto a mão armada em um banco na cidade de Marana, no estado do Arizona, Estados Unidos. Segundo o relatado, os irmãos mataram um homem e deixaram uma mulher gravemente ferida. Foram presos, julgados e, já em 1984, sentenciados à morte pela justiça americana. Os réus apelaram de suas respectivas sentenças, com fundamento no fato de que não foram devidamente informados acerca de seu direito de assistência consular em momento oportuno. De fato, os suspeitos só vieram a tomar ciência do referido direito em 1992, e os Estados Unidos só os informaram formalmente do mesmo em 1998.

Apesar disso, ambas as apelações dos irmãos foram rejeitadas com base no instituto do *procedural default* norte-americano, que impede o exame, em cortes federais de apelação, de matérias não arguidas nas cortes estatais.⁸⁴ Após tentativas de frustradas por parte de diplomatas e políticos para convencer o Governador do Arizona a conceder clemência, os irmãos LaGrand foram executados em 1999. Karl foi o primeiro, morto em 24 de fevereiro. O caso internacional em si teve início entre as execuções, mais especificamente algumas horas antes da execução de Walter LaGrand, quando a Alemanha, exercendo proteção diplomática em favor de seu nacional prestes a ser submetido à câmara de gás, apresentou um pedido de medidas provisórias perante a CIJ, contra os Estados Unidos. Ao final, a CIJ acatou o pleito alemão, indicando as seguintes medidas cautelares, sem a oitiva da parte contrária:

- a) os Estados Unidos da América devem tomar todas as medidas das quais dispõem para que o Sr. Walter LaGrand não seja executado até que a decisão definitiva na presente instância tenha sido tomada; e devem levar ao conhecimento da Corte todas as medidas que serão tomadas na aplicação da presente decisão;

⁸³ CIJ, 1999, de onde foram retiradas as informações relativas aos fatos e argumentações.

⁸⁴ Trata-se de instituto semelhante ao pre-questionamento no ordenamento brasileiro.

b) o governo dos Estados Unidos da América deve transmitir a presente decisão ao Governador do Estado de Arizona.

A referida decisão foi encarada pelos Estados Unidos como não vinculante, e não impediu que a execução de Walter ocorresse no dia marcado (3 de março de 1999). O Órgão de Clemência do Arizona chegou a facultar ao governador do estado suspender o ato por 60 dias, mas o líder não acatou a sugestão. A demanda internacional, contudo, prosseguiu mesmo após a execução dos irmãos, até a prolação da sentença de mérito sobre o caso em 2001.

Nesse ato, a CIJ abordou com maior profundidade a relação entre proteção diplomática e direitos humanos, pois teve que enfrentar a argumentação norte-americana no sentido da inadmissibilidade do pleito. Sustentaram os EUA que haveria uma distinção entre o direito dos tratados e o direito costumeiro, de modo que, se era certo que a CVRC lidava expressamente com a assistência consular, o mesmo não poderia ser constatado em relação à proteção diplomática. Nesse sentido, os EUA, apesar de não negarem a violação do direito contido no artigo 36, 1, “b” da CVRC, que entendiam ser de titularidade do Estado alemão, não concordavam com a possibilidade de exercício de proteção diplomática em favor dos executados, visto que tal possibilidade não era contemplada pelo aludido tratado.

A CIJ rejeitou a argumentação acima descrita de forma interessante. A princípio, bastava dizer que a aplicação do instituto costumeiro não encontra óbice na norma primária utilizada. Em outras palavras, bastaria afirmar que o interesse particular gerado pela CVRC era suficiente para dar azo ao exercício da proteção diplomática pelo Estado de nacionalidade, que também seria lesado indiretamente. No entanto, a Corte foi além, aduzindo que tratados como a CVRC criam direitos individuais, e que esses direitos podem ser tutelados via proteção diplomática. A diferença é tênue, porém de extrema relevância: na primeira hipótese, se está diante de uma visão em que indivíduos são meros objetos de proteção do direito internacional, de modo que a proteção diplomática assegura sua tutela apenas a partir do entendimento de que o Estado também é lesado por meio de seu nacional. Assim, a demanda internacional permanece essencialmente interestatal. Já a segunda argumentação, adotada pela CIJ, vê os particulares como verdadeiros sujeitos de direitos na ordem internacional, e a proteção diplomática se torna mera exigência procedimental face à competência *ratione personae* da CIJ. O posicionamento encampado pela Corte fica claro na seguinte passagem:

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 jurisdictional clause in such a treaty. (CIJ, 2001, p. 21)

Percebe-se, assim, que a CIJ se aproximou da corrente que vê a proteção diplomática em um caráter procedimental, ou seja, como um instrumento de defesa de direitos individuais no plano internacional. O direito individual, no caso, é o chamado direito de assistência consular, reconhecido como um direito humano capaz de ser protegido via proteção diplomática.

Importa notar que a Corte adentrou a questão sobre se o artigo 36, 1, b, CVRC, confere direitos aos indivíduos dos países membros da referida Convenção a pedido do governo alemão. Obviamente, a posição alemã sobre esse tema era afirmativa, buscando, para tanto, fundamento na interpretação dada pela Corte IDH na Opinião Consultiva n.º 16 e em outros documentos, como os trabalhos preparatórios da própria CVRC e a Resolução 40/144⁸⁵ da Assembleia Geral da ONU. A referida opinião consultiva é de suma importância, posto que se trata de um pronunciamento de um tribunal internacional sobre o tema. Na oportunidade, a Corte IDH deparou-se com diversos questionamentos formulados pelo México, cujo governo estava preocupado com a situação de seus nacionais detidos em países americanos, sobretudo nos EUA. Em grande parte dos casos, tais nacionais mexicanos aguardavam a aplicação de pena de morte, sem nunca terem sido informados acerca de seu direito de assistência consular.

Nesse sentido, o México apresentou, dentre outras, as seguintes questões relativas ao referido direito:

1. No marco do artigo 64.1 da Convenção Americana, deve-se entender o artigo 36 da Convenção de Viena [sobre Relações Consulares], no sentido de conter disposições relacionadas à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos?
(...)
3. Tomando em conta o objeto e fim do artigo 36.1.b) da Convenção de Viena, deve-se interpretar a expressão “sem tardar”, contida neste preceito, no sentido de requerer que as autoridades do Estado receptor informem a todo estrangeiro detido por delitos puníveis com a pena capital sobre os direitos que lhe confere o próprio artigo 36.1.b) no momento da prisão e, em todo caso, antes de que o detido preste qualquer declaração ou confissão perante as autoridades policiais ou judiciais?
4. Do ponto de vista do Direito Internacional e, tratando-se de pessoas estrangeiras, quais deveriam ser as consequências jurídicas a respeito da imposição e execução da pena de morte diante da falta de notificação a que se refere o artigo 36.1.b) da Convenção de Viena? (CORTE IDH, 1999, p. 2-3)

O primeiro questionamento consistia em saber se o direito de assistência consular constituiria um direito humano protegido pelo sistema interamericano. A Corte, ao final e por unanimidade, afirmou que “as disposições internacionais que dizem respeito à proteção dos

⁸⁵ Trata-se da já abordada Declaração sobre os Direitos Humanos dos Indivíduos que não são Nacionais do País em que Vivem, a qual dispõe, em seu artigo 10: *Any alien shall be free at any time to communicate with the consulate or diplomatic mission of the State of which he or she is a national or, in their absence, with the consulate or diplomatic mission of any other State entrusted with the protection of the interests of the State of which he or she is a national in the State where he or she resides.* Como já visto, a proteção de não cidadãos no âmbito da ONU constitui, em última análise, um braço da proteção dos direitos humanos que buscava se afastar dos usos da proteção diplomática, o que certamente era uma visão interessante para o pleito alemão.

direitos humanos nos Estados americanos, inclusive a consagrada no artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, devem ser respeitadas pelos Estados americanos partes das respectivas convenções, independentemente de sua estrutura federal ou unitária”. O órgão julgador, na verdade, apenas seguiu o racional estabelecido em sua primeira Opinião Consultiva, na qual estabeleceu que sua competência material compreende qualquer dispositivo de direitos humanos em qualquer tratado internacional (seja bi ou multilateral), independentemente de ele ser constituído sob o sistema interamericano ou de que Estados não americanos sejam Partes. Assim, ainda que não originado no sistema interamericano, o artigo 36, 1, CVRC, integra o chamado “bloco de convencionalidade”⁸⁶ aplicado pela Corte IDH. Nas palavras do voto concordante do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade:

O presente Parecer Consultivo reflete fielmente o impacto do Direito Internacional dos Direitos Humanos no preceito do artigo 36(1)(b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963. Efetivamente, neste final de século, já não há como pretender dissociar o referido direito à informação sobre a assistência consular do *corpus juris* dos direitos humanos. (CORTE IDH, 1999, p. 81).

Rejeitou-se, ainda, o caráter exclusivamente interestatal do tratado como fonte clássica do direito internacional. Isso porque, para a Corte IDH, o artigo 36 revela “uma notável exceção com respeito à natureza, essencialmente estatal, dos direitos e obrigações consagrados na Convenção de Viena sobre Relações Consulares e representa (...) um notável avanço a respeito das concepções tradicionais do Direito Internacional sobre a matéria”. Assim, o direito de assistência consular passa a ser visto como uma garantia individual contida em um tratado, e os particulares deixam de ser meros objetos de proteção, para se tornarem sujeitos dos direitos ali contidos.

Em seguida, a resposta dada ao item 3 deixou claro o problema vertido nos casos LaGrand, Avena e Diallo. Explica a Corte IDH que a expressão “sem tardar” foi incluída por iniciativa da delegação britânica, seguida pelo voto afirmativo de uma grande maioria dos Estados participantes na Conferência de Viena de 1963. A preocupação era justamente assegurar que o detido estivesse ciente de seu direito de requerer a notificação do funcionário consular acerca de sua prisão. Assim, ainda que não decorra expressamente do texto, há uma interpretação em favor da obrigatoriedade de informar o detido acerca desse direito, para que

⁸⁶ Em apertada síntese, o chamado bloco de convencionalidade é o conjunto, resultado da evolução jurisprudencial da Corte IDH, de normas parâmetro para o exercício do controle de convencionalidade. Assim, para a verificação da adequação de leis domésticas ao sistema interamericano de direitos humanos, é necessário averiguar não só as normas expressas da CADH, mas também de outras disposições de direitos humanos em tratados internacionais e a própria interpretação da Corte sobre as aludidas normas. Cf. GONÇALVES, 2013; MAZZUOLI, 2011, p. 93.

o mesmo possa exercê-lo com a maior celeridade possível. Em suma, o que se observa é que existe, de início, um direito de informação sobre a possibilidade de assistência consular e, em um segundo momento, o efetivo direito a essa assistência. As duas garantias, no entanto, são indissociáveis, na medida em que a primeira é fundamental para o exercício da segunda, de forma a resguardar o “efeito útil” desta, principalmente em casos de penas cabais. Em outras palavras, não há como se esperar que o detido faça uso da faculdade prevista no artigo 36, 1, “b”, e solicite a notificação da repartição consular, sem que antes seja informado sobre essa possibilidade.

Já na resposta ao item 4, o último de relevância para este trabalho, a Corte IDH enfrentou as consequências da violação do direito previsto no artigo 36, CVRC. Mais especificamente, o órgão tratou de abordar as implicações, do ponto de vista do direito internacional, para a hipótese em que o Estado receptor falha em informar o estrangeiro aprisionado sobre seu direito de assistência consular. Os juízes consideraram que a inobservância ou obstrução do direito de informação afeta as garantias judiciais; ou seja, opinaram que tal falha conduz a uma violação do devido processo legal, direito humano previsto no artigo 14 do PIDCP. Mais do que isso, entendeu-se que a execução de um indivíduo que não foi informado sobre seu direito à assistência consular constitui uma violação ao direito a não ser privado da vida arbitrariamente, nos termos das disposições relevantes dos tratados de direitos humanos (artigo 4º, CADH, e artigo 6º PIDCP). Isso porque a violação ao devido processo legal traduz uma arbitrariedade e, assim, o Estado executor deve arcar com as “consequências jurídicas inerentes a uma violação desta natureza, isto é, as atinentes à responsabilidade internacional do Estado e ao dever de reparação”.

No julgamento do mérito do caso LaGrand, a CIJ aplicou em grande parte o entendimento narrado pela Corte IDH, ainda que sem citá-la em momento algum, afirmando que, diante da violação do artigo 36, 1, “b”, - não contestada pelos EUA – exsurgia também a violação das alíneas “a” e “c” do mesmo parágrafo. Assim, ao menos no caso em tela, uma vez que as autoridades competentes do país ofensor falharam em notificar os estrangeiros presos sobre seu direito de assistência consular, as demais previsões do artigo 36, 1, também restam prejudicadas, posto que os funcionários consulares não poderiam se comunicar com os indivíduos aprisionados ou mesmo visita-los e providenciar sua defesa. A Corte consagrou, dessa forma, o duplo dever do Estado que aprisiona um indivíduo estrangeiro: (a) de prestar informação ao prisioneiro sobre o direito à assistência consular que possui; e (b) de, diante de requerimento do estrangeiro, notificar as autoridades de sua nacionalidade sobre sua prisão (HENRIQUES, 2016, p. 80).

A maioria dos juízes, no entanto, concordou em não se manifestar em definitivo sobre a questão levantada pela Alemanha, isto é, se o direito à assistência consular constitui ou não um direito humano. A Corte estabeleceu que, uma vez reconhecido que o artigo 36, 1, CVRC, constitui um direito individual – e não estatal – e que sua violação foi constatada e reconhecida pelos EUA, não havia necessidade de se responder ao argumento adicional alemão (p. 32). Os juízes Jiuyong Shi e Shigeru Oda, no entanto, já haviam tecido críticas à caracterização da assistência consular como um direito individual, o que evidencia certa dificuldade da Corte em prosseguir no exame.

Ao final, a CIJ emitiu uma decisão em que considerava, em síntese, (a) que os EUA, ao não informarem Karl e Walter LaGrand, sem tardar, sobre seus direitos individuais previstos no artigo 36, I, b, CVRC, impossibilitaram que a Alemanha exercesse a assistência consular, violando suas obrigações em relação à Alemanha e aos irmãos LaGrand contraídas sob a CVRC; e (b) que os EUA, ao não tomarem todas as medidas à sua disposição para não executar Walter LaGrand enquanto pendente o caso na corte internacional, violaram obrigações decorrentes das medidas provisórias determinadas em 1999.

2.5.2 Avena

O caso Avena foi trazido à CIJ pelo México, o mesmo país que solicitou a Opinião Consultiva n.º 16. Não se trata de mero acaso, mas sim de atitude estratégica do governo mexicano. Como os EUA não reconhecem a competência da Corte IDH, foi necessário trazer a demanda para o plano do Direito Internacional Geral, no intuito de buscar a responsabilidade dos norte-americanos pela violação da CVRC. Assim, em 9 de janeiro de 2003, o México apresentou petição à CIJ, acusando os EUA de violar a CVRC em 54 casos de nacionais mexicanos presos, julgados e sentenciados à morte em território norte-americano. Segundo o México, em 49 situações, os indivíduos nunca foram informados do direito à assistência consular; em outras quatro, a informação foi dada com significativo atraso, importando desrespeito à expressão “sem tardar”; já no último caso, a informação teria sido prestada de forma inadequada.

Nas medidas provisórias de 2003, a CIJ determinou a suspensão das pena de morte dos três mexicanos que já tinham suas execuções agendadas: César Roberto Fierro Reyna, Roberto Moreno Ramos e Osvaldo Torres Aguilera. Diferentemente do ocorrido nos casos Breard e LaGrand, os EUA acataram a determinação da Corte e não executaram os mencionados indivíduos. Além disso, o governador do estado de Illinois comutou a pena de

três dos mexicanos, os quais seriam executados sob sua responsabilidade e à luz das leis de seu estado. Após tais medidas, a lista de mexicanos protegidos sofreu leve alteração, passando a contar com 52 indivíduos, visto que se constatou que um teria sido corretamente informado e que outro também possuía a nacionalidade americana.⁸⁷

Entre seus diversos pedidos, a petição do governo mexicano buscava o reconhecimento do direito à assistência consular como um direito humano; no entanto, mais uma vez, a Corte se esquivou de fazê-lo. No julgamento de mérito de 2004⁸⁸, ainda sem fazer qualquer menção ao precedente da Opinião Consultiva n.º 16, a CIJ aduziu, de forma bastante clara, que “*whether or not the Vienna Convention rights are human rights is not a matter that this Court need to decide*”. Em seguida, os juízes sinalizaram que não havia qualquer indicação no texto, no objeto ou nos trabalhos preparatórios da Convenção que permitisse inferir tal reconhecimento⁸⁹. Assim, apesar de a questão ora analisada constar apenas como um *obiter dictum*, o julgamento Avena ficou marcado por ter criado um precedente no sentido de não considerar o direito à assistência consular como um direito humano.

Além disso, a decisão também é conhecida pela discussão acerca das chamadas reclamações mistas (*mixed claims*). Tais reclamações recebem essa nomenclatura, precisamente porque misturam direitos do Estado e dos indivíduos protegidos, resultando em uma substituição processual apenas parcial, isso é, o Estado apenas substitui o indivíduo protegido em relação aos direitos deste. No caso Avena, a Corte mencionou que o pedido era misto, pois o México não estava agindo apenas em prol de seus nacionais, mas também de si próprio, ao requerer a responsabilização dos EUA pela violação da CVRC. Mais uma vez, a distinção é tênue, porém relevante. É que existem duas categorias de direitos em jogo: primeiro, os direitos individuais de cada nacional mexicano de ser informado sobre o direito de assistência consular, criados pela CVRC e exercidos via proteção diplomática pela substituição dos particulares pelo México. Segundo, os direitos do Estado mexicano como sujeito independente de direito internacional que age em nome e em proveito próprio, buscando a responsabilização dos EUA pela violação das normas da CVRC.

Vistas sob outra perspectiva, as reclamações mistas nada mais são do que hipóteses em que se impugnam ofensas diretas (*direct injuries*) e ofensas indiretas (*indirect injuries*) ao Estado reclamante. As ofensas diretas são objeto de reclamações simples, sem a necessidade

⁸⁷ Como já visto, a regra geral do instituto costumeiro impede o exercício da proteção diplomática contra um Estado que também tenha concedido a nacionalidade ao indivíduo lesado.

