

CONTRIBUTO PARA A COMPREENSÃO DO INSTITUTO DA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA EM FACE DA VIOLAÇÃO DAS NORMAS DE *JUS COGENS*

Túlio Vieira de Aguiar,
Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra,
<https://orcid.org/0000-0002-7667-5085>

Contribution to the comprehension
of diplomatic protection against the
violation of the *jus cogens* norms

Data de submissão:

11/02/2022

Data de aceite:

26/05/2022

RESUMO

A presente pesquisa propõe a análise minuciosa do instituto da proteção diplomática e sua relação com as normas de *jus cogens*. De forma introdutória, procura-se definir acuradamente as figuras jurídicas em questão. Através das seções desenvolvidas é possível perceber a natureza e finalidade jurídica das normas *iuris cogens* e da proteção diplomática na mesma medida em que compreende-se o processo de humanização do Direito Internacional e seus corolários para as relações internacionais. Após a assimilação dos conteúdos expostos, procura-se defrontar aspectos do Direito Internacional clássico – estes majoritariamente voltados para questões soberanas – e do Direito Internacional contemporâneo – estes notadamente mais preocupados com o ser humano e seu posicionamento no plano internacional –; para que, desta forma, seja possível auferir conclusões acerca da possibilidade do afastamento da discricionariedade inerente ao instituto da proteção diplomática em decorrência da violação de uma norma peremptória de Direito Internacional geral. Através da contraposição dos preceitos da proteção diplomática e das normas de *jus cogens* – em especial o *dictum* de que os Estados devem cooperar através de qualquer meio legal para pôr um fim em sua violação –, evidencia-se que, apesar de ser utilizada como um meio efetivo para proteção dos Direitos Humanos, a proteção diplomática demonstra não representar um Direito Humano *pur sang*. Ademais, ante o



processo de humanização do Direito Internacional, certas particularidades inerentes à proteção diplomática demonstram estar antiquadas perante o plano internacional contemporâneo. Portanto, o objetivo do presente estudo é explorar os limites da discricionariedade característica do instituto da proteção diplomática através da eventualidade da violação de uma norma de *jus cogens*.

Palavras-chave: Proteção diplomática; humanização do Direito Internacional; normas de *jus cogens*; Direitos Humanos.

Abstract

This research proposes a detailed analysis of the institute of diplomatic protection and its relationship with the humanization process of International Law and with the norms of *jus cogens*. In an introductory way, its pursued an accurately definition of the legal figures in question. Through the sections developed, it is possible to perceive the nature and legal purpose of the *iuris cogentis* norms and of diplomatic protection as much as the humanization process of International Law and its corollaries for international relations is understood. After assimilating the exposed contents, aspects of classical International Law - these mostly focused on sovereignty issues - and contemporary International Law - these notably more concerned with human beings and their position at the international context - are confronted; in this way, it becomes possible to draw conclusions about the possibility of modifying the discretionary aspects inherent to the institute of diplomatic protection as a result of the violation of a peremptory rule of general International Law. Through the contraposition of the precepts of diplomatic protection and the norms of *jus cogens*- in particular the *dictum* that States must cooperate through any legal means to put an end to its violation-, it becomes evident that despite being used as an effective mean for the protection of Human Rights, diplomatic protection does not represent a Human Right *pur sang*. Furthermore, given the humanization process of International Law, certain peculiarities inherent to diplomatic protection have proven to be antiquated when confronted with the contemporary international scenario. Therefore, the main aim of this research is to explore the limits of the discretionary aspects inherent to the institute of diplomatic protection through the eventuality of a violation of a norm of *jus cogens*.

Keywords: Diplomatic protection; humanization of International Law; norms of *jus cogens*; Human Rights.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O instituto da proteção diplomática como mecanismo de proteção aos Direitos Humanos abrange mas exclui, é um processo paradoxal de salvaguarda e efetividade na mesma medida em que o é em matéria de exclusão discricionária. Isso se dá devido à complexa

A presente pesquisa visa analisar as características da proteção diplomática, avaliando as condições essenciais para que um Estado possa exercê-la e suas recentes reformulações perante o cenário internacional; dando especial ênfase às particularidades do instituto frente à violação de normas *jus cogens*.

dinâmica das relações internacionais, o que implica uma aproximação de interesses soberanos e daquilo que é possível realizar sem grandes infortúnios a critérios de conveniência e oportunidade intrínsecos ao próprio Estado. A presente pesquisa visa analisar as características da proteção diplomática, avaliando as condições essenciais para que um Estado possa exercê-la e suas recentes reformulações perante o cenário internacional; dando especial ênfase às particularidades do instituto frente à violação de normas *jus cogens*.

2. CONCEITO, MODO DE EXERCÍCIO E CONDIÇÕES DE APLICABILIDADE

A proteção exercida por uma soberania em relação a seus nacionais no estrangeiro possui ao menos duas modalidades: I) a assistência de caráter geral, realizada pelo corpo de funcionários de uma missão, comumente sob o intuito de facilitar e auxiliar a estada dos concidadãos no país da missão diplomática; e II) a proteção diplomática exercida em favor dos nacionais de uma determinada soberania, e por esta soberania apenas, quando tenham sofrido dano resultante de um ato realizado por um Estado estrangeiro.¹

Quanto a esta segunda modalidade, no que tange a responsabilidade internacional dos Estados, a doutrina esclarece a existência de dois pilares basilares ao discutir-se um dano causado a um indivíduo: a realização de um ato ilícito internacional por um Estado em conjunção à letargia do poder de observância por parte de seus órgãos públicos (executivo, legislativo e judiciário); e a faculdade dada ao Estado ao qual o indivíduo possuía vínculo efetivo de nacionalidade em assumir sua reclamação.²

Em bom rigor, o dano sofrido pelo Estado diretamente – ou por seus agentes públicos – não é o único cuja reparação pode ser pleiteada internacionalmente; a teoria da proteção diplomática viabiliza aos Estados um efetivo processo jurídico-internacional para reclamações jurídicas. O instituto refere-se intimamente à proteção em favor de particular – indivíduo ou empresa – que frente à discrepância de

¹ Dupuy refere-se a estas modalidades de proteção estatal – respectivamente – como proteção diplomática não-contenciosa e proteção diplomática contenciosa. DUPUY, 1998, p. 120. | ACCIOLY, 2012, pp. 767-774.

² SHAW, 2008, p. 808. | FERRÃO, 2008, pp. 341-395.

poderes existente entre este e um Estado estrangeiro, recebe o auxílio de seu Estado de origem.^{3 4}

A proteção diplomática apenas deve ser exercida em benefício de indivíduos que tenham sofrido danos decorrentes de violações de direitos e não em benefício de meros interesses ou expectativas econômicas. No tocante ao dano, é necessário averiguar uma relação de causalidade adequada entre o descumprimento de uma norma ou preceito de Direito Internacional e a lesão causada por esta violação.⁵

O que se busca com este instituto, na verdade, é a solução transnacional de conflitos de maneira que permaneçam resguardados o princípio da soberania estatal e o dever protetivo do Estado em relação a seus cidadãos no estrangeiro. Efetivamente, Diez de Velasco aponta-nos ao menos três finalidades para o instituto: I) prevenir a violação de normas internacionais relativas a estrangeiros; II) fazer cessar uma atividade de caráter ilícito; ou, III) obter uma reparação.⁶

O indivíduo sob a qualidade de estrangeiro depende juridicamente da incidência de dois poderes: o do país de residência – decorrente do vínculo material resultante do fato de sua permanência em território alheio -; e o do país ao qual é nacional – decorrente do vínculo orgânico que liga todo cidadão a seu Estado -.

Em teoria, ambos devem coexistir em harmonia. Na medida em que o primeiro observe e faça valer os direitos e prerrogativas

³ RUZÍÉ, 1997, p. 68. | REZEK, 2018, pp. 342-343. | MAZZUOLI, 2007, p. 462. | ALMEIDA, 2003, pp. 329-330. | COMBACAU, 1997, p. 528.

⁴ Apesar do encaminhamento do Direito Internacional Público em direção a um momento em que os indivíduos possam atuar e pleitear internacionalmente sem o auxílio estatal, permanece o entendimento de que – ante as circunstâncias contemporâneas – apenas através do intermédio do Estado torna-se possível a obtenção da totalidade dos benefícios disponíveis perante as normas do *jus gentium*. SHAW, 2008, p.809.

⁵ De acordo com Mazzeschi: “ (...) diplomatic protection have always been considered as secondary norms with respect to the breach of the primary norms on the treatment of aliens”. MAZZESCHI, 2009, pp. 211-233. | FERRÃO, 2008, pp. 341-395.

⁶ De acordo com o entendimento da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas: “ (...) diplomatic protection consists of the invocation by a state, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another state for an injury caused by an internationally wrongful act of that state to a natural or legal person that is a national of the former state with a view to the implementation of such responsibility.” CDI. (2006). Yearbook of the International Law Commission. p. 24. Vol II, part two. | Cfr. Diez de Velasco: “La acción de un gobierno ante otro gobierno extranjero para reclamar respecto de sus nacionales o, excepcionalmente, de otras personas, el respeto al Derecho Internacional o para obtener ciertas ventajas a su favor”. DIEZ, 1997, p. 922.

O termo “proteção diplomática” advém de um contexto de simples compreensão, fácil ilustração e imenso valor. O fenômeno deriva da situação em que o peregrino vitimado pelo poder de um Estado estrangeiro não consegue resistir a suas arbitrariedades e acaba por solicitar apoio à legação diplomática de sua bandeira.

fundamentais garantidos pelo Direito das Gentes⁷ (liberdade individual, propriedade privada⁸, segurança pessoal, etc); não será necessária a atuação do segundo a título de interferência e para que se faça velar os direitos inerentes a seus cidadãos.⁹

Outrossim, o inverso também é verídico: caso o estrangeiro seja tratado de maneira diversa àquela condizente com as normas do Direito Internacional, caberá ao Estado de que é nacional a faculdade de exercer a proteção diplomática em desfavor da soberania que tenha violado as prerrogativas individuais de seu cidadão.^{10 11}

Com efeito, a observância tida por uma soberania em relação aos direitos fundamentais dos estrangeiros é inversamente proporcional à sua probabilidade de exposição a reclamações diplomáticas de outros Estados.

Faz-se oportuno destacar que a proteção diplomática não será exercida apenas em favor daqueles que possuam alguma espécie de conexão voluntária com o Estado estrangeiro.¹²

O termo “proteção diplomática” advém de um contexto de simples compreensão, fácil ilustração e imenso valor. O fenômeno deriva da situação em que o peregrino vitimado pelo poder de um Estado estrangeiro não consegue resistir a suas arbitrariedades e acaba por solicitar apoio à legação diplomática de sua bandeira.¹³

O instituto tem sido tema de intensa discussão e tentativa de codificação e desenvolvimento progressivo pela Comissão

⁷ O instituto da proteção diplomática expandiu ao ponto de incluir sob seu escopo *ratione materiae* os Direitos Humanos Internacionais. SHAW, 2008, p. 809. | BENNOUNA, 2009, pp. 481-486.

⁸ “Parce qu’elle a été principalement utilisée à sete fin, la protection diplomatique a été traditionnellement présentée comme une institution ayant pour vocation d’assurer la défense des droits patrimoniaux des ressortissants d’un Etat, victimes à l’étranger d’un traitement contrevenant au respect du « standard minimum ».” FLAUSS, 2003, pp. 29-61.

⁹ MENÉDEZ, 1995, pp. 455-456. | DAILLIER, 2002, pp. 500-501.

¹⁰ “(...) there is no universal consensus on the rights and freedoms which are fundamental, even among civilized nations. In some developing countries a higher premium is put on economic growth than on protection of individual rights (...).” BINGHAM, 2011, p. 68.

¹¹ CONDORELLI, 2003, pp. 3-28.

¹² Nesta perspectiva, imaginemos a situação hipotética em que um cidadão do Estado A, que não possui interesses econômicos no exterior e nunca deixou o solo pátrio, mas cuja residência tenha sido destruída pela queda de um satélite lançado em órbita pelo Estado B. Não seria razoável, pois, a necessidade de comprovação de uma conexão voluntária entre o cidadão e a soberania estrangeira para que o Estado pudesse conceder-lhe a proteção diplomática; tampouco seria necessário o prévio esgotamento das instâncias administrativas ou judiciárias existentes no Estado B. REZEK, 2018, p. 350.

¹³ *Ibid.* p. 343

de Direito internacional das Nações Unidas desde 1998 e as normas que o regulam advêm do Direito Consuetudinário.¹⁴

Neste sentido, e em consonância com o entendimento clássico do Direito Internacional Público, o Estado exerce tutela sob seu cidadão como se a violação de direito executada em desfavor deste houvesse acometido sua honra; digo, o indivíduo é o lesado de fato e o Estado é o lesado *de iure*.^{15 16}

No momento em que um cidadão da soberania “A” sofra dano praticado por um dos sujeitos de Direito Internacional Público, esta mesma injúria acaba por afetar “indiretamente” o Estado de sua nacionalidade, que, por sua vez, possui a faculdade de pleitear a reparação completa do dano sofrido por seu nacional.^{17 18}

Como bem sabemos, o indivíduo – salvo casos particulares decorrentes de raras convenções internacionais – não possui capacidade plena para intentar uma ação internacional em desfavor de uma soberania. Assim sendo, o instituto justifica-se na medida em que possibilita ao estrangeiro, certo de que é vítima de um ato que considera contrário ao Direito Internacional, buscar a reparação do dano através dos meios jurídico-internacionais ou mesmo diplomáticos e arbitrais.¹⁹

A questão deixa de ter respaldo no Direito interno do Estado causador do dano e passa a ser de Direito Internacional.

¹⁴ FERRÃO, 2008, pp. 341-395. | CARRIÓN, 2002, p. 292.

¹⁵ MENÉDEZ, 1995, pp. 455-456. | DAILLIER, 2002, pp. 500-501. | FERRÃO, 2008, pp. 341-395. | ALMEIDA, 2003, p. 330. | CARRIÓN, 2002, p. 293. | BURGOS, 2008, p. 327-353.

¹⁶ Oportuno se faz mencionar o clássico *dictum* da CPJI no caso conhecido como *Mavrommatis Palestine Concessions*. Após decisão da Corte, restou cristalino o entendimento de que o Estado ao endossar o particular e utilizar-se do instituto da proteção diplomática em favor deste, não atua como representante de seu cidadão, mas sim, em defesa de seu próprio direito de ter as prerrogativas fundamentais de seus nacionais resguardadas perante o Direito das Gentes, mesmo em território estrangeiro. “C’est en principe élémentaire du droit Internationale que celui qui autorise l’État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n’ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires”. BERNHARDT, 2014, pp. 182-185. | SHAW, 2008, p.810. | DUPUY, 1998, pp. 120-121. | FERRÃO, 2008, pp. 341-395. | DIEZ, 1997, p. 924. | CUCOS, 2014, pp. 181-196.

¹⁷ PERGANTIS, 2005, pp. 351-397.

¹⁸ Em sede de jurisprudência arbitral, este entendimento resta consubstanciado pela sentença proferida no contencioso internacional entre o Reino Unido e o Marrocos: “(...) *Du moment que l’État auquel appartient le réclamant intervient diplomatiquement en faveur de son ressortissant, en faisant valoir soit des droits conventionnels (par exemple, un traité d’établissement ou de capitulations, etc.), soit des principes du droit des gens régissant en dehors des traités les droits des étrangers, une nouvelle réclamation d’État a État est née. Cette réclamation, bien qu’elle se rattache matériellement à la réclamation du particulier, a un caractère entièrement différent de celle-ci*”. *Recueil des sentences arbitrales Vol II, 1949. p. 633.*

¹⁹ COMBACAU, 1997, p. 529. | DIEZ, 1997, p. 314.

É oportuno mencionar que o emprego unidirecional e tendencioso do instituto da proteção diplomática sob o intuito de resguardar ou privilegiar um determinado número de Estados dos eventuais riscos inerentes ao empreendimento de negócios em países em via de desenvolvimento gerou fortes reações, sobretudo, na América Latina.

O judiciário desta soberania ao manifestar-se acerca de certa questão jurídica levantada pelo estrangeiro, e mesmo agindo de acordo e em conformidade com sua legislação interna, pode, por vezes, estar a aplicar preceitos eivados de certa iniquidade perante os pressupostos do Direito Internacional – sobretudo no que toca o tratamento assegurado por este ramo aos estrangeiros. Nestes casos, em que o tribunal local apenas possui autoridade para aplicar o Direito interno ou a mera interpretação do Direito Internacional unilateral, a referida questão jurídica – através do instituto da proteção diplomática – deverá ser apreciada e avaliada não de acordo com o ordenamento interno do Estado supostamente autor de ilícito internacional danoso, nem, tampouco, pelo ordenamento do Estado ao qual a vítima é nacional; mas sim, por disposições de Direito Internacional Público, estas presumidamente imparciais.²⁰

É bem verdade que o fenômeno paulatinamente tornou-se eivado de certo teor político. Como afirma Rezek “o particular, objeto da proteção diplomática, vinha a ser cada vez mais a empresa e menos o indivíduo”; não era de todo incomum que o Estado “causador do dano” – comumente localizado no hemisfério sul – estivesse, via de regra, em desenvolvimento e que o Estado outorgante da proteção diplomática figurasse dentre as nações que compõem o núcleo da economia global.

É oportuno mencionar que o emprego unidirecional e tendencioso do instituto da proteção diplomática sob o intuito de resguardar ou privilegiar um determinado número de Estados dos eventuais riscos inerentes ao empreendimento de negócios em países em via de desenvolvimento gerou fortes reações, sobretudo, na América Latina. Neste compasso, cabe mencionar a primeira reação latino americana ao unidirecionalismo da proteção diplomática: a doutrina e cláusula Calvo. Proposta pelo então Ministro das Relações Exteriores argentino, Carlos Calvo; trata-se de ideia fundada na refutação do prestígio de mecanismos do Direito Internacional Público que – na prática – acabavam por privilegiar um diminuto número de Estados.²¹ Em 1868 foi estatuído pelo governo argentino, tanto para os estrangeiros quanto para os nacionais, que as cortes locais deveriam

²⁰ COMBACAU, 1997, pp. 529-530.

²¹ REZEK, 2018, p. 352.

configurar como as únicas vias de solução de litígios entre particular e administração. Assim sendo, por muito tempo figurou em contratos de concessão e semelhantes uma cláusula de renúncia prévia à proteção diplomática. Buscou-se, pois, a proibição do endosso por parte do Estado estrangeiro frente ao inconformismo de seus cidadãos em relação à determinada decisão arbitrária realizada pelo governo argentino (ou demais governos que posteriormente vieram à adotar a cláusula).²² Nos casos em que a soberania estrangeira não se recusasse a efetivar a proteção diplomática em favor de seu nacional, esta era tida como nula, logo, seria ignorada. A problemática da questão recai sobre o fundamento de que a proteção diplomática não é direito do particular mas sim do Estado, sendo este o detentor da prerrogativa de endossar o particular caso assim decida. Por conseguinte, restou estabelecido o fato de que a cláusula Calvo configura uma renúncia de direito alheio ao cidadão ou empresa.²³

É precisamente por se tratar de um Direito do Estado em detrimento de uma prerrogativa de seus súditos que restam concebíveis – perante o Direito das Gentes – instrumentos internacionais como o Tratado de Roma de 4 de novembro de 1950 para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais e a consequente justaposição de um sistema próprio de proteção que resultou na não adequação do instituto da proteção diplomática como via para a solução de conflitos entre Estados partes.²⁴

A outorga da proteção diplomática em favor de um cidadão ocorre através do endosso. O ato significa a assunção da reclamação por parte do Estado tornando-a sua. Este predispõe-se à solução da matéria em pé de igualdade frente à soberania autora do ato ilícito através de composição proporcionada por qualquer meio diplomático ou político que possa propiciar a solução da controvérsia; não sendo, portanto, imperiosa a resolução mediante instância judicial ou arbitral.²⁵

²² REZEK, 2018, p. 352. | DIEZ, 1997, p. 925.

²³ Conforme Rezek, Ferrão, Combacau, Sur, Azevedo Soares e Rousseau, a pessoa lesada não pode renunciar à proteção diplomática. REZEK, 2018, p. 352. / FERRÃO, 2008, pp. 341-395. | COMBACAU, 1997, pp. 530-531. | AZEVEDO, 1996, pp. 322-323. | ROUSSEAU, 1953, pp. 369-370.

²⁴ DIEZ, 1997, p. 925.

²⁵ Observada a razoabilidade, o Estado pode predispor-se à resolução da questão através: da negociação; da mediação; dos procedimentos arbitrais; das notas diplomáticas; das pressões econômicas; da jurisdição internacional; etc. Contudo, na prática internacional observa-se uma clara preferência aos meios não-contenciosos em detrimento das vias judiciárias ou arbitrais. RUZÍÉ, 1997, p. 69. | SHAW, 2008, p. 809. | LEIGH, 1971, pp. 453-475. | FERRÃO, 2008, pp. 341-

O Estado não age como um representante de seu nacional mas sim em seu próprio direito de proteção ao seu povo no estrangeiro, resguardando, também, alguns de seus próprios interesses como a expectativa legítima de que as normas de Direito Internacional sejam respeitadas e a garantia de que certos acordos internacionais sejam cumpridos, ambos, naturalmente, em favor de seus nacionais.

A concessão do endosso é prerrogativa do Estado, portanto, ato discricionário a ser concedido mediante conveniência e oportunidade.²⁶ Fica facultada – no sentido de conceder-lhe a proteção diplomática – a liberdade para atender ou não o pedido de determinado nacional. De igual forma, o Estado pode concedê-la sem que haja solicitação alguma por parte de seu cidadão e mesmo contra a vontade deste. Conquanto, o mais comum é que os Estados apenas venham a ter conhecimento do dano através da solicitação do instituto pelo particular.^{27 28}

O Estado não age como um representante de seu nacional mas sim em seu próprio direito de proteção ao seu povo no estrangeiro, resguardando, também, alguns de seus próprios interesses como a expectativa legítima de que as normas de Direito Internacional sejam respeitadas e a garantia de que certos acordos internacionais sejam cumpridos, ambos, naturalmente, em favor de seus nacionais.^{29 30}

No que diz respeito aos efeitos jurídicos do endosso; o Estado torna-se *dominus litis* da demanda. Em outros termos, este figura – para todos os efeitos – como verdadeiro demandante da lide; devendo decidir a priori a forma a qual convém-lhe abordar a questão; e podendo utilizar da arbitragem, dos meios diplomáticos e da via judi-

395. | BARKER, 2009, pp. 156-157.

²⁶ “(...) constitue un Droit de l’État et non des individus pour qui elle est une faculté: ceux-ci ne peuvent y renoncer conventionnellement et l’État jouit d’un pouvoir discrétionnaire dans l’exercice de la protection diplomatique” RUIZÉ, 1997, p. 69. | WARBRICK, 2002, pp. 723-733. | COMBACAU, 1997, p. 531 | DIEZ, 1997, p. 923. | BURGOS, 2008, pp. 327-353.

²⁷ Verdaderamente o Estado pode exercer a proteção diplomática em favor de um nacional sem a anuência deste; contudo, cabe salientar que o endosso da causa pode ser frustrado pelo nacional – caso assim deseje – através da não-exaustão dos recursos internos oferecidos pela soberania autora de suposto ato ilícito internacional; uma vez que o esgotamento destes representa condição *sine qua non* para o endosso da causa e o indivíduo não pode ser compelido à solicitá-los. CUCOS, 2014, pp. 181-196.

²⁸ Embora os procedimentos de exercício da proteção diplomática sejam variados, o usual é que o estrangeiro lesado recorra às autoridades diplomáticas de sua bandeira. Estes entes diplomáticos – sob diretrizes de seu Estado – comumente apresentam uma reclamação formal ao Estado autor de suposto ato ilícito internacional. A reclamação formal não configura um pré-requisito para a utilização de outros meios para solução de controvérsias internacionais, mas, tão somente, um ato fundamentado na mera cortesia internacional e no respeito aos mecanismos internos – administrativos e jurídicos – capazes de solucionar a lide. Se, porventura, não houver uma resposta satisfatória à reclamação, poderá, o Estado reclamante, recorrer aos meios pacíficos para a solução de conflitos internacionais sob a finalidade de obter uma resolução satisfatória e de acordo com as disposições do Direito Internacional. DIEZ, 1997, pp. 927-928. | REZEK, 2018, p. 344. | FERRÃO, 2008, pp. 341-395.

²⁹ LEIGH, 1971, pp. 453-475. | BURGOS, 2008, pp. 327-353. | BARKER, 2009, pp. 156-157.