⁸⁸ CIJ, 2004, de onde foram retiradas as informações relativas aos fatos e argumentações.

⁸⁹ *The Court would, however, observe that neither the text nor the object and purpose of the Convention, nor any indication in the travaux préparatoires, support the conclusion that Mexico draws from its contention in this regard.*

de se fazer uso da proteção diplomática, pois os interesses envolvidos dizem respeito apenas aos Estados envolvidos. Já as ofensas indiretas – sofridas pelo Estado, de forma mediata, na pessoa de seus nacionais – dão azo ao exercício da proteção diplomática e configuram a já abordada tríplice relação de interesse, entre Estado ofensor, Estado protetor e particular protegido. Nesse contexto, a consequência prática da distinção entre ofensas diretas e ofensas indiretas é a necessidade de se averiguar ou não a presença dos requisitos para o exercício da proteção diplomática. Ora, uma demanda inteiramente internacional independe de relações de nacionalidade ou de esgotamento dos recursos internos, visto que fundadas diretamente na responsabilidade internacional dos Estados.

No caso *Avena*, o ponto surgiu quando a Corte enfrentava o argumento de não esgotamento dos recursos internos levantado pelos EUA. Segundo os norte-americanos, os mexicanos não teriam tentado todos os recursos disponíveis no âmbito interno, o que tornaria inadmissível a proteção diplomática. A CIJ, contudo, entendeu que, como o México também estava agindo em defesa de direitos próprios, a regra do esgotamento dos recursos domésticos não deveria ser aplicada.⁹⁰

Veermer-Künzli (2007, p. 141-157) propõe uma série de testes para determinar se um direito é reclamável diretamente ou por meio da proteção diplomática. Para ela, tais testes, sobretudo o da “preponderância”, levam à conclusão de que a lesão ao Estado mexicano no caso *Avena* foi essencialmente indireta, e que, portanto, as regras sobre a proteção diplomática deveriam ter sido analisadas mais detidamente. Assim, a autora discorda da argumentação em relação ao mero afastamento da regra do esgotamento dos recursos internos, o que, com efeito, parece o entendimento correto. Isso não significa, em momento algum, que a demanda deveria ter sido inadmitida, pois a corte possuía outros meios para refutar a preliminar arguida pelos EUA. Podiam os juízes simplesmente lembrar que os norte-

⁹⁰ *The Court would first observe that the individual rights of Mexican nationals under paragraph 1(b) of Article 36 of 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 obligation 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 of 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.*

americanos não colocavam à disposição dos apenados remédios efetivos, uma vez que qualquer apelação interna esbarrava na regra do *procedural default*.⁹¹

Em todo caso, ainda que por razões equivocadas, a CIJ chegou à mesma conclusão que chegaram os críticos de seu raciocínio: a demanda era admissível e os EUA, de fato, violaram a CVRC. Ao final, a Corte afirmou, na mesma forma que fez no caso LaGrand, que o governo americano havia violado obrigações assumidas sob a CVRC perante os indivíduos mexicanos e, também, perante o próprio Estado latino-americano. Além disso, condenou os EUA, a título de reparação, a rever e reconsiderar as sentenças prolatadas em desfavor dos presos ainda não executados.

Por fim, uma nefasta consequência da atuação da CIJ nos casos até aqui relatados há de ser notada. Após o julgamento em Avena, o presidente norte-americano George W. Bush emitiu um memorando solicitando aos juízes estaduais que cumprissem a determinação⁹², mas esses, por diversas vezes, ignoraram a determinação, afirmando que o documento do presidente não seria vinculante.⁹³ Além disso, foram alegadas diversas complicações para a implementação da decisão da CIJ, o que levou o Presidente Bush a renunciar ao Protocolo Opcional à CVRC, base jurídica para a submissão das controvérsias entre Estados Parte à jurisdição da corte internacional.⁹⁴ Assim, sob a alegação de evitar futuras interferências no sistema judicial interno (PIZZOL, 2007, p. 23), os EUA, país que mais recebe imigrantes no mundo⁹⁵, saíram da esfera de adjudicação internacional das obrigações contidas na CVRC.

2.5.3 Diallo

O caso Diallo, cujo julgamento final de mérito ocorreu em 2010, é ainda mais significativo para a mudança de entendimento acerca da natureza do instituto e conclui, de certa forma, o ciclo de casos da CIJ sobre o direito de assistência consular e a proteção

⁹¹ A mesma observação foi feita no voto separado do juiz Peter Tomka.

⁹² *I have determined, pursuant to the authority vested in me as President by the Constitution and laws of the United States of America, that the United States will discharge its international obligations under the decision of the International Court of Justice in the Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Avena), 2004 I.C.J. 128 (Mar. 31), by having State courts give effect to the decision in accordance with general principles of comity in cases filed by the 51 Mexican nationals addressed in that decision.* Texto disponível em <https://deathpenaltyinfo.org/node/799>.

⁹³ Cf. PIZZOL, 2007; KIRGIS, 2008.

⁹⁴ Conforme o artigo I do referido protocolo: *Disputes arising out of the interpretation or application of the Convention shall lie within the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice and may accordingly be brought before the Court by an application made by any party to the dispute being a Party to the present Protocol.*

⁹⁵ Cf. Relatório da ONU sobre Migração de 2017. Disponível em: https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2017_Highlights.pdf.

diplomática. No litígio, a República da Guiné exerceu proteção em favor de seu nacional, o Sr. Ahmadou Sadio Diallo, contra a República Democrática do Congo, país em que o Sr. Diallo havia se fixado e fundado duas empresas – Africom-Zaire e Africontainers-Zaire -, das quais era único sócio e gerente. Nos anos 1980, as empresas ajuizaram demandas cobrando dívidas de devedores zairenses⁹⁶, o que motivou atitudes jurídica e moralmente duvidosas por parte do governo do Zaire. O próprio Sr. Diallo foi preso duas vezes, em 1988 e em 1996, sendo, logo após essa última, expulso do território zairense por ordem expedida pelo Primeiro Ministro do país.

A Guiné buscava, então, por meio da proteção diplomática, indenização pela violação de três categorias de direitos: direitos individuais de Diallo, que havia sido preso injustificadamente e sem que lhe fossem dadas as garantias da CVRC; direitos diretos de Diallo, como sócio das empresas Africom-Zaire e Africontainers-Zaire; e direitos das próprias companhias, por substituição, alegando um direito do Estado de exercer proteção diplomática em nome de acionistas nacionais de uma companhia estrangeira, quando esta for vítima de atos ilegais do Estado sob o qual é estabelecida.

No julgamento das preliminares, em 2007, em relação ao terceiro grupo de direitos (proteção diplomática por substituição), a Corte considerou que não havia, no caso, norma específica que permitia o exercício da proteção nos referidos termos. Assim, deveria ser aplicada a regra normal de nacionalidade das demandas. Como as companhias eram constituídas sob a lei zairense, não poderia a Guiné exercer proteção.⁹⁷

Diferentemente, a Corte admitiu o exercício da proteção diplomática em relação aos dois primeiros grupos de direitos, afirmando, quanto aos direitos pessoais individuais, a ampliação do escopo material da proteção diplomática para abranger direitos humanos internacionalmente garantidos:

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. (CIJ, 2007, p. 21).

Já no julgamento de 2010, a Corte foi mais além, admitindo o uso da proteção diplomática pela Guiné pela violação de diversos direitos humanos, como os previstos no PIDCP e na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CADHP). Na mesma esteira, a

⁹⁶ A República Democrática do Congo sucedeu o Zaire, país este que deixou de existir após 1997.

⁹⁷ *“In view of the foregoing, the Court cannot accept Guinea’s claim to exercise diplomatic protection by substitution. It is therefore the normal rule of the nationality of the claims which governs the question of the diplomatic protection of Africom-Zaire and Africontainers-Zaire. The companies in question have Congolese nationality” (CIJ, 2007, p. 38).*

Corte não se esquivou de citações a casos julgados por outros órgãos internacionais de proteção de direitos humanos, como o Comitê de Direitos Humanos do PIDCP, a Comissão Africana de Direitos Humanos, a Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH) e, finalmente, da Corte IDH. Ao final do exame de mérito, a CIJ, apesar de negar qualquer violação dos direitos de Diallo como sócio, reconheceu uma série de violações a normas de direitos humanos, mais especificamente: (a) aos artigos 13, PIDCP, e 12, § 4º, CADHP, pela expulsão ilegal de Diallo do território zaireense; (b) aos artigos 9º, §§ 1º e 2º, PIDCP, e 6º, CADHP, pela prisão arbitrária de Diallo; e (c) ao artigo 36, 1, CVRC, por não ter Diallo sido informado sobre seu direito de assistência consular.

Tudo isso leva Pergantis (2006) a afirmar que a proteção diplomática está sendo “humanizada”. Nesse sentido, o autor afirma que o padrão mínimo de tratamento de estrangeiros está sofrendo forte influência dos direitos humanos consagrados em tratados, e que a proteção diplomática foi revitalizada devido à ampliação de seu escopo material. Já Vermeer-Künzli (2007, p. 159-172) aponta a aplicação de alguns aspectos do novo entendimento sobre a proteção diplomática, consubstanciados nos artigos da CDI, ao caso Diallo. Além da ampliação do escopo material, o caso teria consolidado o posicionamento sobre a possibilidade de proteção de direitos diretos de acionistas (direito a dividendos declarados, ao comparecimento a votações na empresa e de obter sua parte dos bens residuais de uma companhia liquidada)⁹⁸, constante do art. 12 do Projeto da CDI.⁹⁹

2.6 Conclusões parciais

Em uma última análise, é preciso esclarecer um ponto que permeou todo este capítulo: quais são as consequências da chamada expansão do escopo material da proteção diplomática? A referida expansão significa, basicamente, que a proteção diplomática deixou de dizer respeito apenas a normas primárias sobre o tratamento de estrangeiros, para também passar a abranger direitos humanos internacionalmente garantidos. No entanto, tal afirmativa é questionável, senão inócua. Primeiro, porque a literatura sobre o tema da proteção de estrangeiros é uníssona em afirmar que os direitos humanos influenciaram o próprio conteúdo

⁹⁸ Entendimento já encampado no caso Barcelona Traction (CIJ, 1970, p. 36).

⁹⁹ *Article 12*

Direct injury to shareholders

To the extent that an internationally wrongful act of a State causes direct injury to the rights of shareholders as such, as distinct from those of the corporation itself, the State of nationality of any such shareholders is entitled to exercise diplomatic protection in respect of its nationals.

do padrão mínimo de justiça¹⁰⁰, de modo que os conjuntos de normas se sobrepõem. Assim, ao aplicar as regras contidas em tratados de direitos humanos para reclamações baseadas na proteção diplomática, a prática internacional simplesmente aplica as normas mínimas sobre tratamento de estrangeiros – já modificadas pela influência dos direitos humanos –, de modo que a ideia de ampliação do escopo material perde relevância.

Segundo, porque não existe consequência prática para a referida afirmação. Do ponto de vista do particular protegido e do resultado almejado, não há porque se cogitar se o seu interesse constitui um direito individual, um direito humano ou um mero benefício conferido por um tratado internacional.¹⁰¹ Assim, deixadas de lado discussões teóricas infrutíferas, para o indivíduo basta que possua alguma forma de defesa de seus interesses – ou direitos – na ordem internacional, principalmente quando diante de claros casos de denegação de justiça.

Nesse sentido, a influência dos direitos humanos tem um resultado muito mais importante para o instituto em análise, que é substituição do elo da nacionalidade para o exercício da proteção pelo vínculo da residência habitual no caso de apátridas e refugiados. Essa tendência, ao contrário da aludida ampliação do escopo material, realmente incide no conteúdo de normas secundárias, e contribui diretamente para uma humanização do instituto. A influência dos direitos humanos para o advento dessa novidade é ressaltada pela doutrina,¹⁰² e restou clara nos comentários ao Projeto da CDI.¹⁰³

Dito isso, em suma, pode-se chegar às seguintes conclusões pontuais neste capítulo:

- O DIDH não é equiparável à proteção diplomática, posto que é mais amplo: ele contém não só normas secundárias, mas também normas primárias;
- As normas internacionais de direitos humanos possuem, basicamente, três diferenças em relação às normas internacionais sobre a proteção de estrangeiros:
 - Tratam de direitos de todos, não importando a nacionalidade, credo, opção política ou qualquer outra singularidade dos indivíduos protegidos;
 - Os Estados assumem deveres em prol dos indivíduos e da comunidade internacional, sem a lógica da reciprocidade dos tratados internacionais;
 - Os indivíduos têm acesso a instâncias internacionais de supervisão e controle das obrigações dos Estados, sendo criado um conjunto de sofisticados processos internacionais de direitos humanos.

¹⁰⁰ Cf. TIBURCIO, 2001; PAPANINSKIS, 2013.

¹⁰¹ Nesse sentido também argumenta Vermeer-Künzli (2007, p. 138-139).

¹⁰² Cf. FABBRICOTTI, 2005.

¹⁰³ Os comentários mencionam as influências da Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961 e a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, entre outros (ONU, 2006, p. 48-51).

- A proteção diplomática, ainda que tenha perdido espaço face às normas secundárias de proteção dos direitos humanos, foi parcialmente revitalizada mediante a expansão de seu escopo material ocasionada pela influência da sistemática humanista.

3 A PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA NO DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO

O Direito Internacional Econômico é um ramo jurídico cujo conteúdo provoca algumas discussões. Em Curso da Haia ministrado em 1966, Schwarzenberger (1966, p. 7) afirmou que a disciplina abarcaria: (1) a propriedade e a exploração de recursos naturais; (2) a produção e a distribuição de bens; (3) transações internacionais invisíveis de caráter econômico ou financeiro; (4) moeda e finanças; (5) serviços relacionados; e (6) o status e a organização daqueles envolvidos em tais atividades.

Anos mais tarde, Carreau e Juillard (2007, p. 3)¹⁰⁴ difundiram duas definições, uma extensiva e outra restritiva. Na concepção extensiva, o Direito Internacional corresponderia ao conjunto de normas que regem as operações econômicas de toda natureza, desde que realizadas em um ambiente que extrapole a ordem jurídica de apenas um Estado. Assim, estariam abarcadas, por exemplo, operações de compra e venda internacional de mercadorias, assunto normalmente afeto ao Direito Internacional Privado.

Já na concepção restritiva, trataria o Direito Internacional Econômico do conjunto de normas que regem a organização das relações internacionais econômicas, isto é, as relações macroeconômicas. Os mesmos autores ainda definem o que entendem por micro e macroeconomia: a microeconomia descreveria comportamentos individuais de operadores econômicos e sua incidência sobre o funcionamento do mercado; já a macroeconomia descreveria grandes conjuntos econômicos, suas ações, reações e interações (CARREAU; JUILLARD, p. 3).

Os referidos juristas adotam a significação restritiva, por entenderem a extensiva demasiadamente abrangente. Em última análise, a interpretação extensiva não encontraria limites, aplicando-se a áreas já adequadamente desenvolvidas e reguladas. De toda sorte, em sua obra, Carreau e Juillard contemplam apenas o comércio internacional, o investimento internacional e os sistemas financeiro e monetário internacionais – ainda que alguns aspectos jurídicos do investimento estrangeiro possam ter cunho macroeconômico contestável¹⁰⁵.

A definição acima descrita encontra eco em autores brasileiros, como Cretella Neto (2012, p. 75) e Portela (2014, p. 405). Segundo esse último:

(...) o objeto do Direito Internacional Econômico é regular a economia internacional no campo macroeconômico. O Direito Internacional Econômico está, portanto voltado a regular temas que podem ter amplo impacto na dinâmica das relações internacionais e da sociedade internacional como um todo, como o comércio internacional, o investimento estrangeiro, o funcionamento do sistema financeiro internacional, o desenvolvimento, a moeda e a integração regional.

¹⁰⁴ A primeira edição do referido trabalho data de 1978. A versão consultada neste trabalho é de 2007.

¹⁰⁵ Os acordos celebrados entre Estados e investidores estrangeiros, quando considerados individualmente, por exemplo.

Seidl-Hohenveldern (1986, p. 22) e, mais tarde, Murase (1995, p. 307) fazem menção aos autores franceses supramencionados, mas apostam em definição mais simples: “*rules of public international law which directly concern economic exchanges between subjects of international law*”. A verdade é que, como bem observam Charnovitz (2011) e Herdegen (2016, p. 3), o conceito de Direito Internacional Econômico ainda permanece controverso, sendo difícil encontrar uma definição a prova de críticas.

Para o presente estudo, é suficiente entender que existe certo consenso sobre as matérias centrais da disciplina, como o Direito Internacional do Comércio e o Direito Internacional dos Investimentos. É nesses sub-ramos que este capítulo se deterá, pois se entende que constituem as áreas em que a proteção diplomática encontra mais nítida demonstração. A análise iniciar-se-á pelo Direito dos Investimentos, seara em que a proteção diplomática sempre encontrou guarida e em que mais se desenvolveu.

Em relação ao Direito Internacional do Comércio, cumpre destacar que a doutrina raramente explicita a conexão com a proteção diplomática, mas, como será demonstrado, esse é precisamente o caso. A proteção diplomática integra a base do mecanismo de solução de controvérsias do sistema global de regulação do comércio internacional – a OMC –, e isso se repete em estruturas regionais. Pela proximidade da realidade brasileira e pela necessidade de delimitação do escopo do trabalho, o estudo regional se limitará ao procedimento de resolução de conflitos do Mercosul.

Sabe-se que o Mercosul compõe o que se costuma chamar de Direito da Integração, mas isso não impede que o tema seja tratado sob os auspícios do Direito Internacional Econômico ou, mais precisamente, do Direito Internacional do Comércio. Como é notório, o Mercosul ainda não alcançou graus elevados de integração, de modo que a maioria de suas normas vigentes e eficazes ainda se destinam a regulamentar o comércio na região. Além disso, a inclusão da integração econômica regional no estudo do Direito Internacional Econômico encontra firme respaldo doutrinário:

International economic law encompasses international trade law, regional economic integration (Regional Trade Agreements), international investment law and international monetary law. It also comprises areas related to trade and investment such as international commercial arbitration (Commercial Arbitration, International), double taxation agreements, and international intellectual or industrial property law (Industrial Property, International Protection), as well as international competition law (Antitrust or Competition Law, International). Advanced integration of economies will require a regime for movement of persons, including free establishment, and finally, common antitrust rules. (HERDEGEN, 2014).

Também as fontes do Direito Internacional Econômico são motivo de debate doutrinário. Schwarzenberger (1966, p. 12-15) apontava apenas os tratados, os costumes e os

princípios gerais de direito “reconhecidos pelas nações civilizadas”, reproduzindo o já conhecido artigo 38 do Estatuto da CIJ. O autor aduzia que as decisões de organizações internacionais constituíam apenas “evidência” do Direito em tela. Pensamento diferente demonstrava Seidl-Hohenveldern (1986, p. 55-61), listando como fontes clássicas de Direito Internacional os tratados, os acordos de forma simplificada, os costumes e os princípios gerais de Direito, bem como demais meios subsidiários para a determinação de regras de direito, como decisões de tribunais arbitrais e cortes internacionais. Contudo, o autor também reconhecia os acordos concluídos entre Estados e investidores estrangeiros como fontes do Direito Internacional Econômico.

Parte da doutrina¹⁰⁶ afirma que as fontes desse ramo jurídico não são apenas de Direito Internacional, mas também de direito interno. O segmento apoia-se no fato de que as regulamentações internas também afetam a ordem internacional. No caso específico dos investimentos, por exemplo, as normativas estatais podem encorajar ou desencorajar a atividade, tendo grande influência no fluxo global de capitais. A adoção desse posicionamento acima descrito torna inútil a distinção entre interno e internacional. Com efeito, esse é o resultado a que chega a mencionada doutrina, para a qual não há diferença entre Direito Internacional Econômico e Direito Econômico Internacional.

No presente trabalho, todavia, tal diferenciação é possível e necessária: o Direito Internacional Econômico é formado por fontes de Direito Internacional que regulam aspectos econômicos; já o Direito Econômico Internacional é ramo do direito interno, que cuida da intervenção do Estado na economia, com reflexos na ordem externa. Essa conceituação do Direito Internacional Econômico é esposada por Herdegen (2016) e abarca, por exemplo, as normas do sistema GATT/OMC e os tratados bi e multilaterais de investimento, bem como os acordos entre Estados e investidores estrangeiros.

Sem adentrar maiores discussões sobre a caracterização das fontes de Direito Internacional – dentre as quais as de Direito Internacional Econômico –, importante é ressaltar que, segundo a concepção clássica, elas só seriam capazes de criar direitos e obrigações para sujeitos de Direito Internacional. Desse modo, estando os particulares tradicionalmente desprovidos de personalidade jurídica internacional (WALTER, 2007)¹⁰⁷, não poderiam ser considerados titulares de quaisquer direitos nessa ordem, muitos menos disporiam dos meios para reivindicá-los.

¹⁰⁶ A título exemplificativo, Carreau e Juillard (2007, p. 3) e Cretella Neto (2012, p. 150).

¹⁰⁷ WALTER, 2007.

Essa visão faz com que os particulares sejam apenas destinatários de meros “benefícios” pelas normas do Direito Internacional Econômico, e a responsabilização pela violação de normas garantidoras de tais benefícios somente se daria por via da proteção diplomática. Não se procura, nesta dissertação, aprofundar a questão sobre a subjetividade dos particulares no sistema internacional, mas sim destacar que, qualquer que seja a posição adotada, devem ser observadas inegáveis mudanças sistêmicas.

Inicialmente, nota-se no Direito Internacional dos Investimentos um reconhecimento do *jus standi* dos particulares nos sistemas de solução de controvérsias entre Estados e investidores estrangeiros. No mesmo sentido, sejam reconhecidos ou não como sujeitos de Direito Internacional, os investidores concluem acordos com Estados hospedeiros, gerando normas de especial relevância internacional. Esses dois fatores contribuem para a perda de espaço da proteção diplomática no âmbito dos investimentos estrangeiros.

Em compensação, as normas de Direito Internacional do Comércio, por criarem benefícios para os particulares (MORAES, 2002, p. 115), acabam gerando uma nova área de aplicação para o instituto. Como será visto, o Direito Internacional do Comércio passou por grande institucionalização, que também abrangeu a criação de sistemas de solução de controvérsias, nos quais impera a prática da proteção diplomática. Contudo, parece que se está diante de uma proteção diplomática expressa em tratados, e não em normas costumeiras.

Essa proteção diplomática, que se opta chamar de convencional¹⁰⁸, apesar de romper com alguns traços da construção tradicional, não se afasta da lógica primordial do instituto: trata-se de norma secundária que viabiliza a responsabilização de um Estado pela violação de norma internacional geradora de benefício para um particular, superando a incapacidade deste em determinadas searas do Direito Internacional. Também se nota, nesse caso, outra hipótese de ampliação do escopo material da proteção diplomática, que passa a tutelar normas primárias sobre o comércio internacional.

3.1 O Direito Internacional dos Investimentos

Dá-se o nome de Direito Internacional dos Investimentos (DII) à seara do direito internacional que trata das relações entre investidores¹⁰⁹ e Estados hospedeiros, bem como

¹⁰⁸ Utiliza-se o vocábulo convencional no sentido derivado da adjetivação de convenção. Este, por sua vez, faz referência ao Direito Internacional Convencional, ramo que estuda os tratados em geral.

¹⁰⁹ A definição de investimento não é consenso na doutrina ou na prática internacionais; contudo os tratados sobre o tema tendem a adotar um conceito bastante amplo, referindo-se à expressão *every kind of asset* e apresentando uma lista não exaustiva dos ativos incluídos na definição, a qual geralmente inclui investimentos diretos e indiretos (XAVIER JUNIOR, 2014, p. 41).

entre estes e o Estado de nacionalidade do investidor, o que implica a necessidade de análise de diversas camadas do DI geral, de *standards* de DI econômico, bem como de outras regras de domínios peculiares (DOLZER; SCHREUER, p. 3). De um lado, o DII se apresenta como prolongamento da proteção dos estrangeiros no direito internacional, fundado no dever de proteção do investidor por seu Estado de nacionalidade. Por outro, em análises mais recentes, o ramo tem mostrado crescente preocupação em organizar o quadro jurídico dos investimentos internacionais, colocando como tema central não apenas a condição dos estrangeiros, mas principalmente a mobilidade dos fatores de produção, o que perpassa, sobretudo, tentativas de regulamentação por meio de tratados bi e multilaterais (CARREAU; JUILLARD, p. 398-399). De fato, o DII constitui um ramo muito denso, de modo que se limita a abordagem deste trabalho às inovações do campo relacionadas ao exercício da proteção diplomática.

Tradicionalmente, as disputas relacionadas a investimentos estrangeiros eram resolvidas em disputas diretas entre Estados ou por meio do exercício da proteção diplomática. Inclusive, note-se por oportuno que a grande maioria dos casos em que a CIJ enfrentou o uso do instituto eram relativos a investimentos estrangeiros, desde Mavrommatis a Diallo. Do ponto de vista de investidores, no entanto, a falha da proteção diplomática reside no caráter político do endosso. Logo de início, observe-se que o encampamento do pleito particular na ordem internacional pelo Estado de nacionalidade simplesmente pode não ser interessante quando analisadas as relações internacionais relevantes. Mais do que isso, o investidor sofre com grande insegurança em diversos momentos: em primeiro lugar, não existe qualquer garantia de que seu Estado vai exercer a proteção; em segundo lugar, tal proteção, ainda que concedida, pode ser retirada a qualquer instante; em terceiro lugar, o investidor jamais poderá conduzir a demanda, ficando, em tese, alheio a quaisquer estratégias adotadas. Por fim, não há garantia que eventuais reparações alcançadas serão redirecionadas ao particular (DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 211-213).¹¹⁰

Talvez pelos motivos acima narrados, nota-se um fenômeno de incremento, no último século, de remédios alternativos para a resolução de disputas sobre investimentos. Tais remédios propiciam ao investidor acesso direto à justiça internacional, especialmente por meio de arbitragem e de conciliação. Além da eliminação dos riscos inerentes à proteção diplomática para os investidores, os Estados hospedeiros também se beneficiam na medida em que constroem um clima mais amigável e seguro para negócios, atraindo novos investidores.

¹¹⁰ Cf. também CHOI, 2008.

Além disso, os Estados hospedeiros acabam também por se resguardar quanto ao exercício inesperado da proteção diplomática, uma vez que não raro os tratados sobre investimentos incluem um *waiver* à proteção em suas cláusulas (DOLZER; SCHREUER, 2008, p. 220-221).

O mais notável exemplo é o ICSID. Instituído a partir de Convenção assinada em 1965, que tem por propósito providenciar instalações para a conciliação e arbitragem em controvérsias sobre investimentos entre Estados Parte da convenção e nacionais de outros membros,¹¹¹ o centro é basicamente composto por painéis de conciliadores e de árbitros, designados pelos próprios Estados Parte e pelo Presidente.¹¹² A instituição tem lugar dentro da estrutura normativa do Banco Mundial, e permite que particulares proponham demandas em face de Estados Parte da Convenção. A convenção do ICSID exige que a controvérsia em tela tenha se originado de questão atinente a investimentos estrangeiros¹¹³ e que as duas partes na disputa – Estado hospedeiro e investidor estrangeiro – tenham consentido com a jurisdição do órgão.¹¹⁴ Os laudos proferidos pelas arbitragens no ICSID são vinculantes e finais, não estando sujeitos a revisão. As exceções a essa regra são apenas as contidas nos artigos 49 a 52 da Convenção, que trata de hipóteses taxativas e restritas de reavaliação. Interessante notar que a convenção ICSID apresenta, em seus artigos 26 e 27, *waivers* relativos, respectivamente, à regra de esgotamento dos recursos internos¹¹⁵ e ao próprio exercício da proteção diplomática.¹¹⁶

Hoje, o ICSID se tornou um dos tribunais mais ativos do mundo, possuindo 239 casos pendentes de julgamento¹¹⁷, além dos 423 já resolvidos desde sua criação.¹¹⁸ Apesar disso,

¹¹¹ Cf. art. 1º da Convenção do ICSID.

¹¹² Art. 13 da Convenção do ICSID.

¹¹³ Article 25

(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

¹¹⁴ Não basta a participação na Convenção. Os Estados e os particulares devem reconhecer a jurisdição do Centro, conforme resta claro do preâmbulo da Convenção: (...) *Declaring that no Contracting State shall by the mere fact of its ratification, acceptance or approval of this Convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular dispute to conciliation or arbitration, (...).*

¹¹⁵ Vide nota 52, *supra*.

¹¹⁶ Article 27

(1) No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute.

(2) Diplomatic protection, for the purposes of paragraph (1), shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute.

¹¹⁷ Cf. consulta em <https://icsid.worldbank.org/en/pages/cases/pendingCases.aspx?status=p>, realizada na data de 28/01/2018.

sua jurisdição não contempla todo o globo, visto que diversos países não são membros ou não ratificaram a Convenção. Entre esses países encontram-se grandes economias receptoras de investimentos, como o Brasil, a África do Sul, o México e a Índia. Ademais, outras nações já renunciaram ao tratado, como a Bolívia, o Equador e a Venezuela.

Outra tendência é a conclusão de tratados bilaterais de investimento (BIT, na sigla em inglês). Tais tratados incluem as mais variadas possibilidades de se proceder à arbitragem internacional para a resolução de disputas relativas a investimentos estrangeiros, tendo as cláusulas de arbitragem investidor-Estado se tornado uma disposição comum. Essas disposições não são idênticas, mas normalmente fazem referência a algum conjunto de regras já estabelecido, como o da própria ICSID, o da Câmara Internacional de Comércio, o das regras da UNCITRAL etc. Além disso, alguns tratados partem do pressuposto que o Estado hospedeiro consentiu previamente com mais de uma dessas formas de arbitragem, concedendo, assim, o direito de escolha ao investidor.¹¹⁹

Não se pode confundir, contudo, a arbitragem investidor-Estado com os procedimentos instituídos entre os Estados parte de um BIT. A primeira realmente torna desnecessário o exercício da proteção diplomática, visto que o particular acaba por possuir acesso direto à responsabilização internacional. Na segunda modalidade, contudo, a proteção diplomática continua a ser exercida, posto que um dos Estados apenas aciona o Estado hospedeiro na ordem internacional em defesa do interesse do particular de sua nacionalidade. Como ressaltam Dolzer e Schreuer (2008, p. 213), os BIT normalmente preveem os dois tipos de resolução de disputas mencionados acima.

Ocorre apenas que tais tratados bilaterais, em seus procedimentos entre Estados, podem prever a renúncia, expressa ou tácita, a condições costumeiras de exercício da proteção diplomática, em especial a de esgotamento dos recursos internos.¹²⁰ Trata-se, na verdade, de prática já antiga, conforme explicitado no capítulo 1 desta dissertação. A prática das Comissões Mistas e dos tribunais arbitrais *ad hoc* já trabalhava com essa possibilidade, sem que se desconfigurasse a proteção diplomática. A começar pelo Jay Treaty de 1794, assinado entre a Grã-Bretanha e os EUA, Estados constituíram, com certa frequência, os aludidos órgãos julgadores para lidar com reclamações originadas de eventos específicos, como guerras, revoluções ou outros episódios de especial relevância para a ordem internacional.

¹¹⁸ Cf. consulta em <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/ConcludedCases.aspx?status=c>, realizada na data de 28/01/2018.

¹¹⁹ Art. 8º do BIT entre Reino Unido e Tchecoslováquia (1990); art. 10 do BIT entre Reino Unido e Gana (1989).

¹²⁰ Cf. AMERASINGHE, 2008, p. 335-337, para uma análise das possíveis provisões sobre o tema.

Assim, a única diferença das previsões sobre procedimentos interestatais em BIT em relação à prática das comissões mistas e tribunais arbitrais internacionais é que aqueles não estão adstritos a um evento específico, mas sim a uma competência em razão da matéria: a controvérsia deve dizer respeito a uma relação de investimento entre o Estado hospedeiro e o Estado de nacionalidade do investidor.

Ante o exposto, nota-se que, na seara do DII, ainda que a proteção diplomática tenha perdido espaço frente à progressiva atribuição de acesso direto dos particulares à justiça internacional, o instituto permanece relevante por dois motivos. Em primeiro lugar, o acesso individual ainda está longe de ser universal, visto que nem a Convenção da ICSID, nem os BIT recebem a adesão de todos os Estados da comunidade internacional. Em segundo lugar, muitos BIT sequer preveem o referido acesso direto, mas apenas procedimentos interestatais, que não deixam de remeter a uma hipótese especial de proteção diplomática.

3.2 A OMC

Com o fim da 2ª Guerra Mundial, alguns fatores foram apontados como desestabilizadores da paz internacional. Um dos principais foi a falta de cooperação na ordem internacional, o que permitia déficits de informação e uma consequente desconfiança entre nações. Nesse contexto, a corrente funcionalista das relações internacionais ganhou força, advogando a institucionalização da ordem internacional, com a construção, firme e gradual de organizações internacionais com finalidades específicas e bem definidas (MESSARI; NOGUEIRA, 2005, p. 76).

O plano econômico possuía grande importância: entendeu-se que a falta de transparência nos acordos econômicos, a vigência de barreiras comerciais, a prática do protecionismo exacerbado e a falta de controle sobre a adoção de políticas econômicas contribuíram para acirrar os ânimos das nações e direcioná-las para a guerra (PALMETER; MAVROIDIS, 2004, p. 1). Nesse sentido, uma das preocupações do pós-guerra foi regulamentar a economia internacional, por meio da institucionalização do tripé econômico de Bretton Woods. Foram criados, então, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI).

Na seara comercial, pretendia-se a criação de uma organização internacional que cuidasse do processo de liberalização da troca de mercadorias, buscando a eliminação de barreiras alfandegárias. Não sendo possível um consenso em relação ao estabelecimento de uma Organização Internacional do Comércio (OIC), foi adotada uma solução provisória, por

meio da conclusão de um tratado sobre tarifas e comércio, ou *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), na nomenclatura em inglês. A solução provisória durou cerca de 50 anos, período em que foram realizadas sucessivas rodadas de negociação. Ao final da rodada Uruguai, em 1994, concluíram-se os chamados Acordos de Marraqueche, constitutivos da OMC.

Cretella (2012, p. 387) elenca três pilares informadores da organização: (a) o princípio da transparência, pelo qual os membros se comprometem a notificar os demais sempre que adotarem medidas excepcionais relacionadas aos acordos GATT/OMC; (b) a natureza consensual do processo decisório; e (c) o Mecanismo de Solução de Controvérsias (MSC), “resultado da codificação progressiva do sistema do GATT, chegando-se a um *two-track system* (sistema em duas etapas), que tem por objetivo uma apreciação quase judicial das controvérsias, obtendo-se um Relatório, que contém *findings* (conclusões) e *recommendations* (recomendações)”. Esse relatório, após adotado pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), torna-se obrigatório.

De fato, o MSC é um dos pontos-chave da organização, sendo apontado como o mais importante tribunal internacional de hoje (MATSUSHITA; SCHOENBAUM; MAVROIDIS, 2006, p. 104). Tem-se, aqui, grande argumento a favor da continuidade da importância da proteção diplomática no Direito Internacional contemporâneo: como será demonstrado, o mais impactante tribunal internacional acaba operando com base no instituto, ainda que com algumas peculiaridades. A seguir, serão analisados os aspectos do mecanismo relevantes para a presente dissertação, abordando-se os dispositivos pertinentes do direito da OMC, em especial do Anexo II do Acordo Constitutivo: o Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (doravante ESC).

3.2.1 Participação de particulares no MSC

As obrigações decorrentes dos acordos GATT/OMC vinculam somente os membros da organização; destarte apenas esses membros podem se tornar partes em disputas sob o MSC. É notório que a OMC manteve o caráter estatal de seu mecanismo de solução de controvérsias, limitando a participação no procedimento, seja como parte reclamada ou reclamante, seja como terceiro interessado, aos Estados soberanos e a territórios aduaneiros (BARRAL, 2007, p. 38), bem como à União Europeia. É o que se extrai do famoso caso *US – Shrimp*: “*Only Members may become parties to a dispute of which a panel may be seized, and*

only Members 'having a substantial interest in a matter before a panel' may become third parties in the proceedings before that panel'.¹²¹

Entretanto, não se pode negar o impacto que os benefícios trazidos pelos acordos GATT/OMC e pelas decisões do MSC trazem para particulares, principalmente para empresas privadas transnacionais. Certamente, “a decisão adotada pelo OSC tem impacto relevante para a competitividade dessas empresas no mercado internacional ou mesmo para sua atuação nos mercados internos” (BARRAL, 2007, p. 39). Ainda assim, não há qualquer previsão no ESC sobre a participação de particulares no procedimento, o que denota o caráter intergovernamental da OMC (CARREAU; JULLIARD, 2007, p. 84).