³⁰ Todavia, conforme a teoria da sobreposição do direito substantivo do indivíduo e do direito processual da proteção diplomática do Estado nacional, entende parte da doutrina que não há uma justaposição do direito Estado em relação ao do indivíduo; mas sim a existência de dois direitos distintos: o direito processual do Estado e o direito substantivo do indivíduo. FERRÃO, 2008, pp. 341-395. | COMBACAU, 1997, p. 530.

ciária para satisfazer suas pretensões. De igual maneira, o Estado fica desobrigado à consulta de seu nacional para tomada de decisões envolvendo a demanda, sendo lícito agir a seu exclusivo critério.³¹

Em rigor, sob a ótica do Direito Internacional o instituto da proteção diplomática regula intimamente as relações entre Estados; restando as questões inerentes à relação entre estes e seus súditos regulada por seu Direito interno. De fato, o Estado – desde que observados os limites inerentes ao próprio Direito das Gentes – pode utilizar-se do supramencionado instituto através dos meios que julgue pertinente e na medida em que achar necessário. Na hipótese em que a pessoa física ou jurídica endossada por seu Estado pátrio sinta que não está sendo protegida satisfatoriamente, cabe ressaltar que não há preceito de Direito Internacional que possibilite a cessação unilateral do pleito ou mesmo alguma espécie de influência no que tocam as negociações.³²

A sensu contrario, nada impede que o Direito interno das soberanias regule o modo de exercício e cessação da proteção diplomática. Nestes casos específicos, restaria possibilitado o recurso – por parte do nacional endossado e insatisfeito com a proteção internacional exercida por seu Estado – às vias judiciárias internas a título de sobrestar o paládio soberano ou garantir sua efetividade.³³

Resta dizer que o Estado, ao exercer a proteção diplomática, responsabiliza-se por qualquer consequência resultante do ato, seja de caráter pecuniário ou político.

A seguir, serão abordados os pressupostos *sine qua non* para a concessão da proteção diplomática, nomeadamente: nacionalidade e esgotamento dos recursos internos.

2.1 Da nacionalidade

Dado que o Direito Internacional – talvez mais que outros ramos do Direito – evolui de acordo com o contexto global em que está inserido; e através das relações entre as soberanias e a forma como estas percebem umas às outras, poder-se-ia dizer que a nacionalidade e suas particularidades – sob a ótica do Direito Internacional – similarmente derivam desta dinâmica entre Estados.³⁴

³¹ MENÉDEZ, 1995, pp. 455-461. | ACCIOLY, 2012, pp. 767-774. | MAZZUOLI, 2007, p. 462. | AZEVEDO, 1996, p. 319. | ROUSSEAU, 1953, pp. 368-369. | BARKER, 2009, pp. 156-157.

³² BARKER, 2009, pp. 156-157. | CARRIÓN, 2002, p. 293.

³³ CARRIÓN, 2002, p. 293.

³⁴ LEIGH, 1971, pp. 453-475.

Em sua concepção mais simplória, nacionalidade significa o vínculo jurídico que representa o liame entre o Estado e seu cidadão.³⁵ Conquanto, como bem nos esclarece Leigh, a natureza jurídica deste vínculo modificou-se consideravelmente conforme o passar do tempo; ou seja, sua concepção teórica não é estática e a probabilidade de que continue mutável é alta.³⁶

Em via de regra, a proteção diplomática somente poderá ser exercida pelo Estado em favor de seus nacionais: trata-se da condição patrial da pessoa física ou jurídica.^{37 38}

Antes de outorgar o endosso, o Estado deve apurar a nacionalidade contínua de seu cidadão. Em virtude da possibilidade de modificação no que tange o *status* de nacional, faz-se necessária, não só a averiguação do vínculo patrial entre indivíduo e Estado no momento

³⁵ Cfr. Diez de Velasco, nacionalidade significa: "(...) un vínculo que liga a un individuo con una determinada organización política estatal, determinando la pertenencia jurídica de una persona a la población de un Estado." DIEZ, 1997, p. 622. | BRITO, 2014, p. 622.

³⁶ LEIGH, 1971, pp. 453-475. | DIEZ, 1997, p. 622.

³⁷ É emblemático neste seguimento o caso conhecido como *Barcelona Traction (Bélgica V. Espanha)*. A empresa canadense *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* operava em território espanhol e possuía majoritariamente acionistas belgas. Devido à conjuntura política da época, a empresa sofreu diversas expropriações de recursos e desapropriações de terras, o que, naturalmente, a levou à falência. Em face do ocorrido, e sentindo-se prejudicado, o Estado belga – através da proteção diplomática – recorreu à Corte Internacional de Justiça sob o intuito de requerer devidas reparações a seus nacionais. A Corte de Haia, após minuciosa observância do que lhes foi apresentado, constatou a ilegitimidade da Bélgica para requerer em juízo o direito de reparação destes acionistas. Isto porque, a prerrogativa de defesa através da proteção diplomática de pessoas jurídicas pertence à soberania em que vigora a ordem jurídica estatal que as subordina; neste caso em específico, o Canadá. Corte Internacional de Justiça. (1970). *Bélgica V. Espanha*. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf> | DECAUX, 1997, p. 133. | DUPUY, 1998, p. 70. | COMBACAU, 1997, pp. 532-533.

³⁸ O problema relativo à determinação da nacionalidade das pessoas jurídicas ante o Direito Internacional recai nos diversos critérios doutrinários e legislativos existentes, tais como: seu local de constituição, de exploração econômica ou do país que autoriza sua constituição; ou seu domicílio social. Não obstante, parte minoritária da doutrina defende critérios menos triviais como o local da nacionalidade dos sócios ou o local de sua direção efetiva ou da maioria de seu capital social. Entretanto, de acordo com a porção majoritária da doutrina e em consonância com o entendimento da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas; em se tratando de pessoas jurídicas, ter-se-á em conta a ordem jurídica estatal que as subordina, ou seja, o foro de sua constituição. Em relação à necessidade – ou não – da verificação da nacionalidade contínua, digo, sobre a (im)prescindibilidade da averiguação da existência de um vínculo patrial entre a pessoa jurídica e o Estado, tanto no momento do perjuízo quanto no momento da assunção de sua reclamação, determina a CDI: "A State is entitled to exercise diplomatic protection in respect for a corporation that was national of that State or its predecessor State continuously from the date of injury to the date of the official presentation of the claim. Continuity is presumed if that nationality exists at both these dates". Todavia, deve-se atentar à exceção contida no art. 10-2 do projeto de artigos expedido pela CDI; a título de exceção, o Estado poderá exercer a proteção diplomática em favor de pessoas jurídicas quando estas, apesar de disporem da nacionalidade de sua pátria no momento do dano, extinguíram-se de acordo com a legislação interna de sua soberania. DECAUX, 1997, p. 133. | FERRÃO, 2008, pp. 341-395. | DIEZ, 1997, p. 623. | CARRIÓN, 2002, p. 295. | ROUSSEAU, 1953, p. 365.

em que se sucedeu o dano provocado pela soberania estrangeira; como também, a permanência ininterrupta deste vínculo no momento da reclamação.^{39 40}

Estar-se à diante de regra costumeira de Direito Internacional Público essencial à outorga do endosso. Logo, o direito de exercer a proteção diplomática baseia-se no elo entre a nacionalidade do indivíduo lesado e o Estado ao qual é nacional.⁴¹

Nos casos em que esse vínculo se dê através da prerrogativa soberana dos Estados em conceder sua nacionalidade a um indivíduo,⁴² ou seja, nos casos em que o vínculo não advém do *jus soli*, *jus sanguinis* ou uma mescla de ambos; entende a parcela majoritária da doutrina e jurisprudência internacional que não restará configurada nacionalidade efetiva.^{43 44}

É bem verdade que o Estado pode – mediante critérios cumulativos ou alternativos como o domínio do idioma; alguns anos ininterruptos de residência em seu território; casamento com um de seus nacionais, adoção, etc – prestigiar um determinado indivíduo com a concessão da nacionalidade derivada dentro de seu território.⁴⁵

³⁹ No caso *Ambiati*, por exemplo, os Estados Unidos pleitearam – em favor de *Ambiati* – certas reparações em decorrência de transações ocorridas em 1863 e 1864. Ocorre que o indivíduo era nativo da Itália e adquiriu a nacionalidade americana apenas em 1868. O fato foi averiguado por Tribunal Arbitral e resultou na impossibilidade de se exercer a proteção diplomática em favor de *Ambiati* devido à ausência do pré-requisito da nacionalidade contínua. REZEK, 2018, p. 346. | LEIGH, 1971, pp. 453-475.

⁴⁰ Apesar deste duplo grau de exigência, deve-se atentar a duas situações em que este preceito não é aplicável; nas situações em que a mudança de nacionalidade entre a altura do dano e da queixa decorra de motivos alheios à vontade do indivíduo – *exempli gratia* os casos de anexação de território ou aquisição de independência -; e nos casos de transferência do interesse na reparação do dano para indivíduos que possuam nacionalidade distinta a do indivíduo lesado – como nos casos de sucessão *mortis causa*. FERRÃO, 2008, pp. 341-395.

⁴¹ AMERASINGHE, 2008, p. 91.

⁴² Trata-se da aquisição da nacionalidade de um determinado Estado mediante processo de naturalização.

⁴³ REZEK, 2018, p. 347 | MOURA, 2019, pp. 15-16. | ROUSSEAU, 1953, p. 362.

⁴⁴ A posição da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas neste segmento é de que não há a necessidade de um vínculo efetivo de nacionalidade para a concessão da proteção diplomática; bastando a comprovação da nacionalidade (seja advinda de critérios *jus soli*, *jus sanguinis* ou uma mescla de ambos; ou adquirida através da naturalização) para que o Estado possa endossar a reclamação de seu nacional. Não obstante, refuta-se a necessidade de comprovação de um vínculo efetivo de nacionalidade sob o argumento de que o critério excluiria milhões de pessoas dos benefícios da proteção diplomática. CDI, 2006), Yearbook of the International Law Commission. Art 4º. p. 24. Vol II, part two.

⁴⁵ COMBACAU, 1997, p. 370.

Com efeito, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) entende que as questões relacionadas à nacionalidade são compreendidas como domínio reservado aos Estados. Em bom rigor, à luz do Direito Internacional, a conservação, perda e atribuição da nacionalidade resta confiada à ordem interna das soberanias.

Contudo, haja vista o caráter inconsistente deste vínculo frente ao plano internacional, é lícito às demais soberanias e foros internacionais o não-reconhecimento deste por falta de efetividade.⁴⁶

Com efeito, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) entende que as questões relacionadas à nacionalidade são compreendidas como domínio reservado aos Estados. Em bom rigor, à luz do Direito Internacional, a conservação, perda e atribuição da nacionalidade resta confiada à ordem interna das soberanias. Isto significa não apenas a competência atribuída a este sujeito de Direito Internacional, como também, o encargo de abster-se em relação aos critérios de determinação de nacionalidade utilizados por outras soberanias.^{47 48}

Em relação aos indivíduos que possuem dupla – ou múltipla – nacionalidade, é permitido a qualquer um dos Estados patriais a assunção da reclamação. No entanto, caso o indivíduo também possua vínculo de nacionalidade com o Estado reclamado restará impossibilitada a outorga do endosso.⁴⁹ Isto é, o Estado patrial apenas poderá assumir a reclamação de seu nacional nos casos em que este não seja nacional comum de ambos os litigantes (Estado reclamante e Estado reclamado).⁵⁰ A inviabilidade da assunção da reclamação por parte de uma soberania à qual o indivíduo é nacional em desfavor de outra soberania à qual este também o seja, deriva, com efeito, do princípio da igualdade soberana dos Estados. Leigh – em seu ensaio

⁴⁶ De grande valor ilustrativo para este entendimento, compreendamos o Caso Nottebohm. Nascido na Alemanha, Friedrich Nottebohm mudou-se para a Guatemala em 1905 e lá prosperou economicamente durante exatos trinta e quatro anos. Assim sendo, no ano de 1939, a república da Guatemala determinou a expropriação de significativa parte de seu patrimônio. Em face disto – e impossibilitado de recorrer à proteção diplomática de sua pátria, haja vista os desdobramentos da segunda grande guerra – Nottebohm dirigiu-se ao Principado de Liechtenstein, onde – após requisição e pagamento de determinadas taxas – tornou-se nacional. Convenientemente, após alguns anos, o Principado endossou sua reclamação e recorreu à Corte Internacional de Justiça sob o intento de pleitear reparações a serem pagas pelo governo guatemalteco. A Corte declarou, ainda em caráter preliminar, pela não recepção da demanda por falta de efetividade do vínculo patrial entre o Principado de Liechtenstein e Friedrich Nottebohm. REZEK, 2018, p. 347-348. | SHAW, 2008, pp. 813-814. | FLAUSS, 2003, pp. 29-61. | L LEIGH, 1971, pp. 453-475. | COMBACAU, 1997, p. 324. | DIEZ, 1997, p. 623. | HOCHPIED, 1965, pp. 26-27.

⁴⁷ ROUSSEAU, 1953, p. 239. | HEFT, 1989, p. 254. | AMERASINGHE, 2008, p. 92. | BRITO, 2014, p. 375. | COMBACAU, 1997, pp. 318-319.

⁴⁸ Sob auspícios semelhantes, a Corte Permanente de Justiça Internacional afirmou: “en el estado actual del Derecho Internacional, según opinión del Tribunal, las cuestiones de nacionalidad están comprendidas en principio en la esfera de la competencia exclusiva del Estado”. DIEZ, 1997, p. 623.