A única possibilidade de participação de tais atores encontra-se na submissão de pareceres na qualidade de *amicus curiae*. Essa faculdade é uma construção da jurisprudência da organização, que começou no já mencionado caso *US – Shrimp*. Neste, o painel rejeitou petições de duas organizações ambientais, afirmando que sua inclusão nos autos seria incompatível com as previsões do ESC¹²²; contudo o Órgão de Apelação reverteu tal posicionamento, afirmando que um painel possui autoridade discricionária para aceitar e considerar ou para rejeitar informações a ele submetidas, independente de advirem de requerimento pelo próprio painel.¹²³

Esse entendimento foi reforçado no caso *US – Lead and Bismuth II*, em que o Órgão de Apelação considerou que possui autoridade para decidir sobre a admissão de pareceres de *amici curiae*, desde que se prestigie a compatibilidade com o ESC e com os demais acordos da OMC.¹²⁴ Todavia, o órgão estabeleceu que a participação de “amigos da corte” não constitui direito dos indivíduos e das organizações que submetem pareceres:

*Individuals and organizations, which are not Members of the WTO, have no legal right to make submissions to or to be heard by the Appellate Body. The Appellate Body has no legal duty to accept or consider unsolicited amicus curiae briefs submitted by individuals or organizations, not Members of the WTO. The Appellate Body has a legal duty to accept and consider only submissions from WTO Members which are parties or third parties in a particular dispute.*¹²⁵

¹²¹ OMC. United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products - AB-1998-4 - Report of the Appellate Body. 1998. Para. 101.

¹²² OMC. United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products - Report of the Panel. WT/DS58/1998. Para. 7.8.

¹²³ OMC. United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products - AB-1998-4 - Report of the Appellate Body. 1998. Para. 107-108.

¹²⁴ OMC. United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products - AB-1998-4 - Report of the Appellate Body. 1998. Para. 39.

¹²⁵ *Ibid.*, para. 41.

3.2.2 A proteção diplomática na OMC

As normas GATT/OMC estão expressas em fontes de Direito Internacional. Mais precisamente, em tratados multilaterais concluídos entre Estados. Contudo, não há como negar que seus beneficiários são particulares engajados nas atividades econômicas reguladas por tais normas. Esses particulares não possuem acesso direto ao MSC, de modo que precisam convencer um membro da organização a encampar seu pleito. Trata-se de raciocínio muito semelhante ao adotado na proteção diplomática costumeira, todavia algumas diferenças são latentes.

Antes de adentrar a análise dessas divergências, contudo, é necessário apontar um fenômeno: enquanto os estudiosos da proteção diplomática parecem ignorar a notória presença do instituto nos mecanismos de solução de controvérsia de acordos de comércio, alguns especialistas em Direito Internacional do Comércio reconhecem a prática, mas não aprofundam seu exame em um contraste com a construção costumeira. Dentre esses últimos, Carreau e Juillard (2007, p. 85):

Le contentieux du commerce international n'est pas, par sa nature, un contentieux interétatique, et pour une raison simple. Les commerçants, ce ne sont pas les États mais les opérateurs économique privés. Lorsque les règles du système commercial international sont violées, c'est du fait de ces opérateurs au moins autant que du fait des États, et ces violations font grief moins aux États qu'à ces opérateurs. Or, pour que soit redressée la violation de l'ordre international commercial, les opérateurs devront s'abriter derrière les États. Ainsi ressuscitera-t-on, de facto, une forme occulte de la protection diplomatique, l'État membre de l'OMC décidant, en sa souveraine discrétion et selon le cas, de mettre en oeuvre ou de ne pas mettre en oeuvre les procédures de règlement des différends.

Como bem atentam os autores, são os particulares comerciantes, e não os Estados, diretamente prejudicados por violações a normas internacionais de comércio. O número de agentes da economia internacional está na ordem de bilhões, dentre camponeses, magnatas com jatos privados e burocratas estatais (KEOHANE, 1997, p. 150). Nesse quadro, os agentes privados podem ser os primeiros a notar o ilícito internacional, sendo por este diretamente afetados. Contudo, diante da impossibilidade de recorrer imediatamente ao MSC, devem procurar membros da organização para esposar suas reclamações contra os Estados infratores.

Na mesma linha encontram-se Jackson (1997, p. 128) e Schoenbaum (1998, p. 653-658). Esse último, apesar de não mencionar expressamente a proteção diplomática, realiza um confronto das regras do MSC com o instituto costumeiro. O jurista atenta para o fato de que o acesso indireto de particulares na OMC é mais amplo. Isso porque o ESC não elenca condições restritivas para a apresentação de reclamações por Estados membros. Na verdade, nesse contexto tem-se apenas o artigo 3.7 do referido instrumento: “*Before bringing a case, a*

*Member shall exercise its judgement as to whether action under these procedures would be fruitful.*¹²⁶

Realmente, não há critérios para determinar se um membro pode esposar uma demanda de um particular, o que fica claro no caso *EC – Bananas*, em que os Estados Unidos puderam contestar medidas de restrição de importações de bananas adotadas pelas Comunidades Europeias (atual União Europeia). O país, mesmo não sendo um exportador de bananas, tomou para si a demanda dos particulares Chiquita Brands International Inc. e Hawaiian Banana Industry Association, que propuseram reclamações sob a seção 301 do *Trade Act* de 1974 (SCHOENBAUM, 1998, p. 654). No procedimento perante a OMC, decidiu o Órgão de Apelação:

We agree with the Panel that "neither Article 3.3 nor 3.7 of the DSU nor any other provision of the DSU contain any explicit requirement that a Member must have a 'legal interest' as a prerequisite for requesting a panel". We do not accept that the need for a "legal interest" is implied in the DSU or in any other provision of the WTO Agreement. It is true that under Article 4.11 of the DSU, a Member wishing to join in multiple consultations must have "a substantial trade interest", and that under Article 10.2 of the DSU, a third party must have "a substantial interest" in the matter before a panel. But neither of these provisions in the DSU, nor anything else in the WTO Agreement, provides a basis for asserting that parties to the dispute have to meet any similar standard. Yet, we do not believe that this is dispositive of whether, in this case, the United States has "standing" to bring claims under the GATT 1994.

(...)

Accordingly, we believe that a Member has broad discretion in deciding whether to bring a case against another Member under the DSU. The language of Article XXIII:1 of the GATT 1994 and of Article 3.7 of the DSU suggests, furthermore, that a Member is expected to be largely self-regulating in deciding whether any such action would be "fruitful".¹²⁷

A decisão de esposar ou não o pleito de um particular na OMC é entendida como ato interno do Estado e não é regulamentada pelas normas da organização. Contudo, alguns países preveem um procedimento interno para regular a matéria. É o caso dos EUA, em cujo ordenamento se encontra a mencionada seção 301, relativa às “ações de retaliação” tomadas pelo Representante de Comércio. Tais ações podem ser: (a) mandatórias (atos vinculados), quando atos ou práticas estrangeiras infringirem o Direito Internacional ou os direitos estadunidenses decorrentes de acordos de comércio; ou (b) discricionárias, em casos de atos

¹²⁶ A tradução para português adotou o vocábulo “utilidade” como substituto para “*fruitful*” (texto disponível em: <<https://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/IRBr/pt-br/file/CAD/LXII%20CAD/Direito/OMC%20ANEXO%2020Entendimento%20relativo%20as%20normas%20e%20procedimentos%20sobre%20solucao%20de%20controversias.pdf>>).

¹²⁷ OMC. Appellate Body - European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas - AB-1997-3 - Report of the Appellate Body. 1997. Para. 132 e 135.

ou práticas estrangeiras que, ainda que não violem o Direito, sejam irrazoáveis ou discriminatórias, e sobrecarreguem ou restrinjam o comércio do país.¹²⁸

De acordo com a Seção 302, qualquer “pessoa interessada” pode submeter uma petição ao Representante de Comércio para aplicação da Seção 301, desde que ela contenha alegações que suportem o pleito. Não há, portanto, a necessidade de qualquer vínculo com o país. Após o recebimento da reclamação, o Representante tem 45 dias para decidir se inicia uma investigação sobre o caso. A decisão que nega a investigação deve ser fundamentada e publicada¹²⁹. Caso decida pela instauração da investigação, o Representante deve, ainda, oferecer oportunidade para a apresentação de opiniões, bem como realizar audiência pública.¹³⁰

Na União Europeia, é o Regulamento 2015/1843 do Parlamento Europeu e do Conselho que disciplina a matéria, apresentando rol mais restrito de possíveis petionários. Segundo o artigo 3º(1), “qualquer pessoa singular ou coletiva, bem como qualquer associação que não tenha personalidade jurídica, que atue em nome de uma indústria da União que considere ter sofrido um prejuízo resultante de entraves ao comércio que tenham efeitos no mercado da União pode apresentar uma denúncia por escrito”. Já de acordo com o artigo 4º(1), “qualquer empresa da União ou qualquer associação, independentemente de ter ou não personalidade jurídica, que atue em nome de uma ou mais empresas da União, que considere que tais empresas sofreram efeitos prejudiciais no comércio em consequência de entraves ao comércio que tenham efeitos no mercado de um país terceiro, pode apresentar uma denúncia por escrito”.

Em ambos os casos, a denúncia deve conter elementos de prova¹³¹ suficientes da existência de entraves ao comércio e dos prejuízos deles resultantes.¹³² O particular pode

¹²⁸ Section 301, Trade Act of 1974.

¹²⁹ Section 302(3), Trade Act of 1974.

¹³⁰ Section 302(4), Trade Act of 1974.

¹³¹ Esses elementos são especificados no art. 11:

Artigo 11. Elementos de prova.

1. Um exame do prejuízo deve compreender, quando seja caso disso, os seguintes fatores:

- a) o volume das importações ou exportações da União em causa, nomeadamente quando tiverem aumentado ou diminuído de forma significativa, quer em valor absoluto, quer em relação à produção ou ao consumo no mercado em questão;
- b) os preços dos concorrentes da indústria da União em causa, nomeadamente para determinar se se verificou, na União ou nos mercados de países terceiros, uma subcotação significativa em relação aos preços da indústria da União;
- c) a consequente repercussão na indústria da União, que resulte das tendências de certos fatores económicos, como: produção, utilização das capacidades, existências, vendas, parte de mercado, preços (isto é, depreciação dos preços ou não ocorrência de subidas dos preços que de outro modo se teriam verificado), lucros, rentabilidade do capital, investimento e emprego.

retirar a denúncia, hipótese em que o procedimento deve ser encerrado, salvo se este não for o interesse da União¹³³. De forma semelhante ao previsto pelo *Trade Act* estadunidense, a decisão da União deve ser tomada em 45 dias após a apresentação da denúncia¹³⁴, prazo que pode ser “suspenso a pedido, ou com o acordo do autor da denúncia, a fim de permitir reunir as informações complementares consideradas necessárias para uma apreciação completa do mérito dos argumentos do autor”¹³⁵.

O caráter discricionário da decisão sobre a denúncia encontra-se no artigo 9º(1), que indica não ser suficiente apenas a constatação dos referidos elementos de prova. Também é necessário o “interesse da União”¹³⁶ para que se dê início à investigação sobre o assunto. Ao final dessa investigação, caso se verifique a violação de normas internacionais de comércio previstas no sistema GATT/OMC, o artigo 13 impõe a submissão da questão ao MSC.

No Brasil, parte da doutrina também considera a prática do MSC hipótese de proteção diplomática. Nesse sentido, Barral (2007, p. 39-40):

Uma questão interessante se refere à obrigatoriedade, para os Membros da OMC, em seguir adiante com a reclamação formulada por um setor de sua indústria nacional. Note-se que não há norma de Direito Internacional Econômico que obrigue os Estados a assumirem causas de seus nacionais perante tribunais internacionais, o que se denomina proteção diplomática. Em regra, portanto, os Membros da OMC exercerão sua discricionariedade quanto a apresentar ou não a reclamação, seguindo seus próprios critérios de conveniência política. Uma vez exercida, a reclamação passa a ser do Estado. Em tese, havendo uma eventual indenização, o que não acontece atualmente na OMC, esta seria distribuída pelo Estado segundo suas regras de direito interno, caso existam. A possível exceção a esta ampla discricionariedade estará na existência de regras nacionais, que estipulam condições diante das quais os governos devem defender os interesses de sua indústria nacional.

A conclusão semelhante chega Moraes (2002, p. 117):

Desse modo, por exemplo, o prejuízo que um setor da indústria brasileira sofre com o comportamento infrator de um Membro da OMC deve ser encaminhado ao governo brasileiro para que este, então, conduza a reclamação ao OSC; isso implica dizer que, se o governo brasileiro entender que não há conveniência política em encaminhar a queixa à OMC, o prejuízo da indústria doméstica não é reparado. Estamos, portanto, diante do instituto jurídico da proteção diplomática.

2. Caso se alegue uma ameaça de prejuízo, a Comissão examina igualmente se é claramente previsível que uma situação particular se possa transformar em prejuízo real. A este respeito, podem igualmente ser tidos em conta os seguintes fatores:

- a) a taxa de crescimento das exportações para o mercado em que existe a concorrência com os produtos da União;
- b) a capacidade de exportação do país de origem ou de exportação, já existente ou que pode vir a existir num futuro previsível, e a probabilidade de as exportações resultantes dessa capacidade se destinarem ao mercado referido na alínea a).

¹³² Art. 3º(2) e 4º(2), Regulamento 2015/1843 do Parlamento Europeu e do Conselho.

¹³³ Art. 5º(2), Regulamento 2015/1843 do Parlamento Europeu e do Conselho.

¹³⁴ Art. 5º(2), Regulamento 2015/1843 do Parlamento Europeu e do Conselho.

¹³⁵ Art. 5º(4), Regulamento 2015/1843 do Parlamento Europeu e do Conselho.

¹³⁶ Art. 9º(1), Regulamento 2015/1843 do Parlamento Europeu e do Conselho.

Ressalte-se que o Brasil também possui um procedimento interno para avaliação das reclamações submetidas por particulares. Obedecendo à Portaria nº 212/2008 do Ministério das Relações Exteriores (MRE)¹³⁷, os particulares que identifiquem um possível problema ou barreira comercial devem contatar a Coordenação-Geral de Contenciosos (CGC) do Itamaraty, momento em que normalmente se solicita da entidade ou da empresa “um memorando inicial sobre os problemas e/ou barreiras identificadas e possível violação das normas da OMC” (BARRAL, 2007, p. 41). Se o CGC considerar o pleito procedente, este é elevado à Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), que decide¹³⁸, em deliberação colegiada, sobre o início de um contencioso no MSC.

Por fim, cumpre destacar que, no caso da OMC, ainda que se possa seguramente falar em proteção diplomática, nota-se algumas características divergentes da construção costumeira. Sobretudo, cabe dizer que, obviamente, a norma primária violada não é o conjunto de regras sobre o tratamento de estrangeiros, mas sim as disposições contidas nos acordos GATT/OMC. Contudo, note-se que o princípio da igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros possui reflexo no sistema da organização. Isso porque um dos princípios basilares desta é o tratamento nacional¹³⁹, que impede a discriminação de produtos estrangeiros no território de países membros. De qualquer modo, conclui-se que a proteção diplomática no âmbito da OMC denota mais uma hipótese de alargamento do escopo material do instituto.

3.2.3 Nacionalidade e esgotamento dos recursos internos

As características específicas da proteção diplomática convencional na OMC são a dispensa dos requisitos de nacionalidade das demandas e de esgotamento dos recursos internos. Como observa Moraes (2002, p. 119), o ESC não faz nenhuma exigência no sentido de que o Estado membro apenas possa dar início a procedimentos originados de reclamações de particulares nacionais. A questão fica a cargo da regulamentação interna do país, se houver. Como visto, no caso da União Europeia, a atuação em nome de uma indústria ou empresa da União é um requisito para a apresentação de reclamações. Já nos EUA, a Seção

¹³⁷ Art. 110. Compete à Coordenação-Geral de Contenciosos (CGC):

(...)

II – receber reclamações do setor privado sobre barreiras comerciais e coordenar a avaliação da possibilidade de seu questionamento no âmbito do MSC da OMC;

¹³⁸ Decreto nº 4.732, de 10 de junho de 2003, art. 2º. § 2º. A CAMEX proporá as medidas que considerar pertinentes para proteger os interesses comerciais brasileiros nas relações comerciais com países que descumprirem acordos firmados bilateral, regional ou multilateralmente.

¹³⁹ Art. III, GATT/1994.

302 não faz qualquer requisição desse feito, possibilitando que qualquer interessado submeta uma petição. O mesmo ocorre no Brasil, cujo ordenamento apenas silencia sobre esse aspecto.

A ausência do requisito de nacionalidade da demanda, contudo, não desfigura a proteção diplomática. Como já dito no capítulo 1 deste trabalho, não se deve confundir o instituto com seus requisitos, até porque, mesmo dentro da prática consolidada e do entendimento doutrinário sobre o assunto, tais condições não raro são flexibilizadas. O vínculo da nacionalidade, por exemplo, é desprezado em relação aos apátridas, aos refugiados e às tripulações de navios. Além disso, no caso *Panevezys-Saldutiskis*¹⁴⁰, a CPJI afirmou que o vínculo da nacionalidade é o que confere ao Estado o direito à proteção diplomática, mas apenas na ausência de um acordo especial em sentido diverso, o que leva a crer que a exigência do elo de nacionalidade pode ser afastada pela vontade dos atores internacionais. No caso da OMC, contudo, esse afastamento não resultaria de acordo expresso, visto que as normativas da organização não contemplam tal disposição. A previsão seria inferida da prática do OSC e das leis internas de cada Estado membro.

Quando se trata do requisito de esgotamento dos recursos, a questão é um pouco mais complexa. Moraes (2002, p. 118) afirma que tal condição “parece não ser exigida” no MSC. Com efeito, no caso *Guatemala – Cement II*, o painel rejeitou a aplicação de tal regra: “*Whether Mexico chose not to pursue its rights under Guatemalan law is of no concern to us, as this would not affect its rights under the WTO Agreements*”¹⁴¹. Na mesma linha:

*The Panel did not find in this provision any basis for it to refuse to consider a claim by a Party in dispute settlement under the Agreement merely because the subject matter of the claim had not been raised before the investigating authorities under domestic law. The Panel considered that, had the drafters of the Agreement intended a limitation on the scope of dispute settlement of the nature advocated by the United States, they would have included a clear statement to that effect in the Agreement; no such statement existed in Article 15 or elsewhere in the Agreement, nor could one be implied from the provisions of this Article.*¹⁴²

A doutrina parece concordar que a regra de exaurimento dos remédios locais não se aplica ao contencioso da OMC, mas por razões diferentes. Palmeter e Mavroidis (2004, p. 35) afirmam que, já que os acordos GATT/OMC são estabelecidos de governo para governo, a falha de particulares em esgotar tais remédios não deveria ter reflexos na responsabilidade internacional entre Estados. Essa não parece ser uma boa justificativa, pois é justamente em relações interestatais que a proteção diplomática – e, conseqüentemente, a regra de

¹⁴⁰ Cf. transcrição do exerto na seção sobre a nacionalidade das demandas.

¹⁴¹ OMC. Guatemala - Definitive Anti-Dumping Measures on Grey Portland Cement from Mexico - Report of the Panel. 2000. Para. 8.83.

¹⁴² OMC. UNITED STATES – IMPOSITION OF ANTI-DUMPING DUTIES ON IMPORTS OF FRESH AND CHILLED ATLANTIC SALMON FROM NORWAY Report of the Panel adopted by the Committee on Anti-Dumping Practices on 27 April 1994 (ADP/87). 1994. Para. 348.

esgotamento dos recursos internos – tem seu lugar. Ora, se os acordos GATT/OMC não fossem entre governos, mas contassem com a participação direta de particulares, não haveria necessidade de utilização do instituto. Ao mesmo tempo, pode-se considerar que essa visão vai ao encontro da doutrina que critica a ficção vateliana, pela própria incoerência da regra dos recursos internos: se a demanda no plano internacional é nova, não pode ser condicionada pelo comportamento do particular. Visão mais simples e coerente é adotada por Cottier (2007, p. 26)¹⁴³, para quem as disputas na OMC devem ser resolvidas o mais rápido possível. Sendo assim, não se pode dar ao luxo de perder anos litigando em cortes nacionais, até porque os remédios previstos nas normativas da organização não contemplam danos passados.

A ausência do requisito de esgotamento dos recursos internos também é incapaz de desfigurar a proteção diplomática. Mais uma vez, como já explicado no capítulo 1, o instituto é independente das condições para seu exercício, que variam conforme o caso analisado. O requisito do esgotamento dos recursos internos, em específico, contém várias hipóteses de exceção, desde casos em que sua aplicação não é possível, até possibilidades de renúncia. O caso da proteção diplomática convencional da OMC pode ser encarado como renúncia tácita ao esgotamento, que deflui da prática de seu órgão de solução de controvérsias.

Nota-se, assim, uma modalidade especial do instituto, que afasta as aludidas condições. No entanto, a definição primordial da proteção, como norma secundária que permite a responsabilização de um Estado por um ilícito internacional que gera prejuízo a um particular estrangeiro, permanece. Além disso, o instituto se revigora, ampliando seu escopo material e livrando-se de requisitos inconsistentes com a ficção estabelecida pela construção tradicional.

3.3 A proteção diplomática no Mercosul

O desenvolvimento do regionalismo econômico latino-americano não ocorreu de forma linear (VASCONCELOS, 2017, p. 64). O compartilhamento de certa herança histórica e cultural comum não bastava para superar a desconfiança que reinava entre os Estados da região. A primeira iniciativa regional concretizada para a criação de uma zona de livre comércio da qual o Brasil fez parte foi a Associação Latino-Americana de Livre Comércio

¹⁴³ “WTO dispute settlement continues to be intergovernmental dispute settlement. It continues, in other words, to be an instrument of diplomatic protection. Unlike customary international law, GATT and WTO practice does not adhere to the principle of exhaustion of local remedies. (...) The (well-founded) rationale for the absence of exhaustion rules is the fact that WTO remedies do not provide for compensation of past damages. Therefore, disputes should be settled as quickly as possible; endless years of passing through national courts is avoided. Customary law practice in GATT and WTO is better equipped to serve the needs of individuals and companies seeking redress.”

(ALALC), instituída pelo Tratado de Montevidéu de 1960. Esta tinha por objetivo “a estabilidade e a ampliação do intercâmbio comercial, desenvolvimento de novas atividades, aumento da produção e substituição das importações de países não membros” (CERVO; BUENO, 2012, p. 315).

Apesar de ter gerado resultados positivos nos primeiros anos de funcionamento, a ALALC acabou restando estagnada nos anos 1970, em grande parte por causa do modelo adotado, baseado em “premissas equivocadas que guiavam a política econômica interna dos países-membros à época” (VASCONCELOS, 2016, p. 67). A assinatura do Acordo Tripartite Itaipu-Corpus, em 1979, marcou o início de uma maior cooperação entre as principais potências da área: Argentina e Brasil.¹⁴⁴ Essa aproximação permitiu que, já em 1980, o processo regional fosse revitalizado.

A ALALC foi, então, reformulada e sucedida em 1980 pela Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), que se encontra até hoje em funcionamento, tendo sede em Montevidéu e abarcando um projeto integracionista ao mesmo tempo mais ambicioso e mais realista. Diz-se mais ambicioso porque se objetiva não só uma zona de livre comércio, mas a formação de um mercado comum¹⁴⁵; e diz-se realista porque a nova experiência abandonou a previsão de prazos determinados constante da ALALC, estabelecendo apenas a integração de forma gradual e progressiva e concentrando-se, inicialmente, apenas na criação de uma zona de preferência (PORTELA, 2014, p. 1034).

A maior flexibilidade do sistema introduzido pela ALADI permite que as partes celebrem acordos econômicos parciais, ou seja, acordos que não contemplam todos os membros. “Trata-se, em rasa análise, de um sistema regional de exceções consubstanciado na possibilidade de aplicação condicional ou mesmo no afastamento da regra da nação mais favorecida contida no tratado marco” (VASCONCELOS, 2017, p. 68). Nesse contexto, na

¹⁴⁴ “(...) a Argentina e o Brasil, após firmarem o Acordo Tripartite, trataram de sepultar a rivalidade e a hipótese de conflito permanente como vetores do seu relacionamento. Com efeito, em 1980, o general João Batista Figueiredo, sucessor de Geisel na presidência do Brasil, realizou uma visita oficial a Buenos Aires (a primeira de um chefe de Estado brasileiro desde 1935), onde assinou com Videla uma série de protocolos de cooperação, inclusive na área militar, para a fabricação conjunta de aviões — o caça-bombardeiro AX e o bimotor CX — e mísseis, e no campo da energia atômica, o que permitiria aos dois países, não signatários do Tratado de Não Proliferação das Armas Nucleares, alcançarem mais rapidamente o domínio do ciclo completo de uma tecnologia de fundamental importância estratégica. (...) Outros protocolos: colocação em órbita comum de um satélite de comunicações; vários acordos de fornecimento entre a Siderbras e Fabricaciones Militares de Argentina; interconexão entre os sistemas elétricos dos dois países; acordo para eliminar a bitributação e a evasão fiscal; construção de ponte internacional sobre o Rio Iguazu; acordo de cooperação científica e tecnológica; acordo sobre saúde animal” (BANDEIRA, 2014, pos. 1010,5/1569). Ver também Cervo e Bueno (2012, p. 483) e Farjado (2004).

¹⁴⁵ Art. 1º, Tratado de Montevidéu de 1980.

esteira da aproximação entre os governos argentino e brasileiro na década de 1980¹⁴⁶ e do consequente interesse paraguaio e uruguaio (VASCONCELOS, 2017, p. 69), foi concluído o Tratado de Assunção (TA) de 1991, que objetivava a criação de um mercado comum entre os quatro membros até 31/12/1994.

O TA foi registrado na ALADI como um Acordo de Alcance Parcial, mais especificamente o Acordo de Complementação Econômica nº 18. Também se procedeu a uma análise, ainda em curso, de compatibilidade dos aspectos mercantis do Mercosul com as normativas GATT/OMC. Esse exame está a cargo do Comitê de Acordos Regionais e é baseado, materialmente, na Cláusula de Habilitação e, procedimentalmente, no artigo XXIV do GATT.¹⁴⁷

Assim como a OMC, o Mercosul também é marcado pela intergovernabilidade, e suas normas compõem o Direito da Integração, e não o Direito Comunitário¹⁴⁸. Suas fontes, portanto, são de Direito Internacional Público e, conforme já explicitado, segundo a visão clássica, não podem gerar direitos e deveres para particulares. De fato, os procedimentos de funcionamento do bloco são regidos por princípios de Direito Internacional Público. Gomes (2003, p. 171-172) resume as principais características do Mercosul, que informam sua natureza intergovernamental:

- a) a tomada de decisões por consenso e com a presença de todos os membros;
- b) inexistência de vinculação direta entre os Estados e as decisões e normas produzidas pelos órgãos do Mercosul;
- c) conservação pelos Estados de todas as suas prerrogativas constitucionais;
- d) subordinação da eficácia das normas internacionais ao ordenamento interno dos Estados, bem como ao posicionamento constitucional de cada país em relação ao mecanismo de recepção dessas normas e de seu posicionamento hierárquico em face das leis internas (monismo X dualismo).

Ao mesmo tempo, o Mercosul está longe de alcançar sua meta de instaurar na região um mercado comum. Hoje se refere ao bloco como uma união aduaneira imperfeita ou parcial, “já que, na prática, ainda existem tarifas entre seus países-membros e há uma grande incidência de exceções à tarifa externa comum estabelecida” (MARINHO *et al.*, 2014). Concomitantemente, ele possui apenas “matizes de mercado comum, a exemplo dos avanços

¹⁴⁶ Dentre outras iniciativas, em 1986 foi celebrada a Ata de Integração entre Argentina e Brasil, pela qual os governos de ambos os países se comprometiam com a instauração de um mercado comum até o ano 2000.

¹⁴⁷ Não é o foco do presente trabalho analisar as relações entre sistema OMC e os acordos regionais. Contudo, para melhor entendimento acerca do tema, v. Vasconcelos (2017). Já sobre a compatibilidade do Tratado de Assunção com as normativas anteriores de integração regional, v. Macedo (2008).

¹⁴⁸ “Não há confusão entre o direito comunitário e o direito da integração. Aquele tem natureza, fonte, objeto e características diversos do direito internacional, porque próprio de uma Comunidade de Estados que afirmam um elo formador de uma composição política supra-estatal, porém não-estranha ao Estado. Já o denominado direito da integração é, reafirme-se, o conjunto das normas de direito internacional formuladas e aplicáveis no processo de integração dos Estados conformadores de uma pessoa jurídica de direito internacional derivada da integração das partes e que são recepcionadas no ordenamento interno” (ROCHA, 1998, p. 293).

na área de circulação de pessoas com a isenção de vistos e os acordos de residência” (SZUCKO, 2017, p. 28).

Da mesma forma que ocorre na OMC, as normas sobre comércio internacional constantes do Mercosul – que compõem a maioria do ordenamento jurídico mercosulino atual – acabam por gerar benefícios a pessoas e a empresas que atuam nessa seara econômica. Contudo, diante do caráter intergovernamental da organização, os particulares veem-se impossibilitados de acessar a justiça internacional. De fato, essa tendência intergovernamental também apresenta reflexos no sistema de solução de controvérsias do bloco, que acaba operando, segundo a proposta desta dissertação, via proteção diplomática convencional.

Por fim, em relação ao mecanismo, cumpre notar que o próprio TA já previa, em seu artigo 3, um sistema de solução de controvérsias provisório, destinado a vigor durante o período de transição (até a acima referida data de 31/12/1994) e regido pelo Anexo III do tratado. O mencionado anexo previa a adoção de um sistema permanente até 1994, mas não foi isso que ocorreu. Em 17/12/1991, firmou-se o Protocolo de Brasília, que também foi marcado pela provisoriedade, em seu artigo 34¹⁴⁹. Brasília somente foi substituído em 2002, com a assinatura do Protocolo de Olivos; mais uma vez, contudo, o sistema foi mantido como transitório¹⁵⁰.

Hoje, o sistema de solução de controvérsias do Mercosul passa por uma crise. Não é acionado desde 2012¹⁵¹, tendo atuado apenas em 13 controvérsias. Destas, dez foram sob a vigência do Protocolo de Brasília, enquanto que apenas três resultaram da aplicação das regras do Protocolo de Olivos. Assim, em 15 anos de vigência, o Protocolo mostra-se extremamente subutilizado. A análise feita a seguir dar-se-á, principalmente, com base no texto dos tratados em questão e do entendimento doutrinário, visto que os laudos não tiveram grande contribuição para o assunto analisado.

¹⁴⁹ Protocolo de Brasília, art. 34. O presente Protocolo permanecerá vigente até que entre em vigor o Sistema Permanente de Solução de Controvérsias para o Mercado Comum, a que se refere o item 3 do Anexo III do Tratado de Assunção.

¹⁵⁰ Protocolo de Olivos, art. 53. Revisão do Sistema. Antes de culminar o processo de convergência da tarifa externa comum, os Estados Partes efetuarão uma revisão do atual sistema de solução de controvérsias, com vistas à adoção do Sistema Permanente de Solução de Controvérsias para o Mercado Comum a que se refere o numeral 3 do Anexo III do Tratado de Assunção.

¹⁵¹ Nesse ano, o Paraguai acionou o sistema procurando: (a) questionar a admissão da Venezuela como membro da organização; e (b) pôr fim à suspensão que estava sofrendo, após o impeachment alegadamente ilegal do ora presidente Fernando Lugo. A demanda não foi admitida, sendo extinta sem resolução do mérito.

3.3.1 O procedimento entre Estados

O início de um procedimento perante o Protocolo de Olivos pode se dar por meio da ação de um Estado parte ou de uma reclamação de particular. Inicia-se a análise pelo expediente entre Estados, que, para fins de constatação da proteção diplomática convencional, possui grandes semelhanças com o MSC da OMC. Segundo o artigo 4 do Protocolo, o procedimento tem sua primeira etapa no estabelecimento de negociações diretas entre os entes soberanos. Essa, contudo, é apenas o início da fase internacional da demanda.

O Protocolo de Olivos não possui qualquer dispositivo semelhante ao artigo 3.7 do ESC, mas é fato que o mesmo raciocínio se aplica. O prejuízo decorrente de uma violação de normativa comercial mercosulina é sustentado, inicialmente, pelo particular que desempenha atividade econômica transnacional. Sendo assim, ele deve procurar um governo de um Estado membro para esposar sua demanda na ordem internacional.

Para evitar ser repetitivo, considerar-se-á que os demais apontamentos feitos em relação à proteção diplomática no MSC também se aplicam ao mecanismo do Mercosul, no tocante ao procedimento entre Estados. O procedimento iniciado por particulares, contudo, mostra mais interessantes discussões.

3.3.2 As reclamações de particulares

Desde o Protocolo de Brasília já havia a previsão de particulares acionarem o mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul. Hoje, contudo, aplica-se o Protocolo de Olivos, que cuida dessa possibilidade em seu capítulo XI, intitulado “Reclamações de Particulares” e composto pelos artigos 39 a 44. A análise deste trabalho focar-se-á em Olivos, por ser a norma atualmente vigente.

O artigo 39 do Protocolo regula o âmbito de aplicação dos dispositivos do capítulo. Afirma-se, inicialmente, que os particulares podem ser pessoas físicas ou jurídicas e que suas reclamações podem decorrer de “sanção ou aplicação, por qualquer dos Estados Partes, de medidas legais ou administrativas de efeito restritivo, discriminatórias ou de concorrência desleal, em violação do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho de Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do MERCOSUL”.

Em suma, resta claro que os particulares podem acionar o sistema de solução de controvérsias mercosulino caso sejam afetados por medidas de países membros que violem o

ordenamento jurídico do processo de integração. No entanto, deve-se lembrar que o direito do Mercosul é expressado em fontes jurídicas de DI, especificamente tratados e decisões da própria organização internacional. Sendo assim, segundo a doutrina clássica, ele seria capaz de gerar direitos e deveres apenas para Estados, sujeitos por excelência do DI. O cometimento de um ilícito que implique a violação dessas normas geraria responsabilidade internacional, reclamável, por sua vez, também somente por Estados, e não por particulares.

A princípio, pode parecer que o capítulo XI do Protocolo de Olivos rompe com o DI clássico, estabelecendo o direito de petição individual; contudo não é isso que ocorre. O particular não possui acesso direto ao sistema de solução de controvérsias, devendo dirigir sua reclamação à Seção Nacional do GMC do Estado Parte em que tenham “sua residência habitual ou a sede de seus negócios”¹⁵². Grosso modo, pode-se dizer que a atuação do particular constitui apenas uma notificação da violação praticada por um Estado membro, cabendo a busca da responsabilização ao Estado que receber a reclamação.

O artigo 40(2) do Protocolo de Olivos começa a deixar clara a semelhança do procedimento iniciado por particulares com a proteção diplomática, dispondo:

Artigo 40. 2. Os particulares deverão fornecer elementos que permitam determinar a veracidade da violação e a existência ou ameaça de um prejuízo, para que a reclamação seja admitida pela Seção Nacional e para que seja avaliada pelo Grupo Mercado Comum e pelo grupo de especialistas, se for convocado.

Ao prever que a reclamação deve ser “admitida pela Seção Nacional”, o instituto aproxima-se da discricionariedade classicamente inerente ao exercício da proteção diplomática. Em outras palavras, assim como neste instituto costumeiro, a reclamação individual no âmbito do Mercosul somente é levada em consideração se aceita pela Seção Nacional do país com o qual o particular possui vínculo. Para prosseguir e ser apresentada ao GMC, a demanda depende de consentimento da Seção.

Importa notar que a Seção Nacional nada mais é do que a representação do Estado Membro junto a um órgão do Mercosul. Trata-se de uma subdivisão que consta da maioria dos organismos da entidade¹⁵³. As Seções Nacionais do GMC tiveram tímida previsão inicial no Tratado de Assunção, ao final de seu artigo 3¹⁵⁴, mas ganharam especial destaque com o

¹⁵² Art. 40(1), Protocolo de Olivos.

¹⁵³ A título exemplificativo, possuem Seções Nacionais: os órgãos ligados ao CMC, como o Foro de Consulta e Concertação Política (FCCP); os órgãos ligados ao GMC, como a Comissão Sócio-Laboral, as Reuniões Especializadas e os Subgrupos de Trabalho; a Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM); e o Foro Consultivo Econômico-Social (FCES).