⁴⁹ Consustancia este entendimento o pronunciamento coletivo do *Institut de Droit International*; REZEK, 2018, pp. 345-346. | Institut de Droit International, 1965, Le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un Etat en raison d'un dommage subi par un individu.

⁵⁰ “Neither state of a dual national may exercise diplomatic protection against the other.” BROWNLIE, 2003, p. 392. | COMBACAU, 1997, pp. 325-326. | ROUSSEAU, 1953, p. 363.

intitulado “*Nationality and Diplomatic Protection*” – explica que o ato de permitir que uma das soberanias assumira a predita reclamação em desfavor da outra significaria uma afronta à igualdade soberana protegida pelo princípio.⁵¹

Em se tratando de decisões judiciais envolvendo o princípio da igualdade soberana, é de imenso valor ilustrativo a decisão proferida pela *United States-British Claims Commission*. Também conhecido como *Alexander case*, a lide envolvia reivindicações pecuniárias decorrentes de ocupação e lesão – pelo exercito americano – de uma propriedade privada durante a guerra civil americana. Apesar de considerar-se britânico e possuir pais escoceses, Alexander nasceu no estado americano do Kentucky.⁵² De acordo com as leis estadunidenses referentes à nacionalidade, o critério *jus soli* deve ser aplicado a todos aqueles nascidos em território americano. Em contrapartida, o critério britânico para concessão de nacionalidade é baseado no *jus sanguinis*, o que resultou na aquisição de ambas as nacionalidades pelo indivíduo.⁵³ Em decorrência da dupla nacionalidade de Alexander e do princípio da igualdade soberana dos Estados, o tribunal declarou não possuir jurisdição acerca do caso, uma vez que nenhuma das duas soberanias poderia representar o indivíduo contra a outra.

Diferente são os casos em que ambas as soberanias às quais o indivíduo seja nacional pretendam – em conjunto – endossar a reclamação deste. Conforme Diez de Velasco, o Estado reclamado não poderia opor-se à uma reclamação empreendida por dois ou mais Estados simultaneamente. Todavia, se, porventura, sejam realizadas reclamações desconjuntadas, ou, ainda, nos casos em que uma das soberanias reclamantes tenha renunciado previamente o direito à proteção diplomática; poderá, o Estado reclamado, formular reclamações acerca da licitude do exercício do instituto.⁵⁴

⁵¹ No entanto, parte da doutrina posiciona-se em favor da teoria da nacionalidade ativa ou efetiva. A teoria refere-se ao argumento de que nos casos em que o indivíduo possua mais de uma nacionalidade, deve-se levar em consideração a nacionalidade que este exerce de forma efetiva – comumente a do país em que este reside. LEIGH, 1971, pp. 453-475. | DIEZ, 1997, p. 929. | ROUSSEAU, 1953, p. 364.

⁵² LEIGH, 1971, pp. 453-475.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ DIEZ, 1997, p. 930.

A título de excepcionalidade, é possível que um Estado realize a proteção diplomática em favor de terceiro que não possua vínculo de nacionalidade em ao menos três situações.⁵⁵

A primeira, como dispõe Accioly, refere-se à possibilidade de se exercer a proteção diplomática em favor de terceiros nos casos que envolvam a proteção de Direitos Humanos da vítima. Tal entendimento baseia-se em decisão proferida pela CIJ no caso *Barcelona Traction*, à qual confirmou-se a prerrogativa de qualquer Estado para tutelar tais interesses. Trata-se de clara relativização do critério da nacionalidade inerente à proteção diplomática e frente ao processo humanização do Direito Internacional Público.^{56 57}

A segunda situação advém daqueles casos em que a proteção diplomática resulta diretamente do *pacta sunt servanda*.

Exempli gratia, o processo evolutivo de integração comunitária na Europa e a conseqüente concepção da cidadania da União desencadearam a possibilidade do exercício da proteção diplomática em favor de um cidadão europeu nos casos em que não haja representação diplomática de seu Estado no país em que se encontre.⁵⁸

O terceiro cenário excepcional de concessão do instituto refere-se aos casos em que o Estado da nacionalidade estiver liado a um elo de representação internacional ou protetorado.

Ferrão elucida-nos que na eventualidade de um Estado encontrar-se sob tutela das Nações Unidas, o Estado administrante poderá exercer a proteção diplomática em favor dos habitantes do território administrado.⁵⁹

⁵⁵ Há ainda a posição defendida por Shaw, em consonância com o entendimento da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, de que o Estado pode assumir a reclamação de apátridas e refugiados que residam de maneira habitual e legal em seu território na data em que tenha ocorrido o dano. No entanto, há a limitação desta proteção em desfavor da soberania à qual o indivíduo – na condição de refugiado – seja nacional. SHAW, 2008, p 810-811. | CDI (2006). Yearbook of the International Law Commission. art. 8º. p. 25. Vol II, part two. | FERRÃO, 2008, pp. 341-395.

⁵⁶ ACCIOLY, 2012, pp. 767-774. | MAZZUOLI, 2007, p 462.

⁵⁷ Concomitantemente ao defendido por Accioly, o *Institut de Droit International*, dispôs no artigo 7º, n 1, da Resolução Sobre o Estatuto Jurídico dos Apátridas e Refugiados que: “L’Etat, sur le territoire duquel un apatride non réfugié a établi son domicile ou, à défaut, sa résidence habituelle, pourra exercer, dans l’intérêt de celui-ci, la protection diplomatique en conséquence de tout fait survenu après cet établissement. Si néanmoins ce fait s’est produit pendant un séjour de l’apatride à l’étranger, l’Etat ne pourra exercer la protection que s’il a accordé à celui-ci, avant son départ, un passeport ou titre d’identité et de voyage (...)”. Resolução Sobre o Estatuto Jurídico dos Apátridas e Refugiados. (1936). art. 7º, n 1, Disponível em: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1936_bru_x_02_fr.pdf

⁵⁸ Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Título V, Art. 46. | CARRIÓN, 2002, p. 298.

⁵⁹ FERRÃO, 2008, pp. 341-395.

Contudo, como bem esclareceu o então Secretário Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, em seu relatório intitulado “*in larger freedom: towards development, Security and Human rights for all*” apresentado na 59ª sessão da Assembleia Geral da ONU,⁶⁰ pode-se afirmar que, hodiernamente, este argumento possui aplicação apenas teórica, uma vez que já não existem territórios sob esta espécie de regime.

De natureza congênere, existem ainda os casos em que a proteção de interesses dos nacionais de um Estado é delegada a um Estado terceiro: *vide* o conflito ocorrido em 1955 entre Portugal e a União Indiana, em que os Estados transmitiram a proteção de seus nacionais residentes no território ao Brasil e Egito, respectivamente.⁶¹

Há nestes casos – de fato – derrogações à regra convencional segundo a qual apenas o Estado patrial do indivíduo poderia oferecer sua proteção através do instituto da proteção diplomática.

2.2 Do esgotamento dos recursos internos

Antes de outorgar o endosso a um de seus nacionais, o Estado soberano deve averiguar a exaustão das vias jurídicas e administrativas internas por parte do indivíduo.

Trata-se de regra costumeira de Direito Internacional sob duplo grau de finalidade: seja a preferência dada à tentativa de solução do conflito perante a ordem interna do país em detrimento de um contencioso internacional entre duas soberanias; ou, a possibilidade dada ao Estado causador do dano de repará-lo através de seus mecanismos internos, prevalecendo, assim, o respeito à sua soberania. Fortalece este entendimento o projeto de artigos estipulados pela CDI ao determinar em seu artigo 14º que um Estado apenas poderá formular uma reclamação internacional quando seu nacional tenha esgotado os recursos internos do país.⁶²

⁶⁰ “The Trusteeship Council played a vital role in raising standards of administration in the trust territories and promoting the wider process of decolonization. But its work is long since complete. Chapter XIII, “The Trusteeship Council”, should be deleted from the Charter” Annan, K. (2005). *In larger freedom: towards development, security and human rights for all*, (A/59/2005), p. 52, par. 218, Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/270/78/PDF/N0527078.pdf?OpenElement> | FERRÃO, 2008, pp. 341-395.

⁶¹ FERRÃO, 2008, pp. 341-395.

⁶² CDI, 2006, Yearbook of the International Law Commission. art 14º. p. 25. Vol II, part two. | AZEVEDO, 1996, p. 315.

Para além disto, a regra fundamenta-se não só no pressuposto de que o estrangeiro ao adentrar território alheio submete-se ao direito interno do país, mas, também, na prevenção da utilização precipitosa ou abusiva da proteção diplomática.⁶³

Isto posto, no que tange o exercício do instituto, devem coexistir o ato danoso imputável ao Estado violador de obrigação de Direito Internacional e o esgotamento, por parte do indivíduo lesado, dos recursos internos disponíveis.⁶⁴

Alguns autores adotaram o entendimento de que a regra dos recursos internos constitui pré-requisito de admissibilidade para o exercício da reclamação; ou seja, uma condição processual que deve preceder a interposição da proteção diplomática.⁶⁵

Com efeito, Albino de Azevedo afirma que qualquer reclamação diplomática realizada antes que o indivíduo lesado tenha esgotado os recursos internos do Estado supostamente autor do ato ilícito será considerada extemporânea.⁶⁶

É bem verdade que, naturalmente, os recursos internos de cada soberania variam de Estado para Estado, o que inviabiliza uma enumeração taxativa dos mesmos.⁶⁷

Insta, porém, ressaltar que esgotamento de recursos internos como condição para o endosso pressupõe a existência e viabilidade destes meios; bem como sua acessibilidade, eficácia e imparcialidade. Verdadeiramente, o acesso à justiça configura um componente e integra aquilo que compreendemos como *standard minimum* de tratamento internacional – *no deni de justice* –.⁶⁸ A caráter excepcional, caso não seja constatada a existência destes pressupostos, deve o indivíduo provar perante o Estado ao qual é nacional a inoperância destes mecanismos ou a constatação de

⁶³ FERRÃO, 2008, pp. 341-395.

⁶⁴ TRINDADE, 1984, p. 112. | MAZZUOLI, 2007, p. 462. | ALMEIDA, 2003, pp. 330-331. | HEFT, 1989, pp. 256-257.

⁶⁵ AZEVEDO, 1996, p. 315. | Visscher e Freeman apud TRINDADE, 1984, p. 112.

⁶⁶ AZEVEDO, 1996, p. 314.

⁶⁷ FERRÃO, 2008, pp. 341-395.

⁶⁸ Consustancia este entendimento o artigo 15º do *draft article* elaborado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. CDI, 2006, Yearbook of the International Law Commission. art 15º. p. 25. Vol II, part two.

O Direito Internacional Público compreende normas e princípios sistemáticos submetidos a costumeiras regras de aplicação e interpretação. Esta complexa conjuntura ordenamental viabilizadora de soluções jurídico-internacionais mostra-se ainda mais efetiva através da apreciação e elaboração doutrinária; e reflete na própria compostura da Comunidade Internacional.

que mesmo após a exaustão destes continua a sentir-se vítima de ilícito internacional.⁶⁹

Ademais, não se tratando de regra absoluta – como visto *supra* -, o esgotamento dos recursos internos é prescindível, ainda, quando o Estado lesante renunciar expressamente – comumente através de tratado, compromisso arbitral ou convenção de reclamações – esta exigência.⁷⁰

Relativamente ao ônus da prova, há certa divergência na doutrina internacional. Alguns autores defendem que cabe ao Estado reclamante a comprovação de que os recursos internos disponíveis foram exauridos; outros, em contrapartida, defendem a posição de que cabe ao Estado lesante provar a não exaustão de seus recursos internos e administrativos.⁷¹

Para mais, o tema foi discutido pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas ao ponto de ser proposto um artigo que dispunha certos preceitos acerca do ônus da prova na exaustão dos recursos internos. Entretanto, devido a dificuldade de discernimento entre as regras costumeiras que abordam a temática e o fato de que há profusa dessemelhança entre sistemas *common law* e *civil law*, o artigo proposto no Terceiro Relatório do Relator Especial acabou por ser rejeitado pelos membros da Comissão.⁷²

3. NATUREZA JURÍDICA DO *JUS COGENS*

O Direito Internacional Público compreende normas e princípios sistemáticos submetidos a costumeiras regras de aplicação e interpretação. Esta complexa conjuntura ordenamental viabilizadora de soluções jurídico-internacionais mostra-se ainda mais efetiva através da apreciação e elaboração doutrinária; e reflete na própria

⁶⁹ Ilustra este entendimento a declaração da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no sentido de que não seria necessário o esgotamento dos recursos internos no Chile durante a ditadura militar de Augusto Pinochet devido às irregularidades intrínsecas ao poder judiciário da soberania à época. PORTELA, 2017, pp. 398. | MENÉDEZ, 1995, pp. 459-461. | DIEZ, 1997, p. 935.

⁷⁰ FERRÃO, 2008, pp. 341-395.

⁷¹ Esta posição parece ser a mais sensata. Nota-se que a maioria da doutrina internacional entende que o ônus da prova deve ser comprovado pelo Estado reclamante. FERRÃO, 2008, pp. 341-395.

⁷² FERRÃO, 2008, pp. 341-395.

compostura da Comunidade Internacional.⁷³ ⁷⁴ Para além destes princípios figuram regras de direito cogente; detentoras de força jurídica própria e que destacam-se por estarem além do alvedrio e da aquiescência dos sujeitos do Direito das Gentes, isso resulta, com efeito, das normas de *jus cogens*.⁷⁵

Estas normas refletem o *jus strictum* do Direito Romano em contraposição ao *jus dispositivum*, ou seja, limitam a liberdade dos sujeitos de Direito Internacional Público – digo Estados e Organizações Internacionais – na conclusão de Tratados e na realização de atos unilaterais.⁷⁶

Para já, faz-se oportuno distinguir as normas internacionais advindas do *jus dispositivum* – estas bastante numerosas – e as oriundas do Direito imperativo ou peremptório – estas notadamente mais escassas-. Naturalmente, as normas provenientes do Direito dispositivo possuem como finalidade a satisfação de interesses individuais e comuns aos Estados pactuantes; sendo assim, mediante o procedimento adequado, podem – os Estados – modificar seu conteúdo ou excluir sua aplicação mútua de acordo com seus próprios interesses nacionais. Já as regras imperativas de Direito Internacional geral não admitem a exclusão ou modificação de seu conteúdo – senão pela superveniência de uma norma de mesma natureza -, e devido a seu grau representativo de interesses coletivos da Comunidade Internacional, não admitem nenhum ato contrário a si; ou seja, ensejam certa obrigatoriedade aos sujeitos de Direito Internacional.⁷⁷

A problemática do *jus cogens* recai justamente no detalhamento de seu conceito e em sua posição controversa na teoria da hierarquia das fontes do Direito Internacional Público.

No que se refere à primeira problemática, cabe destrinchar as supraditas normas nos elementos que às compõem, ou seja: imperatividade, universalidade e inderrogabilidade.

⁷³ Cfr. Díez de Velasco, aquilo que compreendemos como “Comunidade Internacional” – pela insuficiência de laços materiais de solidariedade – ainda encontra-se em processo de cristalização. Para o autor, o termo refere-se a um imprescindível ponto de referência utópico e estratégico para as relações internacionais. DIEZ, 1997, p. 93.

⁷⁴ MIRANDA, 2012, p. 115.

⁷⁵ MIRANDA, 2012, p. 117. | NASSER, 2005, pp. 161-178. | MAZZUOLI, 2007, p. 117. | SCHWARZENBERGER, 1967, pp. 117-140.

⁷⁶ Neste sentido, Grandino Rodas explana que o princípio da liberdade contratual dos Estados acaba por ser circunscrito pelo *jus cogens*. GRANDINO, 1974, pp. 125-136. | GONÇALVES, 2015, p. 279-280.

⁷⁷ DIEZ, 1997, pp. 93-94.

Tida por Brito como a mais importante característica do *jus cogens*, a imperatividade representa a limitação da autonomia arbitrária dos Estados através da imposição de normas que pressupõem o mínimo irreduzível do Direito Internacional Público.⁷⁸

Este elemento intrínseco ao conceito das normas de *jus cogens* acarreta também na impossibilidade de derrogação de suas disposições através de qualquer acordo entre soberanias, ou seja, torna-se ilícito qualquer ato violador das normas de *iuris cogentis* desde que praticado por algum dos sujeitos do Direito Internacional Público.⁷⁹

Para além, Brito defende que a imperatividade inerente ao *jus cogens* justifica-se por tratar-se de interesses que vão além dos interesses individuais das soberanias e por salvaguardar os Estados contra a desigualdade internacional ou contra o desequilíbrio gerado pelo “*bargaining power*”. Decerto sua não aplicação acarretaria grandes instabilidades à Comunidade Internacional.⁸⁰

Deve-se atentar ao pressuposto de que “norma imperativa” não significa simplesmente “norma obrigatória”, pois, em princípio, todas as normas de Direito Internacional são compulsórias.⁸¹ O caráter imperativo destas normas, como explanado *supra*, repousa na impossibilidade de derrogação de suas disposições. Como bem elucida João Grandino Rodas, “o limite de aplicação do *jus cogens* confunde-se com as linhas demarcatórias do poder de tratar dos Estados”.⁸²

Concernente à universalidade, cabe iniciar a discussão elucidando que por “norma de Direito Internacional geral”, como dispõe o artigo 53º da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados; compreende-se que o termo “geral” equivale e corresponde à universalidade intrínseca ao conceito do *jus cogens*.

Nesta senda, Stuzcki nos questiona se esta construção dispositiva/frasal significa a mera exclusão – por parte da Convenção – de normas peremptórias desprovidas de caráter universal; ou, a impossibilidade da existência de normas peremptórias que não detenham estas características.⁸³

⁷⁸ BRITO, 2014, p. 188-190.

⁷⁹ *Ibid*, p. 190.

⁸⁰ BRITO, 2014, p. 191. | GRANDINO, 1974, pp. 125-136.

⁸¹ Cfr. Monaco: “*Una norma imperativa anche nell’ordinamento internazionale, ha un’efficacia ben maggiore di una norma obbligatoria*”. MONACO, 1971, p. 168.

⁸² GRANDINO, 1974, pp. 125-136.

⁸³ Sztucki, 1974, p.106.

O fato é que o entendimento preponderante da doutrina internacional julga não ser necessária a aquiescência e reconhecimento geral destas normas para que venham a ter efeito perante todos os Estados. Com efeito, o contrário significaria que uma soberania em sua singularidade poderia obstar a formação de uma norma de *jus cogens*.

Poder-se-ia dizer que a questão da universalidade é fundamental ao próprio conceito de *jus cogens*.

Ainda assim, levemos em consideração a situação hipotética em que a Convenção fosse aceita por apenas um terço das soberanias mundiais; este fato poderia implicar a emergência de uma norma particular que estaria a introduzir normas peremptórias de Direito Internacional *inter partes*, o que por si só significaria uma controvérsia jurídica. Com efeito, sob estes auspícios, o requisito da universalidade não seria alcançado.⁸⁴

A solução desta contrariedade – como bem explanada pela delegação espanhola na Conferência de Viena – recai no argumento teórico de que a existência das normas de *jus cogens* não sujeitam-se à aquiescência ou declaração de um grupo de Estados, uma vez que estas advêm do Direito Consuetudinário preexistente; o que torna prescindível sua pactuação ou codificação entre os Estados como condição *sine qua non* para sua existência.⁸⁵

Além disto, uma das questões levantadas no que refere-se à universalidade do *jus cogens* é o da imprescindibilidade – ou não – da aceitação unânime destas normas por todos os Estados que compõem a Comunidade Internacional.

A dúvida justifica-se devido à redação ambígua do artigo 53º da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados “(...) aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto (...)”, o que pode induzir à interpretação errônea de que tais normas detentoras de caráter *iuris cogens* necessitam da aceitação unânime dos sujeitos primários do Direito das Gentes.⁸⁶

O fato é que o entendimento preponderante da doutrina internacional julga não ser necessária a aquiescência e reconhecimento geral destas normas para que venham a ter efeito perante todos os Estados. Com efeito, o contrário significaria que uma soberania em sua singularidade poderia obstar a formação de uma norma de *jus cogens*.⁸⁷

Para Brito existe um liame claro entre a universalidade inerente ao *jus cogens* e sua origem costumeira, uma vez que a capaci-

⁸⁴ Sztucki, 1974, p.106.

⁸⁵ *Ibid*, p. 107.

⁸⁶ BRITO, 2014, p. 293.

⁸⁷ COMBACAU, 1997, p. 157. | BRITO, 2014, p. 293.

dade de produzir uma norma jurídico-internacional aplicável a todos os Estados apenas seria possível através do Direito Internacional geral.⁸⁸

No que lhe diz respeito, a inderrogabilidade – tal como apresentada pela doutrina e pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados – para além de demonstrar a dimensão das supraditas regras, também representa a contraposição entre o *jus cogens* e o *jus dispositivum*.⁸⁹

A finalidade primordial desta figura jurídica repousa na coibição da derrogação voluntária, tendenciosa ou arbitrária de normas detentoras de valores fundamentalmente público-internacionais. Digo, ante a dicotomia entre a liberdade dos Estados e os valores público-internacionais – em sua grande maioria humanitários – o primeiro deve sempre ceder perante o segundo.⁹⁰

Mesmo um tratado multilateral geral; ou seja, um tratado em que constasse a totalidade – ou a grande maioria – dos Estados, não seria capaz de modificar ou revogar uma norma de *jus cogens*. De certo, um tratado desta espécie, a despeito de sua magnitude semi-utópica, ainda estaria sujeito à lógica jurídica do artigo 53º da Convenção de Viena e, portanto, por estar suscetível ao regime geral dos tratados, deve ser considerado inválido.⁹¹

De forma semelhante, não será possível que uma soberania se desvencilhe do cumprimento de um preceito de *jus cogens* codificado por um tratado através dos mecanismos de reserva ou aceitação.

Com efeito, uma reserva – ainda que aceite por todos os Estados partes – deverá ser considerada nula na medida em que intente derrogar uma disposição *iuris cogentis* incluída em tratado. Sequer seria necessário que a reserva se desse em sentido de impor uma conduta contrária às preditas normas, bastaria que esta significasse uma liberação do dever imposto pelo *jus cogens*.⁹²

⁸⁸ BRITO, 2014, p. 191-192.

⁸⁹ *Ibid*, pp. 194-195.

⁹⁰ Cfrm. o então Secretário Geral das Nações Unidas Kofi Annan. ANNAN, 2001, p.11. | BAPTISTA, 1997, p. 324.

⁹¹ BAPTISTA, 1997, p. 385.

⁹² No entanto, *a sensu contrario*, seria possível uma reserva extensiva, no sentido de alargar o escopo de proteção das normas de *jus cogens*. BAPTISTA, 1998, pp. 260-261.

Na prática, os atos que precedem a entrada em vigor do tratado, neste caso específico, representariam uma possibilidade mais factível de revogação ou modificação de uma norma de *jus cogens* do que o pacto em si.

O fato é que a inderrogabilidade do *jus cogens* atribui parâmetro absoluto para certos atos jurídico-internacionais na medida em que não permite que posturas voluntarísticas e soberanas tenham qualquer efeito derogatório ante sua validade, tampouco, admite a possibilidade de que o consentimento das soberanias *inter se* conceba um regime que esteja em desacordo com seus preceitos; isto iria, pois, contra a própria natureza do *jus cogens*.⁹³

Cabe acentuar que as normas de *jus cogens* não gozam de imutabilidade absoluta. Como bem esclarece a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, “(...) pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza”. Nas palavras de Brito, a inderrogabilidade funciona como uma espécie de garante temporal da força de aplicação da regra.⁹⁴

Em outros termos, considerando que as normas imperativas de Direito Internacional geral originam-se da vontade – tácita, expressa ou presumida – daqueles que compõem esta “consciência jurídica coletiva” cognominada Comunidade Internacional, parece congruente a premissa de que um processo ab-rogatório ou derogatório paralelo ao da criação destas normas – desde que emanado pelos mesmos sujeitos que às conceberam – seja suficiente para modificá-las.⁹⁵

Neste seguimento, levando em conta que o consentimento de um – ou alguns – Estados é a certo modo irrisório no que tange a violação de uma norma de *jus cogens*, é verossímil o pressuposto de que o consentimento da grande maioria do coletivo de Estados, desde que comprovadamente representem os valores axiomáticos da Comunidade Internacional, possa derogar uma norma de *jus cogens*, afastando, naturalmente, sua inderrogabilidade.

⁹³ BAPTISTA, 1997, p. 336.

⁹⁴ BRITO, 2014, p. 196.

⁹⁵ *Ibid.*

Tratando-se de órgão técnico sob a autoridade e controle da Assembléia Geral das Nações Unidas – nomeadamente sua Comissão de Assuntos Jurídicos -, e criada a partir da Resolução 174 (II), de 21 de novembro de 1947, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas possui papel fundamental na codificação e desenvolvimento progressivo do Direito das Gentes.