¹⁵⁴ Art. 3. A determinação do dano ou ameaça de dano grave no sentido do presente Regime será analisada por cada país, levando em conta a evolução, entre outros, dos seguintes aspectos relacionados com o produto em questão:

a) Nível de produção e capacidade utilizada;

Protocolo de Brasília, que continha, em seu artigo 26(1), disposição idêntica ao supramencionado artigo 40(1) do Protocolo de Olivos. A composição dessas representações foi explicitada na Decisão nº 04/91 do CMC, que impôs: “Os membros titulares e alternos de cada Estado Parte constituirão, para todos os efeitos, a respectiva Seção Nacional do Grupo Mercado Comum”¹⁵⁵.

O procedimento segue, dividindo-se em três fases: consultas, intervenção do GMC e análise do grupo de especialistas. Inicialmente, admitida a reclamação pela Seção Nacional, esta deve “entabular consultas com a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado Parte a que se atribui a violação”¹⁵⁶. Trata-se de etapa de negociação, que deve se dar por encerrada se a questão não for resolvida em um prazo de 15 dias, contados a partir da comunicação da reclamação ao Estado supostamente violador.

Prosseguindo o conflito, estabelece o artigo 41(2) que a Seção Nacional deve elevar a reclamação ao GMC. Este realiza nova análise sobre os requisitos do artigo 40(2) (veracidade da violação e existência ou ameaça de prejuízo) na primeira reunião subsequente ao recebimento da reclamação, podendo dar prosseguimento à demanda ou, caso entenda ausentes as condições mencionadas, rejeitar o pleito. Ressalte-se que essa decisão do Grupo deve se dar por consenso, o que pode ser um problema. O Estado violador pode simplesmente alegar que não reconhece presentes os requisitos e impedir o andamento do trâmite em seu desfavor.

De qualquer forma, admitida a reclamação pelo GMC, este deve, de imediato, convocar um grupo de especialistas, encarregado de emitir um parecer sobre a questão em um prazo improrrogável de 30 dias após a designação¹⁵⁷ dos membros. O artigo 44 estabelece três resultados possíveis em razão do parecer: (i) verificada a procedência da reclamação em parecer unânime, qualquer Estado Parte pode requerer ao Estado violador a adoção de

b) Nível de emprego;

c) Participação no mercado;

d) Nível de comércio entre as Partes envolvidas ou participantes de consulta;

e) Desempenho das importações e exportações com relação a terceiros países.

Nenhum dos fatores acima mencionados constitui, por si só, um critério decisivo para a determinação do dano ou ameaça de dano grave.

Não serão considerados, na determinação do dano ou ameaça de dano grave, fatores tais como as mudanças tecnológicas ou mudanças nas preferências dos consumidores em favor de produtos similares e/ou diretamente competitivos dentro do mesmo setor.

A aplicação da cláusula de salvaguarda dependerá, em cada país, da aprovação final da **seção nacional do Grupo Mercado Comum**. (grifo acrescentado)

¹⁵⁵ Art. 2, MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 04/91.

¹⁵⁶ Art. 41(1), Protocolo de Olivos.

¹⁵⁷ O processo de designação é previsto no art. 43. São três especialistas, designados, a princípio, de comum acordo pelo GMC. Na falta de acordo sobre um ou mais integrantes, far-se-á votação para a escolha de um especialista que conste de uma lista prévia formada por 24 indivíduos. Essas pessoas que compõem a lista são indicadas pelos Estados partes em igual número (seis especialistas indicados por cada membro).

medidas corretivas ou a anulação das medidas questionadas, pedido que, se não atendido em 15 dias, fundamenta o acesso direto ao procedimento arbitral previsto no capítulo VI do Protocolo de Olivos pelo mesmo Estado requerente; (ii) conclusão imediata do trâmite, em caso de parecer unânime que considere improcedente a reclamação; e (iii) conclusão imediata do trâmite, em caso de parecer não unânime.

Observe-se que as possibilidades (ii) e (iii), apesar de resultarem na conclusão do procedimento, não impedem que o Estado Parte reclamante dê início ao rito previsto nos capítulos IV a VI¹⁵⁸, ou seja, a solução de controvérsias entre Estados. A diferença inicial entre as três possibilidades é que a primeira possibilita um requerimento de medidas corretivas ou de anulação das medidas questionadas. Contudo, o não cumprimento desse requerimento pelo Estado violador não enseja maiores sanções, nem dá ao Estado requerente o direito de aplicar contramedidas. Em última análise, embora seja facilitado o acesso ao procedimento arbitral, sendo possível pular as etapas de negociações diretas e de intervenção do GMC, a primeira hipótese do artigo 44 acaba redundando na mesma solução das outras duas: o recurso ao procedimento de solução de controvérsias entre Estados.

Outra disposição relevante é a presente no artigo 21 do Protocolo de Ouro Preto, que disciplina uma das competências da Comissão de Comércio do Mercosul:

Artigo 21. Além das funções e atribuições estabelecidas nos artigos 16 e 19 do presente Protocolo, caberá à Comissão de Comércio do Mercosul considerar reclamações apresentadas pelas Seções Nacionais da Comissão de Comércio do Mercosul, originadas pelos Estados Partes ou demandas de particulares – pessoas físicas ou jurídicas –, relacionadas com as situações previstas nos artigos 1 ou 25 do Protocolo de Brasília, quando estiverem em sua área de competência.
 Parágrafo primeiro - O exame das referidas reclamações no âmbito da Comissão de Comércio do Mercosul não obstará a ação do Estado Parte que efetuou a reclamação ao amparo do Protocolo de Brasília para Solução de Controvérsias.
 Parágrafo segundo – As reclamações originadas nos casos estabelecidos no presente artigo obedecerão o procedimento previsto no anexo deste Protocolo.
 A Comissão Parlamentar Conjunta é o órgão representativo dos Parlamentos dos Estados Partes no âmbito do Mercosul.

Assim, quando dentro da área de competência da Comissão de Comércio, as reclamações de particulares devem passar por uma análise da entidade, conforme o procedimento previsto no anexo do Protocolo. Grosso modo, pode-se dizer que a área de competência da Comissão diz respeito a questões de política comercial, o que constitui a principal matéria regulada pelo ordenamento do Mercosul, sendo notória a concentração de interesses particulares. Destarte, apesar de possíveis, poucas seriam as hipóteses em que particulares acionariam o mecanismo de reclamações para matérias que fugissem ao escopo do anexo. Este, intitulado “Procedimento Geral para Reclamações perante a Comissão de

¹⁵⁸ Art. 44(2), Protocolo de Olivos.

Comércio do Mercosul”, prevê que as reclamações devem ser apresentadas pelo Estado Parte que as recebe à Presidência Pro-Tempore da Comissão de Comércio, que colocará o tema em pauta na reunião subsequente.

Caso não se chegue a uma decisão na reunião, a Comissão deve remeter a questão a um Comitê Técnico, que elaborará um parecer conjunto ou apresentará as conclusões de cada especialista no prazo de 30 dias corridos. De acordo com o artigo 3 do anexo, o parecer ou as opiniões dos especialistas não são vinculantes, devendo apenas ser “levados em consideração” pela Comissão¹⁵⁹. Na reunião ordinária posterior ao recebimento das conclusões do Comitê ou em reunião extraordinária convocada especificamente para essa finalidade, a Comissão deve decidir sobre a matéria.

Seguindo a tradição do Mercosul, a decisão deve se dar por consenso. Caso a Comissão não o alcance, deve remeter as diferentes propostas e as demais informações sobre o caso para o GMC, que se pronuncia no prazo de 30 dias¹⁶⁰. Alcançado o consenso, seja na decisão da Comissão ou no pronunciamento do GMC, o Estado reclamado deve adotar as medidas aprovadas; contudo a não observância de tais medidas não importa maiores sanções, mas apenas o acesso direto do Estado reclamante ao procedimento arbitral de solução de controvérsias¹⁶¹. Da mesma forma, se a unanimidade não é atingida na Comissão e no GMC – o que é muito provável, visto que o Estado reclamado faz parte de ambas as instituições –, o país reclamante pode aceder à arbitragem *ad hoc* do Mercosul¹⁶².

Apesar de o artigo 21 do Protocolo de Ouro Preto e seu anexo serem anteriores ao Protocolo de Olivos e se referirem em seus textos apenas ao Protocolo de Brasília, entende-se que o procedimento para reclamações perante a Comissão continua em vigor, conforme aduz Vasconcelos (2016, p. 119)¹⁶³ e denota o laudo Proibição de Importação de Pneumáticos Remodelados¹⁶⁴, este proferido sob a vigência do rito de Olivos.

¹⁵⁹ Artigo 3. O Comitê Técnico preparará e encaminhará à Comissão de Comércio do Mercosul, no prazo máximo de 30 dias corridos, um parecer conjunto sobre a matéria. Esse parecer, bem como as conclusões dos especialistas integrantes do Comitê Técnico, quando não for adotado parecer, serão levados em consideração pela Comissão do Mercosul, quando esta decidir sobre a reclamação.

¹⁶⁰ Art. 5, Anexo ao Protocolo de Ouro Preto.

¹⁶¹ Art. 6, Anexo ao Protocolo de Ouro Preto

¹⁶² Art. 7, Anexo ao Protocolo de Ouro Preto.

¹⁶³ “O procedimento previsto no artigo 21 do Protocolo de Ouro Preto está em vigor e continua podendo ser invocado nos casos de controvérsias relacionadas a questões de política comercial.”

¹⁶⁴ Analisando a delimitação do objeto da controvérsia, o laudo considera aplicável o Anexo do Protocolo de Ouro Preto, reconhecendo, ainda que tacitamente, sua vigência: “Nos termos do disposto no artigo 14 do Protocolo de Olivos, o objeto da controvérsia é determinado pela apresentação do pedido e sua respectiva resposta ao Tribunal Arbitral, não se admitindo alterações posteriores. As alegações feitas pelas Partes no pedido e na contestação devem estar vinculadas aos temas e questões que tenham sido considerados em etapas prévias à arbitragem, etapas essas previstas no próprio Protocolo e no Anexo ao Protocolo de Ouro Preto” (MERCOSUL).

Cumpra salientar que, de acordo com o artigo 46 do Protocolo de Olivos, salvo quando a Seção Nacional julgar necessário, todo o procedimento descrito no Protocolo é confidencial, à exceção dos laudos arbitrais. As reclamações de particulares, assim, gozam a princípio de total sigilo, pois nenhum laudo é proferido em seu rito. Essa informação é importante para justificar a falta de dados empíricos sobre a utilização do procedimento. É possível afirmar, todavia, que da leitura da jurisprudência do Mercosul, depreende-se que tenham se originado de reclamações de particulares os laudos arbitrais II (09/1999)¹⁶⁵ e X (08/2005)¹⁶⁶. Já em estudo de 2010, aponta Susani (2010, p. 74), que apenas cinco casos, dentre os 33 apresentados ante os órgãos do Mercosul, foram acionados por particulares.

3.3.3 A natureza da atuação da Seção Nacional: discricionariedade ou vinculação?

É a necessidade de encampamento do pleito do particular pela Seção Nacional que mais aproxima o instituto em análise da proteção diplomática. O emprego de letras maiúsculas na expressão Seção Nacional denota vontade institucionalizante (BAPTISTA, 1994, p. 161), mas a realidade é que a descrição do funcionamento e das competências da entidade não é alvo de maiores explicações. No caso brasileiro, a Seção Nacional é composta por membros da carreira diplomática, ligados, portanto, ao Poder Executivo. Cabe a este, por meio de seus órgãos, avaliar se a reclamação do particular no Mercosul merece ir adiante.

Baptista (1994, p. 162), ainda comentando as disposições do Protocolo de Brasília, defende que o recurso ao mecanismo é atividade vinculada da Administração, não seguindo os “usos tradicionais em matéria de proteção diplomática”. O jurista apresenta duas justificativas para sua posição. Em primeiro lugar, afirma que, caso a prática fosse hipótese de proteção diplomática, sua previsão no protocolo não seria necessária, visto que já existe o instituto costumeiro. Dessa forma, em razão do princípio interpretativo segundo o qual o legislador não utiliza expressões ociosas, a discricionariedade estaria afastada.

Laudo do Tribunal Ad Hoc do Protocolo de Olivos, sobre a controvérsia "PROIBIÇÃO DE IMPORTAÇÃO DE PNEUMÁTICOS REMODELADOS". 2005. par. 44).

¹⁶⁵ Intitulado “Laudo do Tribunal Arbitral do MERCOSUL constituído para decidir sobre a reclamação feita pela República Argentina ao Brasil, sobre subsídios à produção e exportação de carne de porco”, teve origem na reclamação efetuada pela Associação Argentina de Produtores Porcos, pela Sociedade Rural Argentina, pela Câmara de Exportadores da República Argentina e pelas Confederações Rurais Argentinas ante a Seção Nacional do GMC da Argentina; e seguiu o procedimento do anexo do Protocolo de Ouro Preto.

¹⁶⁶ Intitulado “Laudo do Tribunal Ad Hoc do MERCOSUL constituído para decidir na controvérsia entre a República Oriental do Uruguai e a República Federativa do Brasil sobre Controvérsia sobre medidas discriminatórias e restritivas ao comércio de tabaco e produtos derivados do tabaco”, teve origem na reclamação efetuada pela Companhia Industrial de Tabacos Monte Paz S.A. ante a Seção Nacional do GMC do Uruguai, seguindo a lógica do Grupo de Especialistas, prevista, à época, no Protocolo de Brasília. O parecer do grupo foi unânime, reconhecendo a violação. O Brasil, contudo, não adotou as medidas recomendadas.

Em segundo lugar, Baptista advoga, com base no artigo 26(2) do Protocolo de Brasília, que a análise da Seção Nacional deve se limitar à “apreciação da confiabilidade e eficácia das provas” da veracidade da violação e da existência ou ameaça de prejuízo. Dessa forma, segundo o autor, havendo prova suficiente da situação descrita, a Seção Nacional estaria obrigada a levar o pleito adiante. Indo mais adiante, o autor entende ser cabível, em caso de insuficiência das provas, procedimento administrativo sujeito ao princípio da legalidade e ao direito a defesa. Em suma, Baptista defende a vinculação da atuação da Seção Nacional e o afastamento do mérito administrativo insindicação.

Observe-se que tanto o artigo 26(2) do Protocolo de Brasília quanto o artigo 40(2) do Protocolo de Olivos requerem a comprovação de “veracidade da violação e a existência ou ameaça de um prejuízo” para o encampamento da reclamação. Já o tribunal *ad hoc* no caso relativo a “Subsídios à produção e exportação de carne de porco”, que opôs Argentina e Brasil, entendeu pelo uso do vocábulo “verossimilhança”:

(...) deduz-se que a Seção Nacional analisa o que no Direito processual é conhecido como "*fumus bonis juris*", ou seja, em que elementos se apoia a verossimilhança do direito que possa assistir o particular concretamente no caso formulado e de seu prejuízo. Evidentemente, nesta etapa ainda não começou a funcionar o procedimento arbitral, seu único efeito é – no caso de que a avaliação da Seção Nacional seja positiva – habilitar o ingresso à etapa seguinte.¹⁶⁷

A mudança do termo traz importante consideração à tona. Seria o juízo exercido pela exauriente, buscando a veracidade, ou apenas sumário, cogitando da verossimilhança das alegações? A redação do protocolo exige dos particulares “elementos”, e não provas. Assim, parece pender para o juízo sumário, pois não haveria que se falar em provas para aferimento da verossimilhança, que é apenas a aparência de veracidade.¹⁶⁸

O uso do termo veracidade parece se tratar de erro técnico, pois não seria razoável exigir que a Seção Nacional fizesse juízo tão profundo, a ponto de indicar, de forma exauriente, a veracidade das alegações. Muito mais plausível é que o órgão deva analisar

¹⁶⁷ Laudo II (09/1999), par. 38.

¹⁶⁸ Impende ficar claro que verossimilhança é menos do que probabilidade. Afirmar que algo é verossímil é dizer que aquilo tem aparência de verdade, isto é, que pode ser verdade. (...) A afirmação de que algo é verossímil se dá a partir de meras alegações. Sempre que alguém faz uma alegação que tenha aparência de verdade, estar-se-á diante de verossimilhança. A decisão baseada em cognição superficial, portanto, é uma decisão tomada a partir da análise exclusivamente de alegações, sem qualquer exame de prova. É o que se dá, por exemplo, na decisão acerca dos alimentos provisórios (art. 4º da Lei no 5.478/1968). A leitura do texto normativo indica que para serem fixados alimentos provisórios não se exige qualquer análise de prova. Basta o autor afirmar que necessita da fixação deles. A afirmação, evidentemente, deve parecer verdadeira (e, pois, se o autor da demanda de alimentos é um notório milionário, sua alegação de que precisa de alimentos para sobreviver não teria aparência de verdade, não seria verossímil). De outro lado, provável é aquilo que pode ser provado. Dito de outro modo, só se pode afirmar que algo é provável se a afirmação estiver baseada em elementos de prova. (CÂMARA, 2017, p. 171).

somente a verossimilhança do pleito, entendida como a mera alegação de veracidade, para então submeter a questão a uma análise exauriente pelo organismo internacional.

Nesse contexto, a posição esposada por Baptista não condiz com o proposto em Olivos. Não há que se falar em colheita de provas em procedimento administrativo se o Protocolo prevê apenas a necessidade de verossimilhança das alegações. A mera alegação da violação, desde que com aparência de veracidade, seria suficiente para provocar a admissão da reclamação pela Seção Nacional. A análise de provas pela Seção Nacional seria pertinente apenas se fosse necessário uma cognição exauriente da questão, como sugere o termo “veracidade”, presente na redação do Protocolo de Olivos.

Ventura (2003, p. 252-254), apoiando-se no pensamento já esposado por Baptista, acrescenta que o procedimento iniciado por particulares não pode ser enquadrado como proteção diplomática por não obedecer aos requisitos clássicos do instituto. Entretanto, ainda considera a decisão da Seção Nacional como discricionária, e não exclusivamente jurídica¹⁶⁹.

Outros doutrinadores reconhecem a proteção diplomática no dispositivo em análise. Segundo Amaral Júnior (2013, p. 23), o “sistema atualmente existente não autoriza a participação direta dos particulares, que só se efetua por obra do instituto da proteção diplomática”. Vasconcelos (2016, p. 121) é categórico:

No que se refere especificamente à legitimidade ativa de particulares, importante se faz ressaltar a necessidade de estado assumir como própria a reclamação do particular para que o litígio prospere no sistema. Não existe, em síntese, acesso direto de particular. Tem-se aqui, na verdade, exemplo claro de proteção diplomática necessária.

Barral (2002, p. 154) vai um pouco mais além, afirmando a discricionariedade da prática:

(...) um tribunal que permita o acesso dos particulares afetados por medidas protecionistas de outro Estado Parte garante maior continuidade à liberalização do comércio regional. Na estrutura atual do Mercosul, estas reclamações seguem a via clássica da proteção diplomática, e dependem da atuação discricionária do Estado do qual o particular é nacional.

Nesse diapasão, deve-se atentar para uma diferença de redação entre Brasília e Olivos: o Protocolo de Brasília aduzia que a Seção Nacional “poderá entabular contatos diretos”¹⁷⁰,

¹⁶⁹ “Antes de mais nada, e de maneira geral, não se pode ignorar o conteúdo político inerente a qualquer decisão jurídica. Nesse caso em especial, o exame de possibilidade de recebimento de uma reclamação pelas Seções Nacionais possui dupla conotação, senão jurídica e política, ao menos não exclusivamente jurídica. Primeiramente, os membros das Seções Nacionais são funcionários do Estado, diplomatas de carreira, desprovidos de formação jurídica, ou tendo se beneficiado de uma formação jurídica geral. Além disso, eles representam legitimamente os interesses de seus países. Não é certo portanto que possam oferecer todas as garantias de independência ou de perícia técnica que permitam bem avaliar as provas apresentadas pelos particulares. Sé lhes resta considerar a reclamação sob o prisma da oportunidade, mesmo tendo em conta as normas do Mercosul.” (VENTURA, p. 252).

¹⁷⁰ Art. 27, Protocolo de Brasília.

enquanto que o Protocolo de Olivos afirma que a Seção “deverá entabular consultas”¹⁷¹. Isso poderia significar a existência de um direito dos particulares de ter sua reclamação examinada. Contudo, como bem observa Barral (2002, p. 163), “uma tal interpretação atenderia a reclamos da comunidade empresarial, que por vezes assiste a seus interesses serem arquivados, em razão de imperativos políticos. Mas esta interpretação, ainda que viável, provavelmente contrastará com a praxe diplomática dos Estados do Mercosul.”

A posição defendida neste trabalho coaduna-se com o entendimento de Vasconcelos (2016, p. 123): trata-se de proteção diplomática, mas em modalidade especial. Conforme exposto ao longo da dissertação, em especial no capítulo 1, o que caracteriza a proteção diplomática é o fato de constituir uma norma secundária, utilizada para buscar a responsabilidade de um Estado por um ilícito internacional que lesa um indivíduo. Assim, o Estado que pratica o ilícito é acionado, na ordem internacional, pelo Estado que acolhe a pretensão do particular ao qual se liga, normalmente pelo vínculo da nacionalidade. Esse vínculo, contudo, assim como os outros requisitos clássicos do instituto, podem ser afastados ou modificados, sem que isso importe a desconfiguração da proteção diplomática.

Em relação à discricionariedade ou vinculação da decisão da Seção, entende-se que não há como escapar da análise política da situação. Há de se ter em mente o aspecto de intergovernamentalidade em que se funda todo o Mercosul, de modo que inferir a vinculação da decisão seria contrário à análise sistêmica do processo de integração. Essa constitui, portanto, a interpretação vigente da *lege lata*. Isso não implica, todavia, uma posição conformista, pois a discricionariedade aplicada ao procedimento pode resultar em denegação de justiça.

A seguir, examinar-se-ão os aspectos específicos do modelo de proteção diplomática ora em tela.

3.3.4 Participação dos particulares

Não se discute, seja qual for a posição adotada, que a atuação do particular no contexto das reclamações do Mercosul é restrita. Ele não possui acesso direto (*jus standi*) ao sistema de solução de controvérsias do Mercosul, ou seja, não figura como parte no procedimento. Possui apenas *locus standi*, cuja limitação é latente. Após a apresentação da reclamação à Seção Nacional, existem apenas duas hipóteses de participação do particular no procedimento: sua oitiva na audiência conjunta que ajuda a formar o convencimento do grupo

¹⁷¹ Art. 41(1), Protocolo de Olivos.

de especialistas¹⁷² e a possibilidade de desistir da demanda ou concluir acordo, pondo fim à controvérsia¹⁷³.

A possibilidade de apresentar argumentos em audiência evidencia o *locus standi* dos particulares. Essa nomenclatura, contudo, é mais comum quando se fala da posição que o indivíduo ocupa nos sistemas de proteção de direitos humanos, de modo que se faz necessária breve menção. Na Corte Europeia de Direitos Humanos, por exemplo, o indivíduo possui *jus standi*, podendo peticionar diretamente ao tribunal¹⁷⁴. Já no sistema interamericano, os particulares não podem acessar diretamente a Corte, e o peticionamento fica restrito aos Estados e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹⁷⁵.

Apesar de menção à vítima (prejudicado) ser feita no artigo 63(1) da CADH, é no Regulamento da Corte que fica patente seu *locus standi*, isto é, a possibilidade de as supostas vítimas ou de seus representantes participarem do procedimento perante a Corte. Após uma longa evolução das normas internas do tribunal (TRINDADE, 2011, p. 37-45), essas pessoas podem hoje apresentar de forma autônoma – sem intervenção da Comissão – seus escritos de petições, argumentos e provas, durante todo o processo¹⁷⁶.

No sistema de solução de controvérsias do Mercosul, nota-se que esse *locus standi* é muito mais limitado, restringindo-se apenas a uma oitiva durante a análise do grupo de especialistas. A atuação da Seção Nacional, contudo, guarda uma mínima semelhança com a atuação da Comissão Interamericana, ambas servindo de “ponte” para o acesso do indivíduo à justiça internacional.

A possibilidade de desistência ou de conclusão de acordo em qualquer fase do procedimento é previsão expressa no artigo 45 do Protocolo de Olivos. Depreende-se da redação que o particular também tem esse direito (VASCONCELOS, 2016, p. 124), o que vai de encontro à prática da proteção diplomática costumeira. Conforme abordado no capítulo 1, entende-se classicamente que, pelo fato de o direito exercido na ordem internacional pertencer ao Estado, e não mais ao indivíduo, seria impossível que este optasse pela desistência ou por transação.

Não há notícia de caso em que o particular desistiu da demanda contenciosa ou optou por transação; entretanto, da leitura do Protocolo, entende-se que a controvérsia se dá por terminada, encerrando todo e qualquer procedimento. Dessa forma, fica evidente que o

¹⁷² Art. 42(3), Protocolo de Olivos.

¹⁷³ Art. 45, Protocolo de Olivos.

¹⁷⁴ Art. 34, CEDH.

¹⁷⁵ Art. 61(1), CADH.

¹⁷⁶ Art. 25(1), Regulamento da Corte IDH.

particular, apesar de possuir *locus standi* limitado, detém um poder maior, de dispor da demanda. Essa faculdade não está presente no sistema interamericano de direitos humanos, âmbito em que a desistência do caso cabe somente ao ente que apresenta o caso, ainda que os demais intervenientes devam ser ouvidos¹⁷⁷. Já em relação à possibilidade de transação, dispõe o Regulamento da Corte IDH que o tribunal deve decidir sobre sua procedência e efeitos jurídicos.¹⁷⁸

Tudo indica que, na modalidade de proteção diplomática presente no procedimento de reclamações de particulares do Mercosul, impera o entendimento segundo o qual o direito exercido pelo Estado no momento internacional da demanda ainda pertence ao particular. A ficção demonstra-se mitigada. Além disso, contrariamente ao já referido posicionamento de Tiburcio (2001, p. 60-63), nesse caso o direito parece pertencer, ao mesmo tempo, ao indivíduo e ao Estado, pois ambos podem dispor do mesmo.

3.3.5 Residência habitual ou sede de negócios

Conforme exposto no capítulo 1, o vínculo tradicional presente na proteção diplomática é a nacionalidade. Segundo o instituto costumeiro, um Estado somente pode encampar a demanda de um indivíduo que possua sua nacionalidade, e esta deve possuir caráter contínuo e efetivo. Essa regra, contudo, não é absoluta, mostrando-se relativizada na questão dos apátridas e dos refugiados. Com efeito, prevê o artigo 8 do Projeto que um Estado pode exercer a proteção em relação às pessoas sem nacionalidade e aos refugiados quando estes, no momento da apresentação da demanda, forem seus residentes “legais e habituais”.

No que tange ao entendimento clássico sobre o exercício da proteção diplomática em relação a empresas, conforme já explicitado no capítulo 1, no caso *Barcelona Traction*, a CIJ afirmou que o direito de exercício de proteção em favor de uma companhia cabe ao Estado sob as leis do qual foi incorporada e em cujo território possui escritório devidamente registrado (CIJ, 1970, p. 42). Entretanto, demonstrou que exigências adicionais ou alternativas podem ser feitas, variando desde o funcionamento da sede ou do controle decisório no território do Estado até a presença da maioria dos acionistas no mesmo. Como as leis internas da maioria dos Estados exige que as empresa constituídas sob suas leis mantenham a sede social em seu território, o principal critério para determinar a nacionalidade é o local de constituição da empresa (ONU, 2006, p. 53).

¹⁷⁷ Art. 61, Regulamento da Corte IDH.

¹⁷⁸ Art. 63, Regulamento da Corte IDH.

O Protocolo de Olivos exige, em seu artigo 40(1), que o particular alegadamente prejudicado apresente sua reclamação à Seção Nacional do Estado Parte em que tem sua residência habitual ou sua sede de negócios. Nesse sentido, a norma, apesar de não se referir à nacionalidade ou ao local de constituição, não se distancia da regra costumeira da proteção diplomática em relação a pessoas jurídicas. Isso porque, nos países do Mercosul, o Estado em que uma empresa possui sua sede de negócios quase sempre será o Estado em que ocorreu sua constituição e, conseqüentemente, de sua nacionalidade. Traz-se o exemplo do Brasil, cujo Código Civil determina, em seu artigo 1.126, a nacionalidade em função da constituição sob a lei brasileira e da localização da sede: “É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração”. Regras similares são encontradas nos ordenamentos paraguaio (art. 101, Código Civil) e uruguaio (Lei n.º 16.603, de 19/10/1994).

A diferença reside no caso de uma pessoa física não empresária buscar a proteção de sua Seção Nacional. Nessa hipótese, o indivíduo deve apresentar sua reclamação à Seção do Estado em que tiver residência habitual, o que não necessariamente coincidirá com a sua nacionalidade. Contudo, conforme visto acima, a residência habitual não é critério totalmente estranho ao exercício da proteção diplomática, sendo aplicável no caso de apátridas e de refugiados. A previsão do artigo 40(1) seria apenas mais um caso em que esse vínculo é utilizado, em decorrência de pacto expresso em norma escrita e positiva.

Questão mais complexa diz respeito à possibilidade de o indivíduo apresentar reclamação à Seção do Estado em que possui residência habitual, contra o Estado de que é nacional. Para Vasconcelos (2016, p. 124), a questão depende do posicionamento em relação ao reconhecimento da proteção diplomática no referido procedimento:

Os que reconhecem a proteção diplomática no acolhimento da reclamação sustentam seus argumentos na indiscutível opção feita no MERCOSUL pela intergovernabilidade, a qual se sustenta no direito internacional público geral, e afastam definitivamente a possibilidade de o particular provocar o sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL contra seu próprio estado. (...) Já no caso de ser considerada atividade vinculada, não caberia a Seção Nacional fazer qualquer juízo de valor, devendo, portanto, simplesmente acolher e dar prosseguimento à reclamação que houver sido devidamente instruída.

No presente trabalho, afirma-se a existência da proteção diplomática no procedimento em análise; contudo não se chega à conclusão de que a reclamação contra o Estado de nacionalidade seria impossível. Como visto, a nacionalidade é o vínculo tradicional pelo qual se legitima a proteção, todavia ela não passa de um requisito que, uma vez não preenchido, não desconfigura o instituto. Sua ausência apenas impossibilita o exercício da proteção conforme a construção costumeira. Defende-se justamente que o Mercosul introduziu nova

modalidade de proteção diplomática, que adota o critério da residência habitual, e não da nacionalidade, como vínculo necessário entre o Estado protetor e o indivíduo lesado.

Da mesma forma, pouco importa considerar a decisão da Seção como atividade discricionária ou vinculada, pois a proteção continuaria verificada em ambos os casos. A discricionariedade é apenas um traço da construção doutrinária acerca do tema, não tendo o condão de afastar a caracterização do instituto. Entende-se, assim, possível o manejo da reclamação particular contra o Estado de sua nacionalidade.

Posição contrária poderia resultar em claro caso de denegação de justiça. Imagine-se, por exemplo, que um brasileiro possui residência habitual no Paraguai e, enquanto lá reside, sofre prejuízo em decorrência da violação de uma normativa Mercosul pelo Brasil. O particular ver-se-ia impossibilitado de aceder ao mecanismo de Olivos, já que não poderia buscar a proteção paraguaia e nem mesmo a brasileira. De um lado, não poderia pedir o endosso paraguaio em demanda contra o Estado de sua nacionalidade – o Brasil. De outro, não poderia recorrer à Seção Nacional brasileira, pois, ainda que superada a notória barreira textual – o Protocolo simplesmente não prevê a apresentação da reclamação à Seção Nacional do estado de nacionalidade¹⁷⁹ –, estar-se-ia diante de ilógica hipótese de exercício de proteção diplomática por um Estado contra si mesmo.

Pode-se argumentar que ao particular caberia provocar o Judiciário interno do Brasil para ver satisfeito seu pleito. Contudo, como se pode aferir do histórico da prática da proteção diplomática, esse, comumente, não é um remédio satisfatório. Como já examinado, o esgotamento dos recursos internos é um requisito clássico da prática da proteção diplomática, ou seja, aplicável justamente nos casos em que os remédios internos falham. Não obstante, são incontáveis os exemplos em que se fez uso do instituto, de modo que resta incontestável o frequente insucesso da busca pela responsabilização pela violação de uma norma internacional no âmbito interno. Nesse contexto, o mecanismo de reclamações de particulares constitui importante instrumento na luta contra a denegação de justiça, não podendo ser afastado por uma concepção equivocada do núcleo formador da proteção diplomática.

¹⁷⁹ O Regulamento do Protocolo de Olivos utiliza impropriamente o termo nacionalidade ao disciplinar o art. 41(1). Ao que parece, o vocábulo deve ser entendido residência habitual ou sede de negócios, nos termos do art. 40(1) de Olivos. Isso porque o Regulamento não poderia inovar, trazendo possibilidade não prevista no Protocolo. “Artigo 47. Consultas entre Estados (art. 41.1 PO). As consultas a que se refere o artigo 41.1 serão conduzidas pelos Coordenadores Nacionais do GMC dos Estados partes envolvidos, ou por representantes por eles designados. Com vistas a dar início a tais consultas, o Estado parte da **nacionalidade** do particular que iniciou a reclamação deverá enviar uma comunicação ao outro Estado parte, na qual conste indicação dos elementos nos quais baseia sua reclamação, em especial os indicados nos literais b. a f. do artigo anterior. Além disso, na referida comunicação, propor-se-á local e data para a realização das consultas.” (grifo acrescentado)

3.4 Conclusões parciais

Procurou-se demonstrar, neste capítulo, que o Direito Internacional Econômico constitui a principal área do direito internacional em que a proteção diplomática se mantém relevante. Da análise geral do item, depreendem-se duas grandes tendências. Primeiro, que a proteção diplomática parece migrar de um instituto costumeiro para um instituto expresso, convencional. Isso se constata não só na prática dos mecanismos de solução de controvérsias de organismos de regulação do comércio internacional, mas também na prática dos BIT na seara da proteção dos investimentos. Segundo, que o instituto, em sua modalidade convencional, apresenta requisitos e características gerais que não guardam total correlação com a construção costumeira. Entretanto, a essência da proteção diplomática, como norma secundária de direito internacional, utilizada para a defesa de interesses de particulares na ordem internacional, permanece presente.

É interessante notar, entretanto, que as duas tendências acima descritas não são algo completamente inédito. Guardadas as devidas proporções, a previsão expressa da proteção diplomática em tratados, ou seja, sua modalidade convencional, já constava, ao menos, da prática das Comissões Mistas e dos Tribunais Arbitrais *ad hoc*. Assim, em verdade, apesar de a construção costumeira ter sido cristalizada no julgado *Mavrommatis*, a proteção diplomática convencional já integrava, mesmo antes da popularização dos BIT e do advento dos mecanismos de solução de controvérsias em tratados reguladores do comércio internacional, grande parte da jurisprudência clássica sobre o tema.

Feita essa consideração, em uma análise mais minuciosa, pode-se chegar às seguintes conclusões pontuais:

- A proteção diplomática retém sua relevância no DII, seja porque as previsões de acesso direto dos particulares à justiça internacional não contemplam todas as relações de investimentos do globo, seja porque parte da sistemática dos BIT em muito se assemelha à prática da proteção diplomática nos tribunais arbitrais internacionais e nas comissões mistas;
- Os tratados multilaterais sobre comércio internacional conferem benefícios aos particulares comerciantes, mas estes não possuem acesso direto aos mecanismos de solução de controvérsias previstos nos mesmos tratados, de modo que precisam que sua causa seja endossada por algum Estado membro;
- A regra do esgotamento dos recursos internos é relativizada no Direito Internacional Econômico mediante *waivers* expressos ou tácitos;

- A regra da nacionalidade também sofre alterações no Direito Internacional do Comércio, sendo completamente desprezada pela OMC, e substituída por outros critérios no caso do Mercosul.

CONCLUSÃO FINAL

Esta dissertação teve por finalidade analisar recentes desenvolvimentos no campo da proteção diplomática. Para tanto, em primeiro lugar, fixou-se o conceito do instituto e suas principais características e requisitos. A proteção possui muitos aspectos controversos, mas é cediço que constitui uma norma secundária de direito internacional, que visa à reparação de prejuízos sofridos por particulares em razão de ilícitos internacionais cometidos por Estados. Seu fundamento costumeiro busca remediar a falta de personalidade e de capacidade do particular no plano internacional. Já os requisitos para seu exercício, apesar de muito discutidos, não formam sua essência. São relativizados e afastados em diversas circunstâncias.