3.1 Últimos desenvolvimentos da matéria pela comissão de direito internacional das nações unidas

Tratando-se de órgão técnico sob a autoridade e controle da Assembléia Geral das Nações Unidas – nomeadamente sua Comissão de Assuntos Jurídicos -, e criada a partir da Resolução 174 (II), de 21 de novembro de 1947, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas possui papel fundamental na codificação e desenvolvimento progressivo do Direito das Gentes. O órgão é composto por representantes dos principais sistemas jurídicos da Comunidade Internacional e visa, sobretudo, a elaboração de projetos de convenções a respeito de temas que ainda não tenham sido regulamentados pelos sujeitos do Direito Internacional; ou, a respeito de preceitos que ainda não estejam suficientemente desenvolvidos pela prática internacional.⁹⁶

De acordo com Diez de Velasco e em referência às duas principais incumbências da Comissão, entende-se que o encargo de desenvolver progressivamente o Direito Internacional está efetivamente relacionado a fatores essencialmente políticos; enquanto sua tarefa de “codificação” está intrinsecamente relacionada a fatores técnicos e científicos. Faz-se oportuno mencionar, entretanto, que mesmo a Assembleia Geral e a própria Comissão mostraram-se incapazes de manter uma distinção prática entre as duas incumbências; uma vez que a CDI desenvolveu um procedimento único de trabalho que acaba por não levar em conta as diferenças formais estabelecidas pelo Estatuto do órgão. Com efeito, haja vista esta inviabilidade de distinção prática, a Comissão recomendou sua eliminação em futuras revisões do Estatuto.⁹⁷

Isto posto, o procedimento de trabalho da Comissão inicia através da recomendação – pela Assembléia Geral – do estudo de tema dotado de certa relevância às relações internacionais – e naturalmente ao Direito Internacional -, seguida pelo apontamento de um de seus membros à qualidade de Relator Especial, cujo dever varia desde estabelecer um plano de trabalho efetivo acerca do estudo da questão de Direito Internacional, à obter informações acerca da

⁹⁶ Albino de Azevedo atenta-nos ao fato de que a codificação de um Costume Internacional não deve ser confundida com a sua transformação em direito convencional. AZEVEDO, 1996, pp. 113-114. | DIEZ, 1997, pp. 141-142.

⁹⁷ DIEZ, 1997, pp. 142. | CARRIÓN, 2002, p. 294.

prática internacional dos Estados em relação à matéria. Por fim – naturalmente após o satisfatório desenvolvimento da questão –, busca-se o consentimento final e a aprovação do projeto de artigos pela ampla maioria do Estados, o que tende a resultar num efetivo processo de codificação.⁹⁸

Carrión e Abi-Saab explanam, ainda, que os frutos do trabalho da CDI não restringem-se à criação de legislações internas ou internacionais, ou seja, mera declaração *de lege data*; uma vez que suas declarações sugerem soluções *de lege ferenda*.⁹⁹

No que toca sua constituição, a Comissão é formada por trinta e quatro membros indicados em virtude de sua reconhecida competência internacional; consistindo de seis latino-americanos, nove africanos, oito asiáticos e três oriundos dos antigos países socialistas. Seus membros são designados através de eleição organizada pela Assembleia Geral das Nações Unidas e, caso nomeados, estarão sob o encargo de representar internacionalmente os principais sistemas jurídicos do globo.¹⁰⁰

Isto posto, em sua sexagésima sétima sessão (2015), a Comissão decidiu incluir as normas peremptórias de Direito Internacional geral em seu cronograma de trabalhos, indicando o Dr. Dire Tladi como Relator Especial. Subsequentemente, a Assembleia Geral, através da resolução 70/236 de 23 de dezembro de 2015, tomou conhecimento da decisão da Comissão em incluir o tópico em seu cronograma.¹⁰¹

As primeiras conclusões do projeto de artigos elaborado pela Comissão se dão no sentido de explanar a definição e natureza jurídica das normas de *jus cogens*. Como visto anteriormente – e de acordo com a *draft conclusion 2* –, as normas peremptórias de Direito Internacional geral são aquelas reconhecidas pelas Comunidade Internacional como norma a qual nenhuma derrogação é permitida e sua modificação apenas ocorrerá através de uma norma subsequente de Direito Internacional geral da mesma natureza. Quanto à sua natureza jurídica, a CDI salientou os valores fundamentais

⁹⁸ DIEZ, 1997, pp. 142. | CARRIÓN, 2002, p. 254.

⁹⁹ CARRIÓN, 2002, p. 254. | SAAB, 1967, pp. 7-15.

¹⁰⁰ CARRIÓN, 2002, p. 258.

¹⁰¹ Document A/71/10, Disponível em: <https://legal.un.org/ilc/reports/2016/english/chp9.pdf>

A natureza jurídica das normas de *jus cogens* restam evidenciadas e podem ser constatadas através das mais variadas formas: declarações públicas feitas em nome dos Estados; publicações oficiais; opiniões legais do governo; correspondência diplomática; atos legislativos e administrativos; decisões de tribunais nacionais; disposições em tratados; e resoluções adotadas por uma Organização Internacional ou em uma conferência intergovernamental.

protegidos e manifestados através destas normas e denotou sua superioridade hierárquica perante as outras normas de Direito Internacional; assim como, sua aplicação universal.¹⁰²

As conclusões da CDI em relação à posição superiormente hierárquica das normas de *jus cogens* perante outras normas de Direito Internacional decerto corrobora com a parcela da doutrina que defende a existência de uma Ordem Pública internacional – *vide*: Brito; Verdross; Ridruejo, etc -.¹⁰³

Os critérios de aceitação e reconhecimento inerentes às normas peremptórias de Direito Internacional geral estabelecidos pela CDI são distintos daqueles percebidos em meras normas de Direito Internacional geral; deve-se atentar ao fato de que as normas *iuris cogentis* são aceitas e reconhecidas como normas as quais nenhuma derrogação é permitida e que apenas podem ser modificadas através de uma norma subsequente de mesma natureza. A natureza jurídica das normas de *jus cogens* restam evidenciadas e podem ser constatadas através das mais variadas formas: declarações públicas feitas em nome dos Estados; publicações oficiais; opiniões legais do governo; correspondência diplomática; atos legislativos e administrativos; decisões de tribunais nacionais; disposições em tratados; e resoluções adotadas por uma Organização Internacional ou em uma conferência intergovernamental.

São determinados, ainda, critérios subsidiários para a determinação de uma norma de *jus cogens*. Com efeito, as decisões de tribunais internacionais – em especial as proferidas pela Corte Internacional de Justiça – podem servir como meios acessórios para o estabelecimento ou designação de normas detentoras de caráter *iuris cogentis*. De maneira semelhante, os trabalhos empreendidos por órgãos especialistas em Direito Internacional oriundos tanto de Organizações Internacionais quanto por Estados e, similarmente, a doutrina internacional; podem auxiliar a determinação de uma norma de *jus cogens*.¹⁰⁴

Quanto à expressão “(...) Comunidade de Estados como um todo” utilizada tanto pela convenção de Viena sobre Direito dos Tratados

¹⁰² Document A/CN.4/L.936, Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G19/147/22/PDF/G1914722.pdf?OpenElement>

¹⁰³ *Ibid*,

¹⁰⁴ *Ibid*.

quanto pela vasta maioria da doutrina internacional, a CDI esclarece que não há a necessidade de aceitação e reconhecimento das supra-mencionadas normas por todos os Estados, mas, tão somente, pela vasta maioria das soberanias do globo.¹⁰⁵

Depois, a Comissão determina que a opinião *per si* de outros atores da Comunidade Internacional – que não os Estados – possui parca relevância no que tocam os critérios e o processo para o estabelecimento das normas de *jus cogens*.¹⁰⁶

Em relação às consequências legais da mera existência das normas peremptórias de Direito Internacional geral, o projeto de artigos, em sua parte 3, parece seguir majoritariamente as premissas estabelecidas pela Convenção de Viena: os tratados conflitantes com normas de *jus cogens* deverão ser declarados nulos; sob a emergência de uma norma de *jus cogens*, qualquer Tratado em conflito com estas deverá ser considerado nulo; e, restará ineficiente uma reserva em relação a uma provisão de artigo que disponha acerca de uma norma detentora de caráter *ius cogens*.¹⁰⁷

Nota-se, no entanto, uma pertinente diferença no que toca a separabilidade dos Tratados conflitantes com normas de *jus cogens*. Apesar das semelhanças entre a *draft conclusion* 11.1 e o disposto na Convenção de Viena, a CDI inova ao elucidar ao menos duas exceções à circunstância da emergência de uma nova norma peremptória de Direito Internacional geral: na hipótese em que o Tratado tenha sido estabelecido de tal maneira que a aceitação das ditas disposições não tenham sido essenciais para o consentimento de qualquer parte em ficar vinculada ao Tratado como um todo; e, nas circunstâncias em que a continuação do cumprimento do restante do Tratado não seria injusto.¹⁰⁸

No que tocam os Costumes Internacionais, dispõe a *draft conclusion* 14 que nenhum Costume virá a existir caso esteja em desacordo com uma norma peremptória de Direito Internacional geral. Quanto às regras do Direito Consuetudinário já existentes no momento da emergência de uma norma de *jus cogens*; caso sejam incompatíveis

¹⁰⁵ Document A/CN.4/L.936, Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G19/147/22/PDF/G1914722.pdf?OpenElement>

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

com estas normas, restará findada a existência destas.¹⁰⁹ Sob auspícios semelhantes, os atos unilaterais dos Estados e as resoluções das Organizações Internacionais, desde que contrários às normas *ius cogens*, não criam obrigações internacionais e nem, tampouco, gozam de efeito vinculativo.¹¹⁰

Relativamente às consequências de violações graves de normas peremptórias de Direito Internacional geral, o projeto de artigos proposto pela Comissão elucidada ao menos dois corolários para o perjúrio: a cooperação entre soberanias para pôr fim, por meios lícitos, a qualquer violação grave de obrigação decorrente de uma norma imperativa de direito internacional geral; e, a premissa de que nenhum Estado deve reconhecer como lícita uma situação criada por violação grave de obrigação decorrente de uma norma imperativa de direito internacional geral, nem, tampouco, prestar ajuda ou assistência para manter essa situação.¹¹¹

Por fim, a Comissão expõe uma lista não exaustiva das normas de *jus cogens* já referidas pelo órgão das Nações Unidas como detentoras de caráter *ius cogens*, quais sejam: a proibição de agressão; a proibição do genocídio; a proibição de crimes contra a humanidade; as regras básicas do Direito Internacional Humanitário; a proibição da discriminação racial e do apartheid; a proibição da escravidão; a proibição da tortura; e, o direito à autodeterminação.¹¹²

3.2 Efeitos decorrentes da violação das normas de *jus cogens*

Efetivamente, todo ato soberano que constitua a violação de uma obrigação internacional – independentemente de sua natureza – significa a execução de um ato ilícito internacional; não obstante este pressuposto, há, ainda, casos em que o bem jurídico violado por tal ofensa é dotado de tamanha importância para a Comunidade Internacional que o mero desrespeito destas normas essenciais para a convivência internacional pacífica resulta em um regime de responsabilidade internacional mais austero que o habitual.¹¹³

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Document A/CN.4/L.936, Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G19/147/22/PDF/G1914722.pdf?OpenElement>

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ DIEZ, 1997, pp. 881-882.

Como corolário direto do exposto *supra*, nota-se que a violação de tais obrigações – *erga omnes* – enseja não apenas na possibilidade de que um Estado distinto daquele prejudicado diretamente pelo ato ilícito internacional possa exigir a responsabilidade internacional por tal violação; como também, permite a adoção de medidas sancionatórias em desfavor da soberania autora do ato ilícito.¹¹⁴

Em outros termos, a concepção estritamente bilateral da responsabilidade internacional parece ante a violação de normas imperativas de Direito Internacional geral; com efeito, toda a Comunidade Internacional possuirá legitimidade para exigir, efetivamente, a responsabilidade internacional pelo ato.

Decerto, a responsabilidade por atos violadores de normas imperativas de Direito Internacional geral são mais severas. Diez de Velasco – em consonância com o entendimento da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas – elucida que a violação de tais normas resulta: na obrigação dos Estados em cooperar através de qualquer meio legal para que se faça cessar a situação; na obrigação de não reconhecimento de uma situação advinda deste ato ilícito; e na obrigação de abster-se de atos que ajudem a manter a situação.¹¹⁵

Ademais, é fulcral perceber a distinção entre as violações referidas *supra* e outros tipos de violações. O primeiro critério de distinção, naturalmente, refere-se intimamente à norma internacional violada. Deve-se apurar se a transgressão ocorreu em desfavor de uma norma imperativa de Direito Internacional geral, ou seja, foi de encontro a normas substanciais aos valores humanos mais fundamentais.¹¹⁶

O segundo critério de distinção refere-se a forma que o ato foi realizado e às consequências geradas por tal violação. Segundo o entendimento da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas a violação deve ser considerada “grave”. A despeito de sua subjetividade, Diez de Velasco afirma que o termo escolhido pela Comissão – “grave” – faz alusão ao caráter sistemático, flagrante ou manifesto da violação.¹¹⁷

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Faz-se oportuno mencionar que as regras de reparação do dano não estão sujeitas às limitações impostas aos atos ilícitos ordinários. DIEZ, 1997, pp. 881-882.