Os recentes desenvolvimentos da sistemática de direitos humanos, a princípio, pareciam ter colocado em xeque a sobrevivência da proteção diplomática. A doutrina há muito tempo já se debruça sobre o referido conflito, adotando diversas posições em relação à interação entre os dois sistemas. Com efeito, parece que a proteção diplomática tende, sim, a perder espaço face à propagação de normas secundárias de direitos humanos, em especial o direito individual de petição. Ao mesmo tempo, contudo, a influência dos direitos humanos sobre as normas primárias de tratamento de estrangeiros deram vida nova à proteção diplomática, o que se revelou principalmente na sequência de julgados relativos ao direito de assistência consular na CIJ. Trata-se do fenômeno da ampliação do escopo material da proteção diplomática.

O âmbito de aplicação da proteção diplomática também foi reduzido na sistemática internacional de proteção de investimentos, uma vez que os tratados que preveem as arbitragens e conciliações diretas entre investidor e Estado também se multiplicaram. Observa-se, contudo, que a proteção diplomática hoje passa a abarcar outra área do Direito Internacional Econômico, o Direito Internacional do Comércio. Esse fenômeno permite inferir que a ampliação do escopo material do instituto não é privilégio da proteção dos direitos humanos na ordem internacional, na medida em que se passa a proteger também os interesses particulares contidos em tratados multilaterais de comércio. Mais do que isso, nota-se que a proteção diplomática sai de um ambiente eminentemente costumeiro, para passar a ser prevista expressamente em tratados, ainda que sem menção específica ao instituto e com algumas particularidades especiais.

Assim, retomando a questão problema proposta no início do trabalho – se, diante do crescente reconhecimento da personalidade jurídica internacional dos particulares, a proteção diplomática ainda é útil para o DI ou deve ser abandonada –, pode-se seguir, em parte, a hipótese trabalhada desde o começo das investigações. Assim, de fato, em que pesem as

grandes transformações do direito internacional ocorridas no século XX, a proteção não é um instituto obsoleto. Sua aplicação definitivamente está sendo objeto de restrições provocadas pelo desenvolvimento da personalidade e da capacidade jurídica do indivíduo na ordem internacional, mas ainda há espaço para o instituto costumeiro, dadas as insuficiências do sistema de proteção dos direitos humanos hoje.

Esse, entretanto, não é o maior motivo pelo qual não se deve abandonar a proteção diplomática. O instituto, assim como o direito internacional a sua volta, transformou-se, passando a abarcar novas matérias e a adentrar novas searas impenetráveis, ao menos por enquanto, pela proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, a nova formulação da proteção diplomática, agora um instituto cada vez menos costumeiro e mais convencional, faz-se necessária para proteger interesses de particulares em relações econômicas internacionais.

Ao que tudo indica, não há como se abandonar a proteção diplomática enquanto os sujeitos do direito internacional forem, por excelência, entes estatais. A personalidade jurídica do indivíduo exsurge como um movimento cada vez mais presente nas relações internacionais, mas acaba sendo uma exceção. Assim, a proteção diplomática ainda possui relevância para permitir, ainda que com algumas falhas, a responsabilização de um Estado por uma lesão a interesses particulares.

Nesse sentido, retomando-se os abordamentos definidos por Cançado Trindade, observa-se que dois deles podem ser considerados potencialmente corretos. Hoje, a continuidade histórica é verificada sem qualquer dificuldade. Os sistemas de proteção aos direitos humanos encontram-se operacionais, assim como a proteção diplomática, e ambos constituem práticas em voga no direito internacional, movimentando um grande número de casos. De maneira curiosa, a total incompatibilidade entre os institutos também é constatada na perda de espaço que a proteção diplomática sofreu em função dos recentes desenvolvimentos da personalidade jurídica internacional do indivíduo.

Por fim, em um exercício prognóstico, nota-se que a coexistência dos institutos depende da manutenção da interestatalidade na ordem internacional, enquanto que o cenário de incompatibilidade total somente será alcançado com o contínuo aperfeiçoamento dos mecanismos de acesso direto do indivíduo à justiça internacional. Hoje, não há como negar que a primeira hipótese se mostra mais plausível; todavia, se parte do dever dos operadores do direito é provocar a mudança por meio do desenvolvimento progressivo das leis e costumes, não se pode perder de vista a possibilidade de realização do segundo cenário, no intuito de construir uma justiça internacional mais acessível.

REFERÊNCIAS

AGO, Roberto. First report on State responsibility. Yearbook of the International Law Commission:1969, vol. II, document A/CN.4/217 and Corr.1 and Add.1, 1970.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Reflexões sobre a solução de controvérsias do MERCOSUL. Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão, [S.l.], p. 13-28, mar. 2013. ISSN 2304-7887. Disponível em: <<http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/10>>. Acesso em: 05 jul. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a1.n1.13>.

AMERASINGHE, Chittharanjan Felix. Diplomatic Protection. Oxford: Oxford University Press, 2008.

AMERICAN LAW INSTITUTE. Restatement of the Law Third, Foreign Relations Law of the United States. 1987.

ANZILOTTI, Dionisio. La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers. *Revue générale de Droit International Public*. Tomo XIII. Paris, 1906. pp. 5-29 e 285-309.

ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro. São Paulo: RT, 1979.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. Brasil, Argentina e Estados Unidos: conflito e integração na América do Sul (da Tríplice Aliança ao Mercosul). 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. Versão digital.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Solução de divergências no Mercosul. *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 124 (out./dez. 1994). Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1994. P. 155-167.

BARRAL, Welber. O protocolo de Olivos e o Mercosul. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 149-166, jan. 2002. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15336/13928>>. Acesso em: 05 jul. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.5007/15336>.

_____. Solução de controvérsias na Organização Mundial do Comércio. Brasília: FUNAG, 2007.

BORCHARD, Edwin M. The diplomatic protection of citizens abroad or The Law of International Claims. Nova Iorque: The Banks Law Publishing Co., 1916.

BRIERLY, James Leslie. The theory of implied State complicity in international claims. *British yearbook of International Law*, v. 9. London: Oxford University Press, 1928. P. 42-49.

BRIERLY, James Leslie; CLAPHAM, Andrew. Brierly's law of nations: an introduction to the role of international law in international relations. 7th edition. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BRIGGS, M. Herbert W. La protection des individus en droit international: la nationalité des réclamations. *Annuaire de l'Institut de Droit International*, tome 51, vol. I, 1965.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. *Droit international économique*. 3^e édition. Paris: Dalloz, 2007.

CASSESE, Antonio. *International Law*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2005.

CERVO, Amado Luiz; BUENO, Clodoaldo. *História da política exterior do Brasil*. 4ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012.

CHARNOVITZ, Steve. What is International Economic Law? *Journal of International Economic Law*. Vol. 14, Issue 1, March 2011. Oxford: Oxford University Press, 2011. P. 3-22.

CHOI, Won-Mog. The present and future of the investor-State dispute settlement paradigm. In: DAVEY, William J; JACKSON, John (eds.). *The future of International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p.287-309.

CIJ. Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Judgement of 24 May 2007). República da Guiné vs. República Democrática do Congo. Haia, 2007.

_____. Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Judgment, 5 February 1970). Bélgica v. Espanha. Haia, 1970.

_____. Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America). Order of 9 April 1998.

_____. Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989.

_____. Interhandel Case, Judgment of March 21st, 1959: I.C.J. Reports 1959.

_____. Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955: I.C. J. Reports, 1955.

COTTIER, Thomas. Dispute Settlement in the World Trade Organization: characteristics and structural implications for the European Union. In: COTTIER, Thomas. *The challenge of WTO law: collected essays*. London: Cameron May, 2007. P. 13-56.

CPJI. Mavrommatis Palestine concessions (judgement of 30 august 1924). Grécia vs. Grã-Bretanha. Haia, 1924.

_____. Panevezys-Saldutiskis railway case (judgement of 28 february 1939). Estônia vs. Lituânia. Haia, 1939.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DAVID, Eric. Primary and secondary rules. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon (eds.). *The law of international responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010. Part I, chapter 3. P. 27-33.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DOLZER, Rudolf. Diplomatic protection of foreign nationals. In: *Encyclopedia of Public International Law*. Vol. X. Amsterdã: Elsevier Science Publishers, 1988. P. 121-124.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

DUGARD, John. Diplomatic Protection. In: CRAWFORD, James; PELLET, Alain; OLLESON, Simon (eds.). *The law of international responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2010. Part V, chapter 73. P. 1051-1071.

DUNN, Frederick Sherwood. *The protection of nationals: a study in the application of international law*. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1932.

ELLES, Diana. Aliens and Activities of the United Nations in the Field of Human Rights. 7 *Revue des droits des l'homme/Human Rights Journal*, 291, 1974.

_____. International provisions protecting the human rights of non-citizens. Document E/CN.4/Sub.2/392/Rev.1. United Nations Publication, 1980.

EUSTATHIADES, Constantin. Les sujets du droit international et la responsabilité internationale: nouvelles tendances. In: *Recueil des cours de l'académie du droit international*, Vol. 84, 1953. p. 397-657.

FABBRICOTTI, Alberta. The Diplomatic Protection of Refugees by Their State of Asylum - A Few Remarks on the Exclusion of the State of Nationality of the Refugee from the Addressees of the Claim (February 12, 2009). *AWR Bulletin*, Vol. 43, No. 4, 2005, p. 266-272.

FARJADO, José Marcos Castellani. *Acordo Tripartite Itaipu-Corpus: ponto de inflexão entre a disputa geopolítica e a política de cooperação*. 2004. 180 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004.

FREEMAN, Alwyn V. Recent aspects of the calvo doctrine and the challenge of International Law. *The American Journal of International Law*, vol. 40, n.º 1 (Jan., 1946). P. 121-147.

GECK, W. K. Diplomatic protection. In: *Encyclopedia of Public International Law*. Vol. X. Amsterdã: Elsevier Science Publishers, 1988. P. 99-121.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Eduardo Biacchi. A supranacionalidade e os blocos econômicos. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 38, n. 0, 2003.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. 2nd edition. Oxford: Clarendon, 1994.

HEFFTER, August Wilhelm. *Droit International Public de l'Europe*. Trad. Jules Bergson. 1883.

HENRIQUES, Fabrício 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. 2016. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, 2016.

HERDEGEN, Matthias. International Economic Law. In: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Disponível em <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e837>. Acesso em 02/07/2017.

_____. *Principles of International Economic Law*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2016.

JACKSON, John Howard. *The world trading system: law and policy of international economic relations*. 2nd edition. Cambridge: MIT Press, 1997.

KEOHANE, Robert Owen. Problematic lucidity: Stephen Krasner's "State power and the structure of international trade". *World politics*, vol. 50, issue 01. 1997. P. 150-170.

KIRGIS, Frederic. International in American Courts: The United States Supreme Court declines to enforce the ICJ's Avena Judgement relating to a US obligation under the Convention on Consular Relation. *German Law Journal*, v. 9, n.5, pp. 619-638, 2008.

KOSKENNIEMI, Martti. *The politics of International Law*. Oxford: Hart, 2011.

KRASNER, Stephen. *Defending the national interest*. Princeton: Princeton University Press, 1978.

LAGARDE, Paul. *La nationalité française*, 1975.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 5a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LAUTERPACHT, Hersch. Règles Générales du Droit de la Paix. In: *Recueil des cours de l'académie du droit international*, Vol. 62, 1937. p. 95-422.

LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel. As "mutações convencionais" do acesso à justiça internacional e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA, 2017, p. 83-108.

LINDERFALK, Ulf. State Responsibility and the Primary-Secondary Rules Terminology: The Role of Language for an Understanding of the International Legal System. *Nordic Journal of International Law*, vol. 78, issue 1. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009.

MACEDO, Paulo Emílio Borges de. A compatibilidade latinoamericana do Mercosul. *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 10, n. 2, p. 451-484, out. 2008. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/408>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

_____. Uma comparação entre os conceitos de jus gentium em Francisco Suárez e Hugo Grócio. 2007. 395 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007.

MARINHO, Mônica Romero *et al.* Regulação do comércio internacional. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

MATSUSHITA, Mitsuo; SCHOENBAUM, Thomas J.; MAVROIDIS, Petros C. *The World Trade Organization: law, practice and policy*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2006.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público. Volumes I e II*. 15ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MESSARI, Nizar; NOGUEIRA, João Pontes. *Teoria das Relações Internacionais: correntes e debates*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

MORAES, Henrique Choer. A atuação internacional do Estado em benefício de interesses privados: uma análise jurídica da formação da "micropolítica" externa. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 45, n. 2, Dec. 2002. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2002. P. 114-134.

MORAVCSIK, Andrew. Taking preferences seriously: a liberal theory of international politics. *International Organization*, v. 51 (4). 1997. P. 513-553.

MURASE, Shinya. Perspectives from international economic law on transnational environmental issues (Volume 253). In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Leiden: Brill | Nijhoff, 1995.

O'CONNELL, Daniel Patrick. *International Law*. Londres: Stevens & Sons, 1970.

OPPENHEIM, L. F. L. *International law: a treatise*. Vol. 1. Peace. Londres: Longmans, 1905.

ONU. *Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries*. Nova Iorque, 2006. Disponível em http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf.

_____. Report of the International Law Commission on its Fifty-sixth session. Nova Iorque, 2004. Disponível em http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/59/10%28SUPP%29.

_____. Reports of international arbitral awards, 2006.

_____. Yearbook of the International Law Commission. Vol. 1. 1997.

PALMETER, David; MAVROIDIS, Petros C. Dispute settlement in the World Trade Organization: practice and procedure. 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

PAPARINSKIS, Martins. The international minimum standard and fair and equitable treatment. Oxford: Oxford University Press, 2013.

PARLETT, Kate. The individual in the international legal system: continuity and change in international law. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

PARRY, Clive. Some considerations upon the protection of individuals in international law (Volume 90). In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Leiden: Brill | Nijhoff, 1956.

PELLET, Alain. La seconde mort d'Euripide Mavrommatis? notes sur le projet de la c.d.i. sur la protection diplomatique In: *Droit Du Pouvoir, Pouvoir Du Droit Mélanges offerts à Jean Salmon*. Bruxelles: Bruylant, 2007. Disponível em [http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20-%202007%20-%20Seconde%20mort%20d'Euripide%20Mavrommatis%20\(M%C3%A9langes%20Salmon\).pdf](http://www.alainpellet.eu/Documents/PELLET%20-%202007%20-%20Seconde%20mort%20d'Euripide%20Mavrommatis%20(M%C3%A9langes%20Salmon).pdf).

PERGANTIS, Vasileios. Towards a “humanization” of diplomatic protection? *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 66, 2006. P. 351-399.

PIZZOL, Scheron. A influência das decisões da Corte Internacional de Justiça para o direito de comunicação consular. *Revista Eletrônica de Direito Internacional, CEDIN*, pp. 693-723, v. 1, 2 sem., 2007. Disponível em <<http://www.cedin.com.br>>.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

PUTNAM, Robert. Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games. *International Organization*, v. 42, n. 3, 1988.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional dos direitos humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Versão epub.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição, soberania e Mercosul. *Revista de Informação Legislativa*, a. 35, n. 139 jul./set. 1998. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1998. P. 283-304.

SCELLE, Georges. Règles générales du droit de la paix (Volume 46). In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Leiden: Brill | Nijhoff, 1934.

SCHOENBAUM, Thomas J. WTO dispute settlement: praise and suggestions for reform. *The International and Comparative Law quarterly*, vol. 47, n° 3 (jul., 1998). 1998. P. 647-658.

SCHWARZENBERGER, Georg. The principles and standards of international economic law (Volume 117). In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Leiden: Brill | Nijhoff, 1966.

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz. International economic law: general course on public international law (Volume 198). In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Leiden: Brill | Nijhoff, 1986.

SHAPOVALOV, Aleksander. Should a Requirement of Clean Hands Be a Prerequisite to the Exercise of Diplomatic Protection - Human Rights Implications of the International Law Commission's Debate, 20 *Am. U. Int'l. L. Rev.* 829, 2005. P. 829-866.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. Seventh edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. Versão digital.

SIMMA, Bruno. From bilateralism to community interest in international law (Volume 250). In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Leiden: Brill | Nijhoff, 1994.

SKINNER, Quentin. Meaning and understanding in the History of Ideas. *History and Theory*, vol. 8, no. 1 (1969). New Jersey: Wiley, 1969. P. 3-53.

SUSANI, Nadine. Dispute Settlement. In: FRANÇA FILHO, Marcílio Toscano; LIXINSKI, Lucas; GIUPPONI, María Belén Olmos (eds.). *The Law of MERCOSUR*. Oxford: Hart, 2010. P. 73-86.

SZUCKO, Angélica Saraiva. A inércia constitucional nos processos de integração – o método do path dependence aplicado aos casos da União Europeia e do Mercosul. *Debater a Europa*, n. 16, jan/jun, 2017.

TIBURCIO, Carmen. *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*. 1ª ed. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*. 2ª ed. Atualizada. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____. *The access of individuals to international justice*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. O MERCOSUL e as linhas gerais de seu sistema de solução de controvérsias. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, ano 4, n° 8, agosto 2016. Assunção: Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão, 2016. Pp. 113-135.

_____. Regionalismo, multilateralismo, o Mercosul e a OMC: o rinoceronte do sul e a manada. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

VATTEL, Emer de. Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains. Tomo I. Londres, 1758.

VERMEER-KÜNZLI, Anna Maria Helena. The protection of individuals by means of diplomatic protection: diplomatic protection as a human rights instrument. 2007. 250 f. PhD thesis (PhD in Public International Law) – Universiteit Leiden, 2007. Disponível em: <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/12538/proefschrift%20vermeer%20binnenwerk.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 12/07/2017.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia: os desafios de uma associação inter-regional. Barueri: Manole, 2003.

WALTER, Christian. In: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Disponível em <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1476>. Acesso em 27/07/2017.

WEIL, Prosper. Le droit international en quete de son identité: cours général de droit international public. Recueil des cours, Volume 237 (1992-VI), p. 9-370.

WEISSBRODT, David. The human rights of non-citizens. Oxford: Oxford University Press, 2008.

WYLER, Eric. La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international. Genebra: Graduate Institute Publications, 1990.

XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. As (in)definições de investimento estrangeiro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). Direito Internacional dos Investimentos. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11-43.