¹¹⁶ DIEZ, 1997, p. 883.

¹¹⁷ DIEZ, 1997, p. 883.

Diante do arcabouço teórico apresentado, torna-se imperioso o ato de defrontação entre as concepções clássicas do Direito Internacional Público intrínsecas ao instituto da proteção diplomática e os preceitos pertencentes à concepção humanista e contemporânea do *jus gentium*; nomeadamente as normas *iuris cogentis* e os corolários de sua violação.

Para mais, no que toca a responsabilidade dos Estados, em consonância com a septuagésima sessão da Comissão de Direito Internacional Público das Nações Unidas, podemos traçar três corolários imediatos da violação de normas *jus cogens*: I) a inviabilidade de se beneficiar das excludentes de ilicitude; II) a impossibilidade de se reconhecer como lícita uma situação criada por violações deste gênero – bem como prestar auxílio ou assistência para manter essa situação; e III) a obrigação dos Estados em cooperar, através de qualquer meio legal, para pôr um fim na violação de normas peremptórias do direito internacional geral.¹¹⁸

Quanto ao terceiro corolário, de maior pertinência para a presente pesquisa, adianta-se que por “qualquer meio legal”, entende-se incluída a proteção diplomática como instrumento passível de utilização pelos Estados para pôr fim a um dano sofrido por um de seus nacionais em decorrência de violação de normas *jus cogens* realizada por outro Estado. Assim sendo, este segmento será analisado na seção seguinte para que possamos chegar às conclusões pertinentes.

Por fim, cabe mencionar que as causas de exoneração ou modificação da responsabilidade internacional – via de regra – não poderão ser arguidas ou aplicadas diante de uma violação de uma norma imperativa de Direito Internacional geral.¹¹⁹

4 APRECIÇÃO DO INSTITUTO DA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA EM FACE DA VIOLAÇÃO DAS NORMAS DE *JUS COGENS*

Diante do arcabouço teórico apresentado, torna-se imperioso o ato de defrontação entre as concepções clássicas do Direito Internacional Público intrínsecas ao instituto da proteção diplomática e os preceitos pertencentes à concepção humanista e contemporânea do *jus gentium*; nomeadamente as normas *iuris cogentis* e os corolários de sua violação.

No que tange a proteção do indivíduo perante a violação de normas peremptórias de Direito Internacional geral, podemos facilmente

¹¹⁸ United Nations General Assembly, 2018, p. 30.

¹¹⁹ DIEZ, 1997, p. 885.

identificar dois mecanismos eficazes para tal: a invocação da responsabilidade *erga omnes* – na forma de *actio popularis* internacional – e a proteção diplomática. Ambos baseiam-se numa injúria indireta e podem ser utilizados para a proteção do indivíduo.¹²⁰

Quanto à proteção diplomática, pode-se afirmar que esta é historicamente utilizada como meio de reparação para uma vasta gama de violações internacionais; seja a violação do *standard minimum* de tratamento, como nas reivindicações de Neer e Roberts; ou na expropriação de propriedade, como no caso *Nottebohm*; ou mesmo na violação da Convenção de Viena Sobre Relações Consulares, como no caso *LaGrand*.

Todavia, a despeito das infrutíferas tentativas do México e da Alemanha em receberem um julgamento declaratório da Corte Internacional de Justiça, não é possível afirmar que a proteção diplomática é um instituto de Direitos Humanos *pur sang*.¹²¹

Isto não significa, entretanto, que este mecanismo de proteção não possa ser utilizado para a proteção de Direitos Humanos individuais.

Após a análise dos conceitos desenvolvidos nas seções anteriores, deparamo-nos com um importante questionamento no que toca a proteção diplomática em face de uma violação de normas *jus cogens*: há um dever do Estado em endossar a reclamação de seu nacional nestes casos? Ou seja, estar-se-ia o Estado diante de uma relativização da discricionariedade inerente ao ato?

Como abordado anteriormente, as normas de *jus cogens* são universais, imperativas, inderrogáveis e comumente direcionadas à proteção dos Direitos Humanos;¹²² estando sujeitas à cooperação internacional dos Estados quando violadas.

Assim sendo, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas já demonstrava preocupação com a questão desde o seu primeiro relatório sobre a proteção diplomática. Dispõe o órgão no projeto do artigo 4º que nos casos em que a lesão resultar de grave violação de uma norma de *jus cogens* atribuível a outro Estado e salvo a ressalva referente aos casos em que o indivíduo

¹²⁰ VERMEER, 2007, pp. 553-581.

¹²¹ VERMEER, 2007, pp. 553-581.

¹²² BRITO, 2014, p. 197. | BIANCHI, 2008, pp. 491-508

lesado possa apresentar uma queixa perante um tribunal internacional competente, o Estado de sua nacionalidade teria o dever legal de exercer proteção diplomática em nome de seu nacional mediante solicitação deste.¹²³

Neste sentido, se avaliarmos a assunção por parte dos Estados de obrigações relativas aos Direitos Humanos e a consequente e substancial modificação da situação jurídica do indivíduo perante o Direito Internacional,¹²⁴ bem como, a obrigação dos Estados em cooperar através de qualquer meio legal para pôr fim na violação de normas peremptórias do Direito Internacional geral; parece lógica a fundamentação de que diante da violação de uma norma *ius cogentis*, os Estados deveriam empregar todas as medidas legais – inclusive a proteção diplomática – sob o intento de findar o ato ilícito e compensar o dano sofrido pelo indivíduo.

Com efeito, esta teoria jurídica significaria o afastamento da discricionariedade decisória pertencente ao Estado no momento em que defronta-se com um dano causado a um de seus nacionais em decorrência da violação de uma norma de *jus cogens*.

O argumento representa bem a própria *raison d'être de l'État*, sobretudo o *dictum* de que – sob o contexto contemporâneo – os Estados são amplamente entendidos como instrumentos a serviço de seu povo e não o contrário –;¹²⁵ especialmente quando analisado paralelamente aos últimos desenvolvimentos e reformulações do instituto da proteção diplomática (*vide*: a expansão de seu escopo *ratione materiae* ao ponto de incluir os Direitos Humanos Internacionais; o entendimento da CIJ de que há a possibilidade de se exercer a proteção diplomática em favor de um não-nacional nos casos em que envolvam a proteção de Direitos Humanos;¹²⁶ e, ainda, os recentes desenvolvimentos da Comissão no sentido de que o Estado pode assumir a reclamação de apátridas e refugiados).¹²⁷

¹²³ “Unless the injured person is able to bring a claim for such injury before a competent international court or tribunal, the State of his/her nationality has a legal duty to exercise diplomatic protection on behalf of the injured person upon request, if the injury results from a grave breach of a *jus cogens* norm attributable to another State.” Document A/CN.4/506 and Add. 1. p. 223. | CARRIÓN, 2002, p. 293.

¹²⁴ ALMEIDA, 2003, pp. 329.

¹²⁵ ANNAN, 2001, p.11.

¹²⁶ Corte Internacional de Justiça, 1970, Bélgica V. Espanha. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>

¹²⁷ Flauss aponta que cada vez mais a doutrina vem abordando a questão da nacionalidade sob uma ótica *pro victima*. FLAUSS, 2003, pp. 29-61.

No que diz respeito à prática jurídica interna dos Estados, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha confirmou em decisão judicial a obrigação constitucional das autoridades alemãs em fornecer a proteção diplomática em favor de seus nacionais quando alguns pré-requisitos forem atendidos; de semelhante modo, a Suprema Corte de Israel decidiu em 1952 que o Estado tem o dever de proteger seus nacionais em território inimigo.

Ainda neste seguimento, o Reino Unido não reconhece a proteção diplomática como um direito dos indivíduos, todavia, como afirma Amerasinghe, os cidadãos britânicos têm ao menos “expectativa legítima” de que esta será exercida em seu favor.¹²⁸

Em contrapartida, como dispõem Caflich, Bravo, Malenovsky e Ridruejo; a Suíça, Itália, Chéquia e Espanha, seguem o entendimento costumeiro – de acordo com seus respectivos ordenamentos internos – de que a proteção diplomática é um direito discricionário do Estado.¹²⁹

Isto posto, elucida a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas que a despeito da possibilidade de utilizar-se o instituto da proteção diplomática como instrumento para promover a proteção internacional dos Direitos Humanos, não é possível descrever a proteção diplomática como um direito humano individual.¹³⁰

Sob auspícios semelhantes aos da Comissão, Diez de Velasco também afirma que a proteção diplomática resta intrinsecamente relacionada à proteção dos Direitos Humanos; no entanto, atende a critérios relacionados à conveniência e oportunidade de acordo com os interesses soberanos do Estado.¹³¹ Esta posição também é consubstanciada por dois instrumentos de Direitos Humanos que abordam o direito dos estrangeiros: a Declaração dos Direitos Humanos dos Indivíduos que não são Nacionais do País em que Vivem, e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.¹³²

¹²⁸ AMERASINGHE, 2008, p. 83.

¹²⁹ CAFLISCH, 2003, pp. 73-86. | BRAVO, 2003, pp. 87-91. | MALENOVSKY, 2003, pp. 93-107. | RIDRUEJO, 2003, pp. 109-113.

¹³⁰ Todavia é inegável que o instituto da proteção diplomática reflete um notável instrumento de defesa do direito das pessoas coletivas e singulares, especialmente por permitir o acesso a determinados mecanismos internacionais apenas acessíveis aos Estados – como a Corte Internacional de Justiça. Document A/CN.4/506 and Add. 1. p. 223. | FERRÃO, 2008, pp. 341-395. | WARBRICK, 2002, pp. 723-733.

¹³¹ DIEZ, 1997, p. 926.

¹³² AMERASINGHE, 2008, p. 81.

Sob a prevalência da tese clássica, digo, a substituição do indivíduo – vítima de perjúrio internacional – por seu Estado pátrio, e sob o alicerce de costumes arcaicos consolidados pela opinião da CIJ no caso *Mavrommatis*; percebe-se a proteção diplomática como corolário da competência pessoal – e discricionária – do Estado em relação àqueles que lhe servem de elemento constitutivo.

Ao que parece, predomina o entendimento de que mesmo perante as tendências da proteção humanitária, a proteção diplomática resta estabelecida como um direito do Estado em detrimento de ser um direito de seus nacionais. Com efeito, em virtude da constante humanização do Direito Internacional Público e o conseqüente perecimento das concepções clássicas; o instituto da proteção diplomática como prerrogativa do Estado apresenta-se eivado de caráter anacrônico ante o Direito Internacional contemporâneo.¹³³

Sob a prevalência da tese clássica, digo, a substituição do indivíduo – vítima de perjúrio internacional – por seu Estado pátrio, e sob o alicerce de costumes arcaicos consolidados pela opinião da CIJ no caso *Mavrommatis*; percebe-se a proteção diplomática como corolário da competência pessoal – e discricionária – do Estado em relação àqueles que lhe servem de elemento constitutivo.

Nesta senda, John Dugard – na qualidade de *Special Rapporteur* da Comissão de Direito Internacional das nações unidas para o tópico da proteção diplomática – sugere que as convenções universais de Direitos Humanos são inefectivas em providenciar soluções jurídico-protetivas para a preservação das prerrogativas do homem; afirmar o contrário significaria aderir à uma fantasia jurídica que não possui espaço no raciocínio jurídico. De acordo com o autor, a proteção diplomática é mais efetiva como potencial recurso para proteção de estrangeiros que medidas muitas vezes ineficazes contidas em instrumentos internacionais de direitos humanos.¹³⁴

No entanto, não devemos nos ater a critérios maniqueístas inerentes à dicotomia entre conceitos como “prerrogativas soberanas” e “direitos dos indivíduos”; tampouco, à aparente prevalência daqueles em face destes. A verdade é que o instituto advém de uma finalidade notadamente nobre: a proteção dos direitos do nacional através da substituição estatal; e suas regras consuetudinárias cristalizaram-se sob a restrição da conjectura internacional em que surgiram.

Ademais, insta elucidar o argumento de que os instrumentos convencionais relativos à proteção dos Direitos Humanos silenciam a

¹³³ Com efeito, Cucos afirma: “The discretionary right to exercise diplomatic protection has no place in contemporary International Law”. CUCOS, 2014, pp. 181-196.

¹³⁴ DUGARD, 2005, p. 77.

respeito da obrigação de se utilizar a proteção diplomática para tal fim.¹³⁵

A Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, em sua posição mais recente acerca da matéria, reconheceu que algumas soberanias têm o dever de proteger seus nacionais no estrangeiro de acordo com seus ordenamentos internos. Contudo, refuta que estas normas nacionais são insuficientes para estabelecer uma prática consistente; bem como, não são consideradas um dever obrigatório nos termos do Direito Internacional Público.

Logo, por não ficar constatada uma “prática geral aceita como direito” determinada pela *opinio juris*; não resta configurada uma norma costumeira do Direito das Gentes.¹³⁶

Isto posto, cabe salientar que Comissão de Direito Internacional – na sua qualidade de órgão subsidiário da Assembleia Geral das Nações Unidas – tem como incumbência proceder à codificação e ao desenvolvimento progressivo do direito internacional.

Quanto ao seu segundo encargo, a Comissão intenta indicar trajetórias para a evolução do Direito Internacional, tratando-se, portanto, de verdadeira operação *de jure condendo*.

Neste sentido, o artigo 19º do sexto relatório acerca da proteção diplomática destaca-se por trazer recomendações aos Estados no sentido de que devem considerar a possibilidade de exercer a proteção diplomática quando houver um dano significativo a seus cidadãos, e levar em conta, sempre que possível, o ponto de vista da pessoa ferida em relação à proteção em si e à reparação a ser buscada.^{137 138}

Assim, é razoável afirmar que caso as recomendações apresentadas no referido artigo sejam adotadas de maneira geral pela comunidade internacional de maneira conjunta à uma *opinio juris*, estar-se-ia diante da emergência de um Costume Internacional que pode vir a ser recomendado e apontado pela Comissão como progressivo desenvolvimento do Direito Internacional.¹³⁹

¹³⁵ FLAUSS, 2003, pp. 29-61.

¹³⁶ REZEK, 2018, pp. 156-158.

¹³⁷ AMERASINGHE, 2008, p. 87. | BURGOS, 2008, pp. 327-353. | CUCOS, 2014, pp. 181-196.

¹³⁸ CDI, 2006, p. 53.

¹³⁹ CABAN, 2014, pp. 167-180. | AMERASINGHE, 2008, p. 89.

As normas de *jus cogens* possuem força jurídica própria; impõem efeitos *erga omnes*; estão para além da aquiescência dos Estados; e gozam de inderrogabilidade, senão, pela formação de uma regra consuetudinária subsequente de efeito contrário.

5. CONCLUSÕES

Examinado minuciosamente o instituto da proteção diplomática; suas condições de aplicabilidade e suas exceções perante o cenário contemporâneo do Direito Internacional Público – este decerto cada vez mais voltado à condição cêntrica do ser humano -, torna-se possível compreender que o instituto em questão refere-se visceralmente à proteção em favor de um nacional (seja indivíduo ou empresa); que frente a um dano causado por um Estado estrangeiro, solicita o auxílio de sua pátria a título da discrepância de poderes existente entre este e aquele.

As condições para sua aplicabilidade, ou, melhor dizendo, os pré-requisitos para o endosso da reclamação não são absolutos; em sede de doutrina e jurisprudência, há certa relativização quanto à possibilidade de se exercer a proteção diplomática em favor de terceiros nos casos em que envolvam a proteção de Direitos Humanos da vítima – com efeito este entendimento resta consubstanciado pela decisão da CIJ no célebre caso *Barcelona Traction* –; às situações advindas do *pacta sunt servanda* – como as decorrentes do processo de integração comunitária da Europa e, por conseguinte, a concepção daquilo que se entende como “cidadão da União Europeia”; e, quanto à necessidade de se esgotar os recursos internos nos casos em que estes sejam inexistentes ou ineficazes. Com efeito, os cenários demonstrados referem-se a claras relativizações dos critérios de aplicabilidade da proteção diplomática frente à humanização do Direito Internacional Público.

Verdadeiramente, o Estado ao endossar a reclamação de seu nacional torna-se *dominus litis* da demanda, podendo proceder à solução da questão como entender apropriado e agir mediante critérios discricionários no que toca a assunção da reclamação.

Para chegar-se às conclusões pertinentes acerca desta discricionariedade em face da violação das normas peremptórias de Direito Internacional geral, tornou-se imperiosa a análise pormenorizada das supraditas normas para que, em seguida, fossem contrapostos o instituto da proteção diplomática em sua concepção clássica e a figura das normas *ius cogens*.

As normas de *jus cogens* possuem força jurídica própria; impõem efeitos *erga omnes*; estão para além da aquiescência dos Estados;

e gozam de inderrogabilidade, senão, pela formação de uma regra consuetudinária subsequente de efeito contrário. Seu desenvolvimento e consolidação restam intrinsecamente relacionados ao processo de humanização do Direito Internacional Público, ou seja, a concepção cêntrica do indivíduo perante o cenário Internacional.

Quanto à possibilidade de se afastar a discricionariedade dos Estados para decidir acerca da concessão da proteção diplomática; o entendimento majoritário, consubstanciado pelo posicionamento da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, é de que o instituto permanece um direito dos Estados a ser exercido mediante conveniência e oportunidade; o que denota um ponto de ruptura com a constante humanização do Direito Internacional Público. Efetivamente, o instituto da proteção diplomática, apesar de ser utilizado como instrumento para a proteção internacional dos direitos humanos, não resta caracterizado como um direito humano individual.

Ademais, em se tratando de perspectivas futuras para o instituto e frente às recomendações contidas no artigo 19º do Sexto Relatório sobre a Proteção Diplomática da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas – ou seja, as recomendações feitas aos Estados no sentido de que devem considerar a possibilidade de exercer a proteção diplomática quando houver um dano significativo a seus cidadãos, e levar em conta, sempre que possível, o ponto de vista da pessoa ferida em relação à proteção em si e à reparação a ser buscada -, seria plausível afirmar que, caso sejam adotadas de maneira geral pela comunidade internacional juntamente à *opinio juris*, estar-se-ia diante da emergência de um costume internacional, que pode vir a ser recomendado e apontado pela Comissão como progressivo desenvolvimento do Direito Internacional.

REFERÊNCIAS

Abi-Saab, G. (1967). « Introduction » in *The concept of jus cogens – Papers and Proceedings*, Conference on International Law, Carnegie Endowment for International Peace, Geneva.

Accioly, H e Casella P. (2012). *Manual de Direito Internacional Público*, 20a edição, Editora Saraiva, São Paulo.

Almeida, F. (2003). *Direito Internacional Público*, 2a. Edição, Coimbra Editora, Coimbra.

Amerasinghe, C. (2008). *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, Oxford.

Azevedo Soares, A. (1996). *Lições de Direito Internacional Público*, 4a ed., Coimbra Editora, Coimbra.

Baptista, E. (1998). *Direito Internacional Público Vol. I*, Alameda da Universidade, Lisboa.

Baptista, E. (1997). *Jus Cogens em Direito Internacional*, Editora Lex, Lisboa.

Barker, J. e Grant, J. (2009). *Parry and Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law*, Oxford University Press, Oxford.

Bennouna, M. (2009). « La protection diplomatique : du standard minimum de traitement des étrangers aux droits de l’homme » in Constantinides e Zaikos (ed.), *The diversity of international law: essays in honour of Professor Kalliopi K Koufa*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden.

Bernhardt, R. (2014). *Decisions of International Courts and Tribunals and International Arbitrations*, North-Holland Publishing Company.

Bianchi, A. (2008). « Human Rights and the Magic of Jus Cogens » in *The European Journal of International Law Vol. 19 no. 3*.

Bingham, T. (2011). *The Rule of Law*, Penguin Books.

Bravo, R. (2003). « La pratique italienne de la protection diplomatique » in Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique – mutations contemporaines et pratiques nationales*, Editions Nemesis, Bruxelles.

Brito, W. (2014). *Direito Internacional Público*, 2a Edição, Coimbra Editora. Coimbra.

Brownlie, I. (2003). *Principles of Public International Law*, 6th edition, Oxford University Press, Oxford.

Burgos, H. (2008). « La protección diplomática y el principio pro homine » in Estudios de derecho internacional : libro homenaje al Profesor Santiago Benadava. Librotecnia, t. 1, Santiago.

Caban, P. (2014). « Diplomatic protection and other mechanisms for the protection of the individual against serious human rights violations : limiting the discretion » in *Czech yearbook of public and private international law*, Vol. 5, Eva Roskotová Publishing, Praga.

Carrión, A. (2002). *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 5a Ed., Editorial Tecnos, Madrid

Combacau, J. e Sur, S. (1997). *Droit International Public*, 3 ed. Editions Montchrestien, Paris.

Condorelli, L. (2003). « L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique » in Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique – mutations contemporaines et pratiques nationales*, Editions Nemesis, Bruxelas.

Cucos, D. (2014). « The position of the individual in post-codification diplomatic protection » in *Czech yearbook of public and private international law*, Vol. 5, Eva Roskotová Publishing, Praga.

Daillier, P. e Pellet A. (2002). *Droit International Public*, 7a Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris.

Decaux, E. (1997). *Droit International Public*, Éditions Dalloz, Paris.

Diez de Velasco, M. (2018). *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18a ed, Editorial Tecnos, Madrid.

Dugard, J. (2005). « Diplomatic Protection and Human Rights: The Draft Articles of International Law Commission » in *Australian Year Book of international Law*, Vol. 24.

Dupuy, P. (1998) *Droit International Public*, 4a Ed, Éditions Dalloz, Paris.

Ferrão, M. (2008). « A protecção diplomática – contributo para a compreensão do seu regime jurídico » in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol XLIX – N. 01 e 02, Coimbra Editora, Coimbra.

Flauss, J. (2003). « Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique » in Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique – mutations contemporaines et pratiques nationales*, Editions Nemesis, Bruxelas.

Gonçalves, A. e Quadros, F. (2015). *Manual de Direito Internacional Público*, 3a edição, Editora Almedina.

Grandino Rodas, J. (1974). « Jus cogens em Direito Internacional » in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol LXIX, fasc. II, São Paulo.

Heft, T. (1989). *La protection de la propriété étrangère en droit international public*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich, Zurich.

Hoche, J. (1965). *La protection Diplomatique des Sociétés et des Actionnaires*, Editions A. Pedone, Paris.

Leigh, G. (1971). « Nationality and Diplomatic Protection » in *The International and Comparative Law Quarterly Vol. 20, No. 3*, Cambridge University Press, Cambridge.

Malenovsky, J. (2003). « La pratique de la protection diplomatique dans les P.E.C.O., en République Tcheque en particulier » in Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique – mutations contemporaines et pratiques nationales*, Editions Nemesis, Bruxelles.

Mazzeschi, R. (2009). « Impact on the Law of Diplomatic Protection » in Kamminga e Schenin (ed.) *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press, Oxford.

Mazzuoli, V. (2007). *Curso de Direito Internacional Público*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

Menéndez, F. (1995). *Derecho Internacional Público*, 2ª Ed, Editorial Trotta, Madrid.

Miranda, J. (2012). *Curso de Direito Internacional Público*, 5ª edição, Editora Princípio, Cascais.

Monaco, R. (1971). *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*, Unione Tipografica – Editrice Torinese, Torino.

Moura Ramos, R. (2019). *Estudos de Direito Português da Nacionalidade*, 2 ed. Editora Gestlegal, Coimbra.

Nasser, S. (2005). « *Jus cogens*: ainda esse desconhecido » in *Revista DireitoGV*, v.1, n.2, São Paulo.

Pergantis, V. (2006). « Towards a ‘Humanization’ of Diplomatic Protection? » in *Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht*,

Portela, P. (2017). *Direito Internacional Público e Privado*, 9ª edição, Editora Juspodvm, Salvador.

Rezek, F. (2018). *Direito internacional público: curso elementar*, 17.a Ed., Saraiva, São Paulo.

Riduejo, J. (2003). « La pratique diplomatique espagnole de la protection diplomatique » in Jean-François Flauss (ed.), *La protection diplomatique – mutations contemporaines et pratiques nationales*, Editions Nemesis, Bruxelles.

Rousseau. C. (1953). *Droit International Public*, Recueil Sirey, Paris.

Ruzié, D. (1997). *Droit International Public*, 13a Ed. Éditions Dalloz, Paris.

Schwarzenberger, G. (1967). « International Jus Cogens? » in *The concept of jus cogens – Papers and Proceedings*, Conference on International Law, Carnegie Endowment for International Peace, Geneva.

Shaw, M. (2008). *International Law*, 6th edition, Cambridge University Press, Cambridge.

Sztucki, J. (1974). *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties: a Critical Appraisal*, Springer-Verlag, Austria.

Trindade, A. (1984). *O esgotamento de recursos internos no direito internacional*, Editora Universidade de Brasília, Brasília.

Vermeer-Künzli, A. (2007). « A Matter of Interest: Diplomatic Protection and State Responsibility Erga omnes » in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 56, No. 3, Cambridge University Press, Cambridge.

Warbrick, C. (2002). « Diplomatic representations and diplomatic protection » in *The International and Comparative Law Quarterly* Vol. 51, No. 3, Cambridge University Press, Cambridge.

QUALIFICAÇÃO

Túllio Vieira de Aguiar. é Mestre em Direito Internacional Público e Europeu pela Universidade de Coimbra